

Resolución de Gerencia General

N° 063-2008-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

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

Lima, 28 de agosto de 2008

VISTOS:

El Expediente Sancionador N° 03-2007-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante Informe N° 566-08-GS-OSITRAN, de fecha 13 de agosto de 2008, a través del cual se emite opinión sobre el Recurso de Reconsideración presentado por la Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU);

CONSIDERANDO:

Que, el contrato de concesión en su cláusula 6.11° señala que “LA SOCIEDAD CONCESIONARIA queda obligada mientras ejecute la Construcción de Obras, a cumplir con las indicaciones que el Supervisor de Obras determine en 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, el contrato de concesión 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 período de ejecución de la obra, y, en especial durante las faenas de trabajo en la vía pública (...)”;

Que, mediante el Informe N° 566-08-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, se analizó los antecedentes del expediente materia de esta resolución y, concluyó que COVIPERU se retraso en su cumplimiento, según lo establecido en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión al constatarse que en los días 09 y 19 de julio de 2007, el Sub Tramo 6: Empalme San Andrés – Guadalupe, no se encontraban con la señalización correspondiente, no acatando las ordenes del regulador en su debida oportunidad así como lo establecido en el Manual de Dispositivos de Control del Tránsito Automotor para Calles y Carreteras aprobado mediante Resolución Ministerial N° 210-2000-MTC/15.02, de conformidad con el Decreto Ley N° 25862 y Ley N° 27181;

Que, mediante el Oficio N° 294-08-GG-OSITRAN, notificado el 04 de julio de 2008, se comunicó a COVIPERU la Resolución de Gerencia General N° 043-2008-GG-OSITRAN, la cual

concluyó declarar que la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. –COVIPERU- no habría acatado las observaciones del regulador en su debida oportunidad, así como lo establecido en el Manual de Dispositivos de Control del Tránsito Automotor para Calles y Carreteras aprobado mediante Resolución Ministerial N° 210-2000-MTC/15.02, de conformidad con el Decreto Ley N° 25862 y Ley N° 27181, al constatarse que en los días 09 y 19 de julio de 2007, el Sub Tramo 6: Empalme San Andrés – Guadalupe, no se encontraban con la señalización correspondiente, incumpliendo de esta manera lo establecido en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión, incurriendo en infracción LEVE;

Que, con fecha 25 de julio de 2008, COVIPERU interpone el Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2008-GG-OSITRAN, el cual se enmarca en los siguientes aspectos: a) las señales de advertencia que colocó COVIPERÚ presentaban un estándar de seguridad ciertamente mayor al que ofrece cualquier tipo de señal portable; b) la sociedad sí cumplió de manera diligente con colocar señalización conforme al Manual, y adicionalmente colocó dispositivos alternativos tales como postes delineadores con láminas retroreflejas; c) la imputación de ejecución con retraso de la obligación de colocar señales horizontales no es aplicable al presente caso, ya que COVIPERÚ cumplió con efectuar los trabajos conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable, el contrato de concesión y los usos y costumbres aplicables al pintado de carreteras;

Que, para efectos de resolver, hay que determinar la admisibilidad del Recurso de reconsideración presentado por COVIPERU, para lo cual se debe identificar si se ha presentado i) ante el órgano competente; ii) dentro del plazo legal; y iii) con una nueva prueba, de conformidad con lo establecido en el Artículo 71 del RIS concordante con el Artículo 208° de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG):

Que, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 71° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), el recurso de reconsideración se interpone ante la Gerencia General dentro de los 15 días contados desde la notificación de la resolución a través de la cual se hubiera impuesto una sanción. En el presente caso, se debe constatar que COVIPERÚ ha presentado el día 25 de julio de 2008 su recurso de reconsideración dirigido a la Gerencia General, con lo cual se considera cumplido este requisito;

Que, asimismo, en lo que respecta de la nueva prueba, el mencionado Artículo 71° del RIS señala lo siguiente:

“Artículo 71.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpone ante la Gerencia General dentro del plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la resolución a través de la cual se hubiese impuesto la sanción y deberá estar acompañado de una nueva prueba. La Gerencia General tendrá un plazo de veinte (20) días contados a partir de la fecha de la recepción de la reconsideración para resolver el mencionado recurso.

Transcurrido el plazo establecido sin que hubiera obtenido el pronunciamiento respectivo, el interesado podrá considerar denegado su pedido pudiendo interponer el recurso de apelación”

(El subrayado es nuestro)

Que, sobre el particular, el citado artículo guarda concordancia con lo establecido por el Artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General el cual señala:

“Artículo 208.- Recurso de Reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación”.

(El subrayado es nuestro)

Que, como puede observarse, para la norma peruana no cabe la posibilidad que la autoridad administrativa pueda cambiar el sentido de su resolución a sola petición, pues es de suponerse que la autoridad ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe aplicar al caso concreto; por ello, no es posible que se pretenda modificar el acto administrativo con tan solo presentar un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos. En consecuencia, para hacer posible el cambio de criterio, la norma “...exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.”

Que, en ese sentido, la doctrina administrativa señala que no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, la presentación del documento original cuando en el expediente obraba una copia simple, entre otras;

En consecuencia, teniendo a la vista los documentos alcanzados por el impugnante, podemos concluir que el informe emitido por la empresa Construcción y Administración S.A. constituye nueva prueba, en la medida que el acto administrativo adoptado por la Gerencia General en su oportunidad fue realizada con independencia del citado documento;

Que, en relación al primer punto, debemos señalar que la empresa procesada en el numeral 3.1 de su escrito indica que:

“ (.....) **Supuesto retraso de la obligación de contar con señales portables:**

En lo que respecta a esta imputación, reiteramos que las señales de advertencia que colocó COVIPERÚ presentaban un estándar de seguridad ciertamente mayor al que ofrece cualquier tipo de señal portable (.....)”

Que, respecto de este punto, COVIPERU, basa su argumento señalando que dichas señales no se colocaron con esas características debido a que podían ser fácilmente derribadas en perjuicio de los usuarios, siendo esto precisado mediante Informe de Construcción y Administración S.A. – CASA, empresa contratista de COVIPERÚ;

Que, asimismo, dicho argumento se registra en la carta C.080-GP-07, de fecha 18.12.2007, remitida por el Gerente del Proyecto y recogida en el noveno considerando de la Resolución de Gerencia General N° 043-2008-GG-OSITRAN, en la cual se afirma que:

“Las características de las señales, puede que no sean exactamente como esta en el Manual de Dispositivos de Control de Tránsito Automotor para Calles y Carreteras, pero cumplen la misma función de prevenir al usuario de la existencia de trabajos en la vía,

más aún por su tamaño, la señal y el contenido del mensaje claro y contundente, es mejor observado por los usuarios”

Que, COVIPERU, con estas afirmaciones, estaría reconociendo que las señales que utilizó no cumplían con las indicaciones contenidas en el Manual de Dispositivos de Control de Tránsito Automotor para Calles y Carreteras, en cuanto a ubicación, dimensiones, diseño y colores reglamentarios, contraviniendo de esta manera con las indicaciones del Regulador establecidas en el punto 1º de las recomendaciones del Acta de Inspección N° 56-07 que señalaba que COVIPERÚ debe proceder de inmediato a superar las condiciones que significan el incumplimiento del Manual;

Que, la inmediatez señalada en dicha acta, tal como lo señala la Real Academia Española¹ significa que las acciones que debió tomar la concesionaria, se debieron realizar al instante y sin dilación ni retraso alguno, acción que no ha ocurrido en el presente caso. Más aún, que el Manual de Dispositivos de Control de Tránsito señala en sus Disposiciones Generales:

“...Los Dispositivos de control utilizados (donde se incluye las señales con soportes portables) en las zonas de trabajo deberán colocarse antes del inicio de las obras, debiendo mantenerse adecuadamente durante la totalidad del proceso de las obras. En el caso que los trabajos sean por etapas (como es el presente caso), se colocarán aquellos dispositivos correspondientes a la etapa de ejecución...”

Que, así también, se señala en el punto 4.2.3 del Manual, que “(...)en zonas de construcción o mantenimiento vial, las señales serán colocadas o montadas en soportes portables a fin de permitir su cambio de colocación de acuerdo a los avances o modificaciones de los trabajos o situaciones de las vías que permitan la circulación(...)”, lo que tampoco ha ocurrido en el presente caso, como se demuestra en el numeral 3.5 del Acta de Inspección N° 56 que indica que: “(...)las señales no estaban montadas en soportes portables para permitir su cambio de colocación de acuerdo a los avances de los trabajos(...)” lo que la concesionaria debió realizar de inmediato, a fin de acatar sin retraso las observaciones del Regulador, lo cual no hizo en su debido tiempo, constituyéndose así un incumplimiento tardío no sólo contractual sino legal;

Que, con relación al segundo punto en el numeral 3.2 de su escrito de reconsideración, COVIPERU indica que:

“(....) Supuesto retraso en la colocación de señales preventivas y de señales utilizadas en las obras conforme al Manual

Reiteramos que la sociedad sí cumplió de manera diligente con colocar señalización conforme al Manual, y adicionalmente colocó dispositivos alternativos tales como postes delineadores con láminas retroreflejas.

Sin perjuicio de ello, llama nuestra atención que el Regulador justifique la imputación en el hecho que el tramo estaba abierto al tránsito, y en consecuencia no era necesario que el Regulador estableciera un plazo para el cumplimiento de la obligación

¹ Diccionario de la Real Academia Española, información recogida de la pagina wed http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=inmediato

correspondiente, lo cual resulta a todas luces contradictorio con su conducta anterior: Es sabido que el Regulador consintió que el tramo estuviera abierto al tránsito estando aún pendiente la ejecución de trabajo lo cual se evidencia con el hecho que el propio Regulador requiera a COVIPERÚ la utilización de señales con la leyenda PRECAUCIÓN - TRAMO DE VÍA TEMPORAL SIN SEÑALIZAR”, aplicables precisamente a obras donde era necesario advertir al usuario de la carretera de la inexistencia de señales horizontales, por lo que la imputación de ejecución con retraso de la obligación de colocar señales preventivas y señales al inicio de las obras conforme al Manual no es aplicable al presente caso. (Según informe de CASA) (...).”

Que, con relación al párrafo anterior, no se consideran válidos los argumentos de este punto dado que ya han sido evaluados y expuestos los motivos anteriormente en los numerales 3.3, 3.4 y 3.5 del Informe 422-08-GS-OSITRAN, de fecha 24 de junio de 2008 y que sirvieron como fundamentos en la Resolución de Gerencia General 043-2008-GG-OSITRAN, de fecha 26 de junio de 2008, por lo que nos ratificamos en los argumentos señalados en la referida Resolución;

Que, sin embargo, cabe aclarar un aspecto importante respecto del tema de no acatar las ordenes del regulador y es de observarse que, posteriormente a la realización del Acta de Inspección N° 56, el Regulador mediante Oficio N° 1303-07-GS-OSITRAN de fecha 16 de julio de 2007, requirió a la concesionaria información sobre las acciones desarrolladas en atención a las conclusiones y recomendaciones del Acta N° 56, y que a pesar de este requerimiento expreso, la Sociedad Concesionaria NO ACATO DICHO REQUERIMIENTO, puesto que se verifica que mediante Acta de Inspección Física de fecha 19 de julio de 2007, que se advirtió la falta de señalización vertical sobre el Sub - Tramo 6 (Empalme San Andrés);

Que, con relación al tercer punto, en el numeral 3.3 de su escrito COVIPERU indica que:

“(...) En cuanto al marcado de la señalización horizontal que OSITRAN nos imputa haber efectuado con retraso, el plazo que se otorgue a la CONCESIONARIA para cumplir con esta prestación debe ser razonable ya que la misma viene utilizando un tipo de pintura a base de agua (de acuerdo a lo previsto en el Manual del Contrato de Concesión) cuyas especificaciones de fabricante permiten el pintado sólo con posterioridad a los 30 días de colocada la carpeta asfáltica. Por ende, no corresponde que OSITRAN requiera a COVIPERU el pintado de señalización de manera inmediata a la colocación de la carpeta asfáltica, debido a que deben respetarse ciertos principios estrictamente técnicos para ello: siendo ineficiente realizar un pintado de señales sobre asfalto fresco, que por su natural exudación, no permitirá un secado adecuado con el desperdicio de recursos que ello conlleva. En tal sentido, consideramos que la imputación de ejecución con retraso de la obligación de colocar señales horizontales no es aplicable al presente caso, ya que COVIPERÚ cumplió con efectuar los trabajos conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable, el contrato de Concesión y los usos y costumbres aplicables al pintado de carreteras(...).

La empresa CASA en su informe explica con claridad, que la técnica de pintado de señalización horizontal fue la adecuada según los manuales y técnicas y práctica utilizada con el tipo de pintura elegida (...).”

Que, con relación al párrafo anterior, no se consideran válidos los argumentos de este punto dado que ya han sido evaluados y expuestos los motivos anteriormente en los numerales 3.6, 3.7 y 3.8 del Informe 422-08-GS-OSITRAN de fecha 24 de junio de 2008 y que han servido como fundamento en la Resolución de Gerencia General 043-2008-GG-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2008, por lo que esta situación no amerita una nueva evaluación;

Que, asimismo, al igual que lo señalado en los párrafos anteriores, respecto del tema de no acatar las ordenes del regulador, es de observarse que posteriormente a la realización del Acta de Inspección N° 56, el Regulador mediante Oficio N° 1303-07-GS-OSITRAN de fecha 16 de julio de 2007 requirió a la concesionaria información sobre las acciones desarrolladas en atención a las conclusiones y recomendaciones del Acta N° 56, y a pesar de este requerimiento expreso, la Sociedad Concesionaria no acató dicho requerimiento, ya que se verificó mediante Acta de Inspección Física de fecha 19 de julio de 2007, que no se había realizado el pintado de señalización de la calzada sobre el Sub - Tramo 6;

Que, en relación a la gradualidad de la sanción impuesta mediante Resolución de Gerencia General N° 043-2008-GG-OSITRAN, COVIPERU señala que "... no ha incumplido sus obligaciones de seguridad previstas en la Cláusula 6.14 del Contrato de Concesión; en todo caso, la imputación del Regulador se refiere al supuesto cumplimiento tardío de las obligaciones de COVIPERU, debe graduar la sanción respectiva de conformidad con los criterios previstos en el Artículo 4.2 del RIS...";

Que, con relación a los argumentos señalados por el Concesionario en el párrafo anterior, de conformidad con lo señalado en los numerales 4.1., 4.2., 4.3. y 4.4. de su recurso de reconsideración, éstos son los mismos que ya han sido evaluados y expuestos los motivos anteriormente en la parte de determinación de la sanción, numeral 3.9 del Informe 422-08-GS-OSITRAN de fecha 24 de junio de 2008 y que sirvieron como fundamento en la Resolución de Gerencia General 043-2008-GG-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2008, por lo que esta situación no amerita una nueva evaluación;

Que, es importante resaltar respecto de los hechos descritos, de conformidad con el Informe de vistos emitido por la Gerencia de Supervisión, que la recomendación realizada en el Acta de Inspección N° 56-07 al concesionario para que regularice las observaciones hechas por el regulador, no podrían estar sujetas a plazo alguno debido a que OSITRAN, en el supuesto caso de haberse otorgado un plazo y que, durante dicho tiempo, hubiesen acontecido accidentes, se estaría ante un proceso de delimitación de responsabilidades. Es por ello, que se requirió a COVIPERÚ que subsanara las observaciones en forma inmediata y sin demora;

Que, finalmente, se debe precisar que COVIPERÚ sustenta sus afirmaciones en argumentos que son los mismos que han sido presentados por dicha concesionaria y debidamente evaluados en la instancia de descargos; por ende, no contiene ni hecho ni situaciones o argumentos nuevos que ameriten hacer reconsiderar la sanción impuesta;

Que, luego de la revisión del informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución;

Que, de conformidad con el literal l) del artículo 58° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y 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 **INFUNDADO** el recurso de reconsideración de fecha 25 de julio de 2008, interpuesto por Concesionaria Vial del Perú S.A. en contra de la Resolución de Gerencia General N° 043-2008-GG-OSITRAN, que impone una sanción a la citada concesionaria equivalente al pago de una multa de veinticinco (25) UIT.

SEGUNDO: CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 043-2008-GG-OSITRAN, que impone una sanción a Concesionaria Vial del Perú S.A., la misma que asciende al pago de una multa de veinticinco (25) UIT, por no acatar las observaciones del regulador en su debida oportunidad.

TERCERO: Notificar la presente Resolución 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

FERNANDO LLANOS CORREA
Gerente General (e)