

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 067- 2006-CD -OSITRAN

PROCEDIMIENTO : Procedimiento Administrativo Sancionador, Exp. N° 04-2006-GS-OSITRAN

CONCESIONARIA : **CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A.**

MATERIA : Solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 042-06-GG-OSITRAN

Lima, 22 de noviembre de 2006

VISTOS:

El recurso de apelación de fecha 28 de septiembre de 2006 presentados por CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A. – en adelante COVIPERU– contra la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN de fecha 06 de septiembre de 2006; el Oficio N° 204-06-GG-OSITRAN de fecha 04 de octubre de 2006; el escrito de COVIPERU de fecha 19 de octubre de 2006; los actuados en el expediente administrativo sancionador N° 04-2006-GS-OSITRAN; y, el Informe N° 068–06-GAL-OSITRAN del 08 de noviembre de 2006, elaborado por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

ANTECEDENTES

1. Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, de fecha 06 de septiembre de 2006, se resolvió declarar que COVIPERU incumplió la obligación contenida en la cláusula 8.24° del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Red Vial 6 –en adelante el Contrato de Concesión– debido a que transcurridos seis meses después de la fecha de Toma de Posesión del Derecho de Explotación, la balanza Sur-Norte de la Estación de Pesaje de Cerro Azul, entregada en la fecha de Toma de Posesión, no fue reparada y puesta en funcionamiento, por lo que se le impuso como sanción una multa de tres (03) UIT's.
2. Que, el 28 de septiembre de 2006, COVIPERU presentó recurso de apelación, donde entre otras cosas, afirma que la resolución impugnada es nula, puesto que los Informes Números 203-06-GS-OSITRAN, 223-06-GS-OSITRAN, 030-06-GS-GAL-OSITRAN y 213-2006-MTC/20.8.2, sobre los que la resolución fundamenta su sanción, constituyen a su entender medios de prueba que no le fueron notificados, por lo que se habría incurrido en las causales previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General –en adelante LPAG–, al no haberse respetado las normas del debido procedimiento.
3. Que, con fecha 05 de octubre de 2006, mediante Oficio N° 204-06-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN, notificó nuevamente a COVIPERU la

Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN. Al respecto, en el citado Oficio, se precisó que se cumple con remitir copia fedateada del Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN, razón por la cual se le otorgó a COVIPERU un nuevo plazo para impugnar. Adicionalmente, a través del mencionado Oficio, se adjuntó copia simple de los Informes números 203-06-GS-OSITRAN, 223-06-GS-OSITRAN, 213-2006-MTC/20.8.2 y la Carta N° 393-2006-MTC/20.8, emitida por la Gerencia de Operaciones de PROVIAS NACIONAL.

4. Que mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2006, COVIPERU, refiriéndose al Oficio N° 204-06-GS-OSITRAN, señaló que no nos encontramos ante un supuesto de error en la notificación, sino que se ha incurrido en las causales de nulidad descritas en los incisos 1 y 2 de del artículo 10° de la LPAG. Asimismo, COVIPERU deja constancia que a pesar de lo señalado en el Oficio N° 204-06-GG-OSITRAN, no recibió copia fedateada del Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

5. Que, conforme a lo prescrito por el numeral 11.1 del artículo 11°, así como los artículos 207° y 209°, de la LPAG, concordantes con los artículos 7° y 72° del Reglamento de Infracciones y Sanciones –en adelante, RIS– aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2006-CD/OSITRAN, el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación de fondo del mismo.

ANÁLISIS

6. Que, el Informe N° 030-06-GS-GG-OSITRAN forma parte integrante de la resolución impugnada conforme el Considerando N° 14 de la misma; en ese sentido, al no haber sido notificado conjuntamente con la resolución, se incurrió en un supuesto de notificación defectuosa. Por lo que, conforme a lo establecido por el numeral 26.1 del artículo 26° de la LPAG¹, la Gerencia General trató de subsanar dicho error mediante Oficio N° 204-06-GG-OSITRAN, cosa que no ocurrió al no haberse notificado, nuevamente, el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN.
7. Que, al haberse interpuesto un recurso impugnativo en base a una supuesta causal de nulidad, por haberse notificado antes de la emisión de la resolución cuestionada, los Informes Números 203-06-GS-OSITRAN, 223-06-GS-OSITRAN y 213-2006-MTC/20.8.2, corresponde pronunciarse sobre ello, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1.9 del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG².

¹ **LPAG:**

“Artículo 26.- Notificaciones defectuosas

26.1 En caso que se demuestre que la notificación se ha realizado sin las formalidades y requisitos legales, la autoridad ordenará se rehaga, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido, sin perjuicio para el administrado”

² **LPAG:**

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

8. Que, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 180° de la LPAG, los Informes números 203-06-GS-OSITRAN y 030-06-GS-GAL-OSITRAN, tenían por objetivo efectuar un resumen del contenido de la instrucción, además de analizar la prueba instruida y formular, como consecuencia de ello, el correspondiente proyecto de resolución, en vista que la Gerencia de Supervisión es el órgano encargado de la instrucción del procedimiento. En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, los mencionados Informes no constituyen prueba.
9. Que, la Gerencia de Supervisión, en su calidad de órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador, se encontraba obligada a notificar el Informe N° 213-2006-MTC/20.8.2, emitido por la Unidad de Pesos y Medidas de PROVIAS NACIONAL, con el objeto de garantizar el derecho al debido procedimiento del administrado. Al no haberse realizado dicha notificación y al haberse elaborado el Informe N° 223-06-GS-OSITRAN, en base al Informe de PROVIAS NACIONAL, dicho Informe debió ser también notificado al administrado.
10. Que, en consecuencia, se violentó el derecho de defensa de COVIPERU, así como el derecho al debido procedimiento, del cual dicho derecho forma parte y que se encuentra recogido por nuestra Constitución Política en el inciso 3 del artículo 139° y por el artículo IV del Título Preliminar e inciso 2 del numeral 230° de la LPAG. Asimismo, el debido procedimiento, es un requisito de validez del acto administrativo, conforme a lo prescrito por el inciso 5 del artículo 3° de la misma Ley.
11. Que, por lo tanto, de acuerdo con los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la LPAG, la Resolución de Gerencia General N° 042-06-GG-OSITRAN es nula de pleno derecho, por lo que corresponde al Consejo Directivo, órgano superior jerárquico, que actúa como segunda instancia administrativa, declarar la misma, de conformidad con el numeral 11.2 del artículo 11° de la misma norma y el artículo 7° del RIS. Además, de acuerdo con lo prescrito con el numeral 11.3 del artículo 11° de la LPAG, se debe instruir a la Gerencia de Supervisión sobre la necesidad salvaguardar el derecho de defensa de los administrados, con el objeto de evitar posteriores nulidades que conlleven mayores dilaciones en los procedimientos administrativos.
12. Que, luego de la Revisión del Informe N° 068-06-GAL-OSITRAN, éste órgano colegiado lo hace suyo, incorporándolo íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución.

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 042-06-GG-OSITRAN;

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

SEGUNDO: Otorgar un plazo de 10 días, a partir de la notificación de la presente resolución para que CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A. presente los alegatos que considere pertinentes, de conformidad con el numeral 66.5 del artículo 66° del Reglamento de Infracciones y Sanciones –en adelante, RIS– aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2006-CD/OSITRAN, plazo después del cual el órgano instructor podrá actuar conforme a las facultades establecidas en el inciso 66.6 del artículo 66° y siguientes del mismo cuerpo normativo;

TERCERO: Notificar a CONCESIONARIA VIAL DEL PERU S.A. el Informe N° 068-06-GAL-OSITRAN, de la Gerencia de Asesoría Legal, el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal, los Informes números 203-06-GS-OSITRAN, 223-06-GS-OSITRAN, emitidos por la Gerencia de Supervisión, así como el Informe 213-2006-MTC/20.8.2 y la Carta N° 393-2006-MTC/20.8, emitido por la Gerencia de Operaciones de PROVIAS NACIONAL.

CUARTO: Disponer que la Gerencia General instruya a la Gerencia de Supervisión sobre la necesidad salvaguardar el derecho de defensa de los administrados, con el objeto de evitar posteriores nulidades que conlleven mayores dilaciones en los procedimientos administrativos.

QUINTO: Difundir la presente Resolución mediante su publicación en la página Web de OSITRAN, de conformidad con lo previsto en el literal c) del artículo 1° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2001-CD-OSITRAN.

Regístrese, Notifíquese y Archívese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente

Reg. Sal N° PD-12431-06

INFORME N° 068-06-GAL-OSITRAN

A : Ernesto Mitsumasu Fujimoto
Gerente General

De : Félix Vasi Zevallos
Gerente de Asesoría Legal

C.c. : Víctor Carlos Estrella
Gerente de Supervisión

Asunto : Recurso de Apelación contra Resolución de Gerencia General N°
042-2006-GG-OSITRAN

Referencia : Expediente Sancionador N° 04-2006-GS-OSITRAN seguido contra
Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU)

Fecha : 08 de noviembre de 2006

I. OBJETIVO

El objetivo del presente Informe es emitir opinión legal sobre el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. –en adelante, COVIPERU– en contra de la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, que declaró que la empresa COVIPERU incumplió lo establecido en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión incurriendo en infracción MUY GRAVE e imponiéndole como sanción una multa de tres (3) UIT's .

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Con Carta N° GG-8885/05, de fecha 29 de agosto 2005, la empresa proveedora SUMINCO S.A. remite al Consorcio Binacional Andino (ahora COVIPERU), sus propuestas para la rehabilitación, el mantenimiento y la operación de las Estaciones de Pesaje, sustentando su oferta en la evaluación realizada a las mismas y que adjunta en su documento.
- 2.2. El 20 de septiembre de 2005, el Estado de la República del Perú (actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante MTC) y COVIPERU, suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Red Vial 6 – en adelante, Contrato de Concesión–.

Al respecto, la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

“Control de Pesos y Dimensiones Vehiculares

8.24.- De conformidad con las normas y procedimientos vigentes para la operación, mantenimiento y calibración del sistema de pesajes, los cuales serán determinados por la autoridad competente en materia de control y/o fiscalización del cumplimiento de los límites de peso y dimensión vehicular, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá mantener y renovar de manera oportuna, instalaciones de control de pesos y dimensiones vehiculares, para prestar un debido servicio durante la vigencia de la Concesión. Para el inicio de la

Explotación la SOCIEDAD CONCESIONARIO (sic) utilizará las instalaciones existentes.

Las Estaciones y/o Unidades de control de pesos administradas por la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberán estar dotadas de los equipos necesarios para efectuar el control y dimensión del integro del flujo vehicular, manteniendo un nivel de operatividad que permita un funcionamiento continuo y estable, garantizando la precisión de sus mediciones mediante las calibraciones y certificaciones correspondientes a cargo del ente competente.

Los equipos a que se refiere el párrafo anterior deberán ser instalados o en caso ya estuvieran instalados estar funcionando correctamente en un plazo máximo de un semestre a partir de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación. El REGULADOR aprobará la prestación de los servicios cuando los equipos hayan sido instalados y se haya comprobado su correcto funcionamiento.

(...)”

- 2.3. Mediante Carta N° C.017.05 de fecha 17 de octubre 2005, COVIPERU solicitó a la empresa SUMINCO S.A. la realización de “(...) una **Evaluación** del estado de los equipos de las estaciones de pesaje Cerro Azul (ambos sentidos) e Ica, de manera pueda definir la necesidad de ejecutar trabajos que conduzcan a la operatividad normal de dichas estaciones.”
- 2.4. Como respuesta a la mencionada comunicación, SUMINCO S.A., remite a COVIPERU la Carta N° C-075/05, de fecha 22 de noviembre, adjuntando un informe donde detalla la evaluación solicitada:
 - a) Estación de Pesaje Ica:
Operativa, necesita efectuar mantenimiento preventivo.
 - b) Estación de Pesaje Cerro Azul:
 - Equipos de Pesaje Norte - Sur: Operativos, necesidad de mantenimiento preventivo.
 - Equipos de pesaje Sur - Norte: Inoperativo, necesidad de reparación.
- 2.5. Con fecha 12 de enero de 2006, mediante Carta N° C.027.06, COVIPERU, luego de haber revisado el informe de los estados de los equipos de las estaciones de pesaje, solicita a la empresa SUMINCO S.A., el presupuesto para la reparación del equipo que se encuentra en la vía de sentido Sur-Norte, de la estación Cerro Azul, el cual está inoperativo y además solicita que, el presupuesto en mención debe considerar utilizar los componentes existentes en dicha estación.
- 2.6. Con fecha 17 de enero de 2006, mediante Carta N° C-109/06, la empresa SUMINCO S.A. adjunta a COVIPERU el presupuesto solicitado en la carta mencionada en el párrafo anterior¹.
- 2.7. Con fecha 7 de febrero 2006, SUMINCO S.A. mediante Carta N° GV-9585.06 remite a COVIPERU, un informe de evaluación de la visita de su personal técnico a la estación de Pesaje Cerro Azul Norte.

¹ Según la Carta N° C-109/06 se adjunta a la misma el presupuesto para la reparación del equipo de pesaje que se encuentra en la vía de sentido Sur-Norte de la estación de pesaje Cerro-Azul; sin embargo, dicho adjunto no aparece en el expediente administrativo.

- 2.8. Con fecha 7 de febrero de 2006, a través de la Carta N° C.085.06, COVIPERU comunica a la empresa SUMINCO S.A., que habiendo revisado el presupuesto entregado para la reparación del equipo de pesaje en la vía Sur-Norte de la estación de Cerro Azul, acepta y autoriza el inicio de los trabajos a fin de poner operativa dicha unidad de pesaje.
- 2.9. Con fecha 28 de febrero de 2006, mediante Carta N° C.120.06, COVIPERU comunica a la empresa SUMINCO S.A. que, habiendo transcurrido un plazo mayor al propuesto para la reparación de la balanza Sur-Norte de la Estación de Pesaje Cerro Azul, a la fecha los equipos no se encuentran operativos, razón por la cual mediante dicha comunicación, lo apremian a fin de cumplir con el compromiso asumido, dado que es urgente contar con todas las unidades de pesaje operativas.
- 2.10. Con fecha 15 de marzo de 2006, mediante Carta C-236/06, la empresa SUMINCO S.A., comunica a COVIPERU que no es posible poner operativos los Módulos de Balanza debido al profundo estado de deterioro que presentan y siendo estos equipos obsoletos, no ha sido posible encontrar repuestos para realizar la reparación, tanto en su stock, como en el mercado local e internacional.
- Asimismo, señalan que para poner operativa toda la estación de pesaje es indispensable adquirir nuevos equipos, lo que implicaría un plazo total de 120 días.
- 2.11. Con fecha 17 de marzo de 2006, COVIPERU remitió a OSITRAN la Carta N° C172.06 solicitando, en aplicación de la Cláusula 4.5 del Contrato de Concesión, una ampliación de plazo por un máximo de 120 días, en base a lo señalado por SUMINCO S.A. en su Carta C-236/06.
- 2.12. Con fecha 12 de abril de 2006, la Gerencia de Supervisión notificó a COVIPERU el Oficio N° 408-06-GS-OSITRAN, de fecha 10 de abril de 2006, a través del cual se le solicita con carácter de urgente que, en un plazo no mayor de 5 días hábiles, informe de manera documentada, las acciones tomadas por dicha empresa durante el plazo establecido por la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión. Asimismo, se señala que, en virtud de la Cláusula 4.5² del Contrato de Concesión, la solicitud de ampliación presentada de estar debidamente fundamentada.
- 2.13. Con fecha 21 de abril de 2006, COVIPERU remitió a OSITRAN la Carta N° C371.06, mediante la cual atiende el Oficio N° 408-06-GS-OSITRAN, adjuntando las comunicaciones cursadas con la empresa SUMINCO S.A., las mismas que acreditarían, de acuerdo a lo manifestado por la concesionaria, que se realizaron las gestiones necesarias para cumplir con sus obligaciones contractuales.

² **Contrato de Concesión**

“Cláusula 4.5.- Las solicitudes de ampliación de plazo para ejecutar actividades específicas o para cumplir prestaciones individuales que no impliquen necesariamente una ampliación del plazo de la Concesión, serán presentadas debidamente fundamentadas al REGULADOR, el que deberá pronunciarse dentro del término de treinta (30) Días sobre la procedencia de la ampliación solicitada. El silencio debe interpretarse como una denegación del pedido de ampliación.”

(El resaltado es nuestro).

- 2.14. Con fecha 12 de mayo de 2006, OSITRAN, a través de la Gerencia de Supervisión, realizó una inspección no programada a la Carretera Pucusana – Cerro Azul – Ica. En dicha inspección se levantó el ACTA N° 036-06 INSPECCIÓN-OPERACIONES³.
- 2.15. Con fecha 24 de mayo de 2006, el Supervisor de Operaciones remite a la Gerencia de Supervisión el Informe N° 129-06-GS-OSITRAN –informe de hallazgos–, donde se establece el incumplimiento de contrato referido a la instalación y funcionamiento de equipos de control y dimensiones del flujo vehicular de la Unidad de Pesaje Cerro Azul.
- 2.16. Con fecha 29 de mayo de 2006, la Gerencia de Supervisión mediante Oficio N° 578-06-GS-OSITRAN, solicita a COVIPERU informar “*respecto de la puesta en operación de las Estaciones de Pesaje en el Tramo Vial a su cargo, así como de las acciones que su Representada viene realizando en la Estación de Pesaje Cerro Azul, esto a fin de cumplir con lo establecido en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión.*”
- 2.17. Con fecha 06 de junio de 2006, mediante Carta N° C.473.06, COVIPERU responde al Oficio N° 578-06-GS-OSITRAN, donde, entre otras cosas, manifiesta lo siguiente:
- “...respecto de las balanzas de Cerro Azul (Sur Norte), nuestro proveedor nos comunicó que no era posible ponerlas operativas debido al profundo estado de deterioro en que se encontraban y a su obsolescencia. En dicha circunstancia, con la finalidad de cumplir con los términos establecidos en la cláusula 8.24 y los estándares de servicio que nos exige el contrato de concesión, nuestra empresa procedió a colocar de manera temporal una Balanza de Precisión portátil marca DAE 300, modelo PAT, la cual finalmente nos permitió efectuar el control de pesos y cumplir con las exigencias del Contrato de Concesión.
(...)”*
- 2.18. Con fecha 14 de junio de 2006, COVIPERU envía a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la Carta N° C.486.06, mediante la cual hace de conocimiento que la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del nuevo “*Sistema Toledo de Balanza Dinámica de Precisión y Selectiva para la Estación de Pesaje de Cerro Azul*” se realizará a más tardar el 29 de agosto de 2006.
- 2.19. Con fecha 21 de junio de 2006, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, mediante Oficio N° 691-06-GS-OSITRAN, hace de conocimiento de COVIPERU

³ De otro lado, debemos precisar que en el ACTA N° 036-06 INSPECCIÓN-OPERACIONES, consta como fecha de realización de la misma el 9 de mayo de 2006; sin embargo, como puede observarse de la Nota 035-06-GS-OSITRAN, remitida el 11 de mayo de 2006 por la Gerencia de Supervisión a la Gerencia General – documento que obra en el expediente administrativo - , la mencionada inspección no programada se encontraba prevista para el 12 de mayo de 2006.

Con relación a ello, debemos mencionar que en los siguientes documentos que obran en el expediente administrativo: Informe N° 129-06-GS-OSITRAN, Oficio N° 691-06-GS-OSITRAN e Informe N° 203-06-GS-OSITRAN, se hace referencia a una inspección no programada realizada el 12 de mayo de 2005; al respecto, queda claro que la fecha indicada constituye un error material de los documentos mencionados en vista que la fecha de realización de la inspección fue el 12 de mayo de 2006.

el incumplimiento de la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, conforme a lo establecido en el Informe N° 129-06-GS-OSITRAN, notificándoles, asimismo, dicho Informe.

En ese sentido, se le otorgó a COVIPERU un plazo de 10 días hábiles para que realice sus descargos, de acuerdo a lo prescrito por el numeral 66.5, del artículo 66° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (en adelante, RIS) de OSITRAN.

- 2.20. Con fecha 26 de junio de 2006, la Gerencia de Supervisión, mediante Oficio N° 720-06-GS-OSITRAN, otorga la ampliación de plazo hasta el 29 de agosto de 2006, solicitado por COVIPERU mediante Carta N° C.486.06.

Con fecha 07 de julio de 2006, COVIPERU presentó su escrito de descargos, según el cual COVIPERU no cometió infracción del Numeral 8.24 del Contrato de Concesión.

- 2.21. Con fecha 07 de agosto de 2006, el Supervisor Administrativo remitió al Gerente de Supervisión el Informe N° 203-06-GS-OSITRAN, a través del cual se evalúan los descargos presentados por COVIPERU, concluyendo que dicha empresa incumplió con lo establecido en la cláusula 8.24 del contrato de concesión y recomendándose imponer como sanción una multa de 3 UIT.

- 2.22. El 08 de agosto de 2006, mediante Nota 071-06-GS-OSITRAN, el Gerente de Supervisión remite al Gerente General el Informe 203-06-GS-OSITRAN, el cual hace suyo, adjuntando el correspondiente Proyecto de Resolución.

- 2.23. Con fecha 15 de agosto de 2006, la Gerencia General remite a la Gerencia de Supervisión el Memorando N° 065-06-GG-OSITRAN, a través del cual solicita la realización de acciones complementarias para resolver el presente procedimiento.

- 2.24. Con fecha 24 de agosto de 2006, COVIPERU amplió los fundamentos de sus descargos y solicitó el uso de la palabra a efectos de informar oralmente.

- 2.25. Con fecha 25 de agosto de 2006, el Supervisor de Operaciones remite al Gerente de Supervisión el Informe N° 223-06-GS-OSITRAN (denominado ampliación del informe de hallazgos). Con dicho Informe se adjunta el Informe N° 213-2006-MTC/20.8.2, del 24 de agosto de 2006, elaborado por la Jefatura de la Unidad de Pesos y medidas de PROVIAS NACIONAL.

- 2.26. Con fecha 01 de septiembre de 2006, la Gerencia General de OSITRAN mediante Oficio N° 180-06-GG-OSITRAN, concedió el uso de la palabra a COVIPERU para el día 06 de septiembre de 2006.

- 2.27. Con fecha, 05 de septiembre de 2006, la Gerencia de Asesoría Legal y la Gerencia de Supervisión remiten a la Gerencia General el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN, donde se recomienda imponer a COVIPERU una multa ascendente a tres (3) UIT's, por haber incumplido con las obligaciones establecidas en la cláusula 8.24 del contrato de concesión

- 2.28. Con fecha 07 de septiembre de 2006, a través de Oficio Circular N° 035-2006-GG-OSITRAN, se notifica a COVIPERU de la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, de fecha 06 de septiembre de 2006, en la cual se

resuelve que COVIPERU incumplió lo establecido en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, razón por la cual incurrió en una infracción MUY GRAVE, imponiéndosele una sanción de multa ascendente a tres (3) UIT's.

Al respecto, debemos mencionar que, conforme a su considerando número catorce, dicha resolución hace suyo el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN.

- 2.29. El 28 de septiembre de 2006, COVIPERU presenta su recurso de apelación, donde además de reiterar los argumentos esgrimidos en su escrito de descargo y de alegatos, afirma que la resolución impugnada es nula, puesto que los Informes N°s 203-06-GS-OSITRAN, 223-06-GS-OSITRAN, 030-06-GS-GAL-OSITRAN y el Informe 213-2006-MTC/20.8.2, sobre los que la resolución fundamenta su sanción, constituyen a su entender medios de prueba que no fueron notificados, por lo que, de acuerdo con lo manifestado con la apelante, se habría incurrido en las causales previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG–, al no haberse respetado las normas del debido procedimiento.
- 2.30. Con fecha 05 de octubre de 2006, mediante Oficio N° 204-06-GG-OSITRAN, la Gerencia General de OSITRAN, en virtud de lo dispuesto por el numeral 26.1 del artículo 26 de la LPAG⁴, notifica nuevamente a COVIPERU la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN. Al respecto, en el citado Oficio, se precisa que se cumple con remitir copia fedateada del Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN, razón por la cual se le otorgó a COVIPERU un nuevo plazo para impugnar. Adicionalmente, a través del mencionado Oficio, se adjunta copia simple de los Informes números 203-06-GS-OSITRAN, 223-06-GS-OSITRAN, 213-2006-MTC/20.8.2 y la Carta N° 393-2006-MTC/20.8, emitido por la Gerencia de Operaciones de PROVIAS NACIONAL.
- 2.31. Con fecha 19 de octubre de 2006, COVIPERU, refiriéndose al Oficio N° 204-06-GS-OSITRAN, señala que no nos encontramos ante un supuesto de error en la notificación, sino que se ha incurrido en las causales de nulidad rescritas en los incisos 1 y 2 de del artículo 10° de la LPAG.

Asimismo, COVIPERU deja constancia que a pesar de lo señalado en el Oficio N° 204-06-GG-OSITRAN, no recibió copia fedateada del Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN.

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

- 3.1. Los artículos 207° y 209° de la LPAG- establecen que el recurso de apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General:**

“Artículo 26.- Notificaciones defectuosas

26.1 En caso que se demuestre que la notificación se ha realizado sin las formalidades y requisitos legales, la autoridad ordenará se rehaga, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido, sin perjuicio para el administrado”

- 3.2. Asimismo, el Numeral 11.1 del artículo 11° de la LPAG prescribe que los administrados deberán plantear las nulidades de los actos administrativos que les conciernen a través de los recursos impugnativos regulados en la LAPG, vale decir, la reconsideración, la apelación y la revisión
- 3.3. El artículo 72° del RIS, señala que el recurso de apelación se interpone en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia General, a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración.

Al respecto, en el presente procedimiento se ha verificado que la impugnación efectuada por COVIPERÚ se ha realizado dentro del plazo previsto por la normatividad legal vigente

- 3.4. Conforme al artículo 7° del RIS, el órgano resolutorio en segunda instancia en el proceso sancionador es el Consejo Directivo.
- 3.5. En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación de fondo del mismo.

IV. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De la lectura del recurso de apelación, se desprende que la cuestión en discusión consiste en determinar si la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, padece de algún vicio que acarree su nulidad.

En caso que no se determine la existencia de vicio alguno corresponderá analizar si COVIPERU ha incumplido con sus obligaciones derivadas de la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 5.1. Habiéndose declarado la admisión y procedencia del recurso, podemos pasar a analizar lo relativo a la existencia o no de causales de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, puesto que de resultar amparada dicha pretensión de la recurrente, será innecesario emitir pronunciamiento sobre la cuestión de fondo de la controversia.

Sin perjuicio de ello, en el presente caso, resulta pertinente analizar en primer término lo relativo a la notificación de la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, en vista de lo señalado por la recurrente en su escrito de fecha 19 de octubre de 2006 (ítem 2.30 de los antecedentes del presente Informe).

- 5.2. En ese sentido, con relación a la notificación de la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, la recurrente señala en su escrito de fecha 19 de octubre de 2006, lo siguiente:

“... como se desprende del Oficio N° 204-06-GG-OSITRAN, la Gerencia General del OSITRAN considera erróneamente que en el presente caso se ha producido una notificación defectuosa. En ese sentido, al amparo del artículo 26.1° de la LPAG, la Gerencia General del OSITRAN notificó nuevamente a COVIPERÚ con la Resolución, acompañando los Informes. De esta manera, La Gerencia General del OSITRAN considera que ha corregido el defecto originado en la falta de notificación de dichos documentos.”

Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- En el considerando número catorce de la mencionada resolución, la Gerencia General hace suyo el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN.
- Al respecto, la LPAG en sus artículos 24.1.1 y 26.1, establece lo siguiente:

“Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.

(...)”

(El subrayado es nuestro)

Artículo 26.- Notificaciones defectuosas

26.1 En caso que se demuestre que la notificación se ha realizado sin las formalidades y requisitos legales, la autoridad ordenará se rehaga, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido, sin perjuicio para el administrado.

(...)”

(El subrayado es nuestro)

En consecuencia, somos de la opinión que al servir el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN de antecedente para ilustrar el criterio del órgano resolutorio y, sobre todo, al haber hecho suyo la Gerencia General dicho Informe, consideramos que el mismo debió notificarse conjuntamente con la resolución que integra. El hecho que no se haya anexado dicho Informe a la notificación de la resolución, no configura un supuesto de nulidad, sino que nos encontramos frente a una notificación defectuosa, hecho prescrito por el numeral 26.1 del artículo 26° de la LPAG.

Como puede observarse de una simple lectura del Oficio N° 204-06-GS-OSITRAN, queda claro que el objetivo de la Gerencia General de OSITRAN era subsanar la notificación defectuosa, ocurrida mediante Oficio Circular N° 035-2006-GG-OSITRAN, cosa que no ocurrió al no haberse notificado el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN.

En este estado de cosas correspondería ordenar la adecuada notificación de la Resolución, sin embargo al haberse interpuesto un recurso impugnativo en base a una supuesta causal de nulidad corresponde que la autoridad administrativa se pronuncie sobre ello, en virtud de lo dispuesto por el numeral 1.9 del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG⁵.

⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

De esta manera, habiendo analizado lo relativo a la notificación de la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, corresponde que pasemos a analizar si la misma padece de algún vicio que acarree su nulidad.

- 5.3. Con relación a la existencia de causales de nulidad de la Resolución, la recurrente señala en su escrito de apelación (punto 2.1 de los fundamentos de hecho de su recurso de apelación), lo siguiente:

“(…) al resolver en primera instancia administrativa el presente procedimiento administrativo sancionador, la Gerencia General del OSITRAN se basó en los Informes N°s 203-06-GS-OSITRAN, 223-06-GS-OSITRAN, 030-06-GS-GAL-OSITRAN y el emitido por Provias Nacional (…).”

Más adelante señala:

“Como es obvio, los informes fueron pruebas determinantes que causaron convicción en la Gerencia General del OSITRAN respecto al supuesto incumplimiento contractual de COVIPERU. Sin embargo, estas pruebas (los informes) no fueron notificadas a COVIPERU. Esta situación importa una grave violación de nuestro derecho al debido procedimiento y especialmente de nuestro derecho de defensa. Por lo tanto, la Resolución es NULA. (…).”

(El subrayado es nuestro)

En consecuencia, a continuación analizaremos cada uno de los Informes citados a efectos de analizar si constituyen o no medios de prueba.

- 5.4. Informe N° 203-06-GS-OSITRAN, del 7 de agosto de 2006, emitido a nivel de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.-

El Informe mencionado dirigido al Gerente de Supervisión, fue elaborado por el Supervisor Administrativo, señor William Bryson. Al respecto, en el mencionado Informe se establece lo siguiente:

- El objetivo del mismo consistió en evaluar los descargos presentados por COVIPERU, en respuesta al Oficio N° 691-06-GS-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión inició el correspondiente procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de lo establecido en la cláusula 8.24^o del Contrato de Concesión (ítem 1).
- Como fruto del análisis efectuado en dicho Informe, se concluyó que COVIPERÚ incumplió con lo establecido en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, recomendándose imponer como sanción una multa de tres (3) UIT's. (ítem 4 y siguientes)

(…)

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

(…)”

De esta manera, teniendo en consideración que, conforme al artículo 7 del RIS, la Gerencia de Supervisión es el órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador, mediante Nota N° 0171-06-GS-OSITRAN del 7 de agosto de 2006, dirigida al Gerente General, el Gerente de Supervisión hace suyo el contenido del mencionado Informe, adjuntando una propuesta de Resolución de Gerencia General.

Teniendo en consideración ello, queda claro que el objetivo del Informe 203-06-GS-OSITRAN, era ilustrar a la Gerencia General, sobre las actuaciones efectuadas por la Gerencia de Supervisión, en su calidad de órgano instructor, con ocasión de la tramitación del expediente administrativo sancionador, ello en cumplimiento de lo establecido por el artículo 180° de la LPAG:

“Artículo 180.- Proyecto de resolución

“Cuando fueren distintos la autoridad instructora de la competente para resolver, la instructora prepara un informe final en el cual recogerá los aspectos más relevantes del acto que lo promovió, así como un resumen del contenido de la instrucción, análisis de la prueba instruida, y formulará en su concordancia un proyecto de resolución.”

En consecuencia, contrariamente a lo señalado por la recurrente, el Informe 203-06-GS-OSITRAN⁶, NO constituye PRUEBA; al respecto, como bien señala MORON URBINA:

“Este Informe busca acelerar el proceso de comprensión de la instancia resolutorio (en este caso la Gerencia General), si bien no lo vincula a los criterios del instructor, mantiene plena libertad para analizar la instrucción y decidir lo más conveniente a su criterio.”

(El subrayado es nuestro)

- 5.5. Informe N° 223-06-GS-OSITRAN del 25 de agosto de 2006, emitido a nivel de la Gerencia de Supervisión, así como del Informe emitido por PROVIAS NACIONAL.-

Para efectos de nuestro análisis, describiremos en primer lugar las diligencias que dieron origen al Informe N° 223-06-GS-OSITRAN:

- La Gerencia General, luego de evaluar en su calidad de órgano resolutorio del procedimiento administrativo sancionador, el Informe N° 203-06-GS-OSITRAN, así como los antecedentes contemplados en el expediente administrativo, procedió a solicitar a la Gerencia de Supervisión, mediante Memorando N° 065-06-GG-OSITRAN, en virtud de lo establecido por el artículo 67 del RIS de OSITRAN, la realización de actuaciones complementarias.

⁶ Adicionalmente debemos precisar que en dicho Informe no se incorpora nuevas pruebas ni nuevos hechos.

⁷ MORON URBINA, Juan Carlos: “Ley del Procedimiento Administrativo General”. Comentarios. Segunda edición revisada y actualizada. Agosto 2003, página 371.

- Específicamente la Gerencia General solicitó una “**ampliación**” del Informe de Hallazgos (Informe N° 129-06-GS-OSITRAN⁸):

“... respecto a la no aplicación de los puntos de ese Informe, relacionados con los ingresos dejados de percibir por el Estado Peruano ante el incumplimiento de la empresa concesionaria COVIPERU, a efectos de poder determinar la sanción correspondiente.”

Es como consecuencia de ello que la Gerencia de Supervisión solicita a PROVIAS NACIONAL, mediante Oficio N° 961-06-GS-OSITRAN, informe lo siguiente:

“... si PROVIAS NACIONAL ha realizado su labor de control de pesos de acuerdo a la Normatividad vigente contando con los equipos de pesaje instalados provisionalmente por la empresa Concesionaria.

Asimismo, en caso de haber realizado dicha labor, es necesario que nos precise si PROVIAS NACIONAL ha aplicado las infracciones y sanciones correspondientes por la detección de excesos de peso, a partir de la fecha 20 de marzo de 2006⁹. En caso contrario, le agradeceremos nos informe, del número promedio de vehículos que son infraccionados y sancionados por esta causal en la mencionada balanza (sentido Sur – Norte) anualmente, así como el monto promedio al que correspondería dicha aplicación de sanciones.”

En respuesta a dicha comunicación, la Gerencia de Operaciones de PROVIAS NACIONAL emite la Carta N° 393-2006-MTC/20.8 adjuntando el Informe N° 213-2006-MTC/20.8.2, emitido por la Unidad de Pesos y Medidas de PROVIAS NACIONAL, ambos de fecha 24 de agosto de 2006.

En el mencionado Informe, la Jefatura de la Unidad de Pesos y medidas de PROVIAS NACIONAL señala que:

“... el control efectuado en la Estación de Pesaje Cerro Azul (sentido Sur – Norte) en la que el Concesionario ha instalado una balanza portátil provisional, no ha permitido la aplicación de infracciones pro exceso de peso, pro no haber una certificación de confiabilidad, que nos permita conocer sus rangos de precisión y si estos se ajustan a los requerimientos mínimos para efectuar la fiscalización; por lo que sus registros de peso, han sido usado (sic) referencialmente por nuestros inspectores de campo.

Así mismo, el flujo vehicular anual que se registra en la balanza selectiva de la esta Estación de Pesaje (Sur – Norte) asciende a 420,000 vehículos; de los cuales estadísticamente son infraccionados el 1.5% que equivalen a 6,300 vehículos. De estas infracciones el 40% corresponden a infracciones educativas (menores de S/. 200.00 nuevos soles) anuales; quedando 3780 infracciones cobrables, que representan un monto aproximado de S/. 2'500,00.00 Nuevos Soles anualmente.”

⁸ Informe emitido por el Supervisor de Operaciones, señor Juan Carlos Polo, profesional de la Gerencia de Supervisión.

⁹ Fecha en que COVIPERÚ debió haber puesto en operación los equipos de pesaje fijos de la balanza Sur (sentido Sur-Norte) en la unidad de pesaje de Cerro Azul.

En base al citado Informe N° 213-2006-MTC/20.8.2, emitido por la Unidad de Pesos y Medidas de PROVIAS NACIONAL, la Gerencia de Supervisión, en su Informe N° 223-06-GS-OSITRAN, recomienda que:

“5.1 Debido a que el Estado Peruano se ha visto perjudicado por no haber percibido los ingresos por aplicación de infracciones y sanciones, debido al incumplimiento de COVIPERU, de la puesta en operación de los sistemas de pesaje fijos de la balanza sentido Sur – Norte, en la Unidad de Pesaje Cerro Azul, se recomienda que, este perjuicio debe ser tomado en consideración en la aplicación del Proceso (sic) Administrativo Sancionador.”

Como puede observarse, el Informe N° 223-06-GS-OSITRAN, no puede considerarse en estricto una ampliación del Informe de Hallazgos pues no establece nuevas infracciones al Contrato de Concesión, distintas al incumplimiento de la Cláusula 8.24, contrariamente a ello, dicho Informe tiene por objetivo precisar los hechos que van a determinar la gravedad de la misma infracción a la Cláusula 8.24.

Sin perjuicio de ello, al constituirse el Informe N° 213-2006-MTC/20.8.2, emitido por la Unidad de Pesos y Medidas de PROVIAS NACIONAL, en una prueba que precisa el monto del supuesto daño ocasionado al Estado¹⁰ por la no puesta en funcionamiento de la balanza, en los términos establecidos en el contrato de concesión, dicho informe sí debió ser puesto en conocimiento de COVIPERU.

- 5.6. Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN del 4 de setiembre de 2006, dirigido a la Gerencia General, emitido por la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal.-

Sobre el particular, debemos precisar que la Gerencia de Supervisión emitió dicho Informe en base a su calidad de órgano instructor del procedimiento¹¹, en tanto que la Gerencia de Asesoría Legal, participó en la elaboración del mencionado Informe en vista de las funciones generales establecidas por el Manual de Organización y Funciones de OSITRAN (ítems 4, 8 y 22¹²)

¹⁰ Al respecto debemos mencionar que en el ítem 4.7 de las Conclusiones del Informe de Hallazgos, Informe N° 129-06-GS-OSITRAN del 23 de mayo de 2006, se señala que:

“4.7 El incumplimiento de esta obligación contractual por parte del Concesionario afecta al Estado del Perú, al no haber realizado el control de dimensiones y pesos, en lo que va del periodo comprendido entre el 20 de marzo y el 31 de abril (de) 2006, el Estado del Perú ha dejado de percibir un monto que se estima en unos Tres Cientos Setenta y Cuatro Mil Quinientos Treinta Seis y 00/100 Nuevos Soles (NS/. 374,536)”

¹¹ Conforme a lo establecido por el artículo 7 del RIS de OSITRAN.

¹² Manual de Organización y Funciones de OSITRAN:

“Funciones Generales:

(...)

4. *Presta asesoría al Consejo Directivo y Gerencia General y a los demás órganos de la Institución en materia de su competencia.*

(...)

Al respecto, dicho Informe señala lo siguiente:

- De acuerdo con lo señalado en el ítem 1 del mencionado Informe, el objetivo del mismo consistió en evaluar los descargos presentados por COVIPERU, en respuesta al Oficio N° 691-06-GS-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión inició el correspondiente procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de lo establecido en la cláusula 8.24° del Contrato de Concesión.
- Como fruto del análisis efectuado en dicho Informe, se concluyó que COVIPERÚ incumplió con lo establecido en la cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, recomendándose imponer como sanción una multa de tres (3) UIT's (ítem 4 y siguientes), entre otras cosas.
- En vista de ello, asimismo se anexa un proyecto de Resolución de Gerencia General.

Como puede observarse, queda claro que el objetivo del Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN, era ilustrar a la Gerencia General, sobre las actuaciones efectuadas por la Gerencia de Supervisión, en su calidad de órgano instructor del procedimiento, con ocasión de la tramitación del expediente administrativo sancionador, ello en cumplimiento de lo establecido por el artículo 180° de la LPAG.

En consecuencia, contrariamente a lo señalado por la recurrente, en virtud de lo establecido por el mencionado artículo 180° de la LPAG, el Informe N° 030-06-GS-GAL-OSITRAN tampoco constituye PRUEBA pues el órgano resolutorio mantiene plena libertad para analizar la instrucción y decidir lo mas conveniente según su criterio.

- 5.7. Sin perjuicio de ello, debemos precisar que, somos de la opinión que, no correspondía que el órgano instructor proceda a la valoración de una prueba no notificada al administrado sujeto a investigación¹³, dado que con ello se le limita su derecho a la contradicción, atentándose contra las normas del debido procedimiento.

En ese sentido, el administrado sujeto al procedimiento sancionador debe tener la oportunidad de pronunciarse sobre los hechos que se le imputan y sobre las pruebas que sustentan esos hechos, esto como una manifestación del derecho de defensa, reconocido por nuestra Constitución Política en su inciso 14 artículo

8. *Elabora o revisa la emisión de las diversas resoluciones del consejo Directivo, presidencia, gerencia General y Gerencia de Supervisión, cautelando que las mismas se encuentren enmarcadas dentro de las disposiciones legales y normas pertinentes.*

(...)

22. *Suscribe los documentos o informes que tengan implicancia legal o contractual."*

¹³ Informe N° 213-2006-MTC/20.8.2, emitido por la Unidad de Pesos y Medidas de PROVIAS NACIONAL

139°, que si bien hace referencia al proceso, también debe interpretarse que es aplicable al procedimiento sancionador. Asimismo, el derecho a la defensa es una garantía del derecho a un debido proceso o procedimiento, según corresponda, derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución y por instrumentos internacionales suscritos por el Perú, y que es principio inspirador del procedimiento administrativo general y, específicamente, del sancionador, tal como lo establece la LPAG:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)”

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

(...)”

5.8. Análisis con relación a los efectos de la nulidad

Al respecto, el artículo 10° la LPAG, en sus incisos 1 y 2, señala lo siguiente:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.¹⁴

¹⁴ El artículo 14° de la LPAG establece que:

“Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

(...)”

En consecuencia, y conforme a lo analizado en los ítems precedentes, COVIPERU se vio imposibilitado de ejercer su derecho de contradicción – en vista que no se le notificó el informe elaborado por PROVIAS NACIONAL, ni el Informe N° 223-GS-06-OSITRAN, que recoge las conclusiones arribadas por el Informe de PROVIAS NACIONAL -, trasgrediéndose así el derecho al debido procedimiento administrativo, razón por la cual la Resolución de Gerencia General N° 042-2006-GG-OSITRAN, al considerar como parte de sus fundamentos a los citados Informes (considerando 10 de la Resolución), resulta nula de pleno derecho, en virtud de las causales establecidas en los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la LPAG.

Por las consideraciones antes expuestas, somos de la opinión que el Consejo Directivo, órgano superior jerárquico, que actuó como segunda instancia administrativa, en virtud de lo establecido en el inciso 11.2 del artículo 11° de la LPAG, declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 042-06-GG-OSITRAN, disponiéndose el otorgamiento de un nuevo plazo de diez (10) días - contabilizados a partir de la notificación de la Resolución del Consejo Directivo que declare la nulidad -, para que COVIPERU presente los alegatos que considere pertinentes, conforme a lo establecido en el numeral 66.5 del artículo 66° del RIS.

- 5.9. Finalmente, debemos señalar que el inciso 11.3 del artículo 11° de la LPAG dispone lo siguiente:

“Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

(...)

11.3 *La Resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.”*

Como hemos observado, en el presente caso, correspondía que la Gerencia de Supervisión, en su calidad de órgano instructor del procedimiento disponga la notificación al administrado del Informe elaborado por PROVIAS NACIONAL, así como del Informe N° 223-GS-06-OSITRAN, que recoge las conclusiones arribadas por el Informe de PROVIAS NACIONAL; en ese sentido, no resultaría responsable la Gerencia General de OSITRAN.

No obstante ello, consideramos conveniente que dicho órgano resolutorio instruya al la Gerencia de Supervisión sobre la necesidad salvaguardar el derecho de

14.2 *Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:*

(...)

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

(...)”

(El subrayado es nuestro)

defensa de los administrados, con el objeto de evitar mayores dilaciones en los procedimientos administrativos.

VI. CONCLUSIONES

1. La Gerencia de Supervisión, en su calidad de órgano instructor del procedimiento, administrativo sancionador, se encontraba obligada a notificar el Informe N° 213-2006-MTC/20.8.2, emitido por la Unidad de Pesos y Medidas de PROVIAS NACIONAL, con el objeto de garantizar el derecho al debido procedimiento del administrado.
2. Al no haberse realizado dicha notificación y al haberse elaborado el Informe N° 223-06-GS-OSITRAN, en base al Informe de PROVIAS NACIONAL, dicho Informe debió ser también notificado al administrado.
3. En cumplimiento de lo establecido por el artículo 180° de la LPAG, los Informes números 203-06-GS-OSITRAN y 030-06-GS-GAL-OSITRAN, tenían por objetivo efectuar un resumen del contenido la instrucción, además de analizar la prueba instruida y formular, como consecuencia de ello, el correspondiente proyecto de resolución, en vista que la Gerencia de Supervisión es el órgano encargado de la instrucción del procedimiento.

En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, los mencionados Informes no constituyen prueba.

VII. RECOMENDACIONES

1. En virtud de lo establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la LPAG, concordantes con el artículo 7° del RIS y el inciso 11.2 del artículo 11° de la LPAG, recomendamos al Consejo Directivo declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 042-06-GG-OSITRAN.
2. Asimismo, recomendamos otorgar un plazo de 10 días, a partir de la Resolución que declara la nulidad, para que COVIPERU presente los alegatos que considere pertinentes, plazo después del cual el órgano instructor podrá actuar conforme a las facultades establecidas en el inciso 66.6 del artículo 66° y siguientes del RIS.
3. Recomendamos que el Consejo Directivo requiera que la Gerencia General instruya a la Gerencia de Supervisión sobre la necesidad salvaguardar el derecho de defensa de los administrados, con el objeto de evitar mayores dilaciones en los procedimientos administrativos.
4. Se adjunta Proyecto de Resolución de Consejo Directivo.

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal

Adj.: Expediente N° 04-2006-GS-OSITRAN

AR/jb
REG.SAL.GAL-11680-06