

Resolución de Gerencia General

Nº 070-2008-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, 24 de setiembre de 2008

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 04-2007-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante Informe 636-08-GS-OSITRAN, de fecha 09 de setiembre de 2008, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la entidad prestadora Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU); y, la Resolución de Presidencia Nº 028-2008-PD-OSITRAN, de fecha 19 de setiembre de 2008;

CONSIDERANDO:

Que, el contrato de concesión en su cláusula 6.11º 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 trafico, 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 6.14º 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, el Informe Nº 636-08-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión analiza los antecedentes del expediente materia de esta resolución y, concluye que COVIPERU habría incumplido con la obligación contemplada en la cláusula 6.11º y 6.14º del Contrato de Concesión, que señala que la Sociedad Concesionaria está obligada a seguir con las indicaciones de las normas vigentes sobre la materia y a garantizar la seguridad del tránsito para los usuarios, respectivamente;

Que, mediante el Oficio Nº 2082-08-GS-OSITRAN, recibido el 04 de agosto de 2008, se notificó a COVIPERU el inicio del procedimiento administrativo sancionador fundándose en lo

señalado por el artículo 66.3° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN; comunicándosele que habría cumplido con retraso lo establecido en las cláusulas 6.11° y 6.14° del Contrato de Concesión al constatar que en el Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Intercambio Chinchá Alta, no contaba con señalización horizontal, a pesar de las reiteradas comunicaciones y/u observaciones efectuadas por OSITRAN, teniendo en cuenta que COVIPERU está obligada a garantizar la seguridad del tránsito para los usuarios durante todo el período de ejecución de la obra y ,en especial, durante las faenas de trabajo en la vía pública;

Que, adicionalmente se le informa que el incumplimiento descrito calificaba en la categoría de Leve de acuerdo al artículo 45.3° - Ejecute con retraso obligaciones que no afecten el uso de la infraestructura o la prestación de los servicios, incurrirá en infracción leve - del RIS y, en aplicación del artículo 61° del mismo reglamento, correspondería como sanción una multa de hasta de 25 UIT;

Que, COVIPERÚ, mediante escrito de fecha 15 de agosto de 2008, formuló sus descargos, al Oficio N° 2082-08-GS-OSITRAN que comunica el inicio del procedimiento administrativo sancionador, siendo sus principales argumentos los siguientes: a) COVIPERÚ no efectuó con retraso la colocación de señalización horizontal y que más bien ha cumplido con lo dispuesto en el Contrato de Concesión y la normativa aplicable, cumpliendo con garantizar la seguridad de los usuarios; y, b) No existe disposición en la normativa aplicable ni regulación en el Contrato de Concesión que obligue a la concesionaria a utilizar una técnica particular en pavimento;

Que, en relación al numeral a), debemos señalar que la Concesionaria indica en el numeral 2 de su escrito de descargos:

“(....) COVIPERÚ no efectuó con retraso la colocación de señalización horizontal y que más bien ha cumplido con lo dispuesto en el Contrato de Concesión y la normativa aplicable, cumpliendo con garantizar la seguridad de los usuarios (...).”

Que, respecto de este punto, con el propósito de desvirtuar el hallazgo comunicado, el Concesionario señala en el séptimo párrafo del numeral 2 de su escrito, que: *“Cabe precisar que cuando el Supervisor precisa en los Asientos 18 y 29 del Libro de Obra, que la Concesionaria debe utilizar “pintura adecuada” y de “aplicación inmediata” (aplicada dentro de las 24 horas del recapeo), estaría partiendo del supuesto que el insumo a utilizar por COVIPERU DEBE SER la pintura termoplástica, cuyas especificaciones técnicas permitirían cumplir con el plazo indicado por el supervisor”;*

Que, por otro lado, en el Asiento N° 26 del Cuaderno de Obra de fecha 24.10.2007, mediante la cual el Ingeniero de Obra de COVIPERÚ, Rodolfo Guerra Torres, 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, en virtud de lo anterior, COVIPERU deja en evidencia que efectuó la señalización requerida con posterioridad (pasado los 30 días) a la entrada en operación de la vía, ocurrida una vez terminada el recapeo de la calzada;

Que, así también, en el numeral 2 (párrafo 12) de su escrito presentado, COVIPERÚ señala: *“no se causó daño grave a los usuarios... al no haber ocurrido accidentes fatales por deficiente o falta de señalización horizontal”*;

Que, sobre este extremo, corresponde señalar que el hecho que efectivamente no haya ocurrido accidentes durante el período que la vía no contaba con señalización, no libera de responsabilidad al Concesionario, por cuanto no se exige para la configuración de la infracción cometida por COVIPERÚ la ocurrencia de un siniestro. Cabe precisar que la cláusula 6.14 del Contrato de Concesión obliga al Concesionario a garantizar la seguridad del tránsito para los usuarios;

Que, en ese sentido, se advierte que COVIPERÚ al emplear el procedimiento o técnica de pintado, no ha considerado el riesgo al que expone a los usuarios de la vía al transitar sin la señalización reglamentaria durante el período en el que el Sub Tramo 4 estuvo sin señalización (33 días); incumpliendo de esta manera, con su obligación de garantizar la seguridad del tránsito para los usuarios durante todo el período de ejecución de la obra y en especial durante la faena de trabajo en la vía pública, según se establece en la Cláusula 6.14 del Contrato de Concesión; evidenciándose que, las observaciones formuladas por el Regulador fueron ejecutadas por COVIPERÚ con retraso;

Que, en relación al numeral b), debemos señalar que la Concesionaria indica en el numeral 3 de su escrito de descargos:

“(...) No existe disposición en la normativa aplicable ni regulación en el Contrato de Concesión que obligue a la concesionaria a utilizar una técnica particular en pavimento (...)”

“La pintura que utiliza COVIPERÚ para la demarcación del pavimento es una pintura a base de agua de acuerdo a lo previsto en el Manual y las Especificaciones Técnicas para la Construcción de Carreteras 2000 (en adelante “las EG 2000”) y el Contrato de Concesión, cuyas especificaciones de fabricante permiten el pintado dentro de los 30 días siguientes a la colocación de la carpeta asfáltica, tal como se desprende de la ficha técnica del fabricante de la Pintura de TRAFICO –ENNIS PAINT(...) Este plazo de 30 días permite una adecuada exudación del asfalto y un manejo adecuado de la técnica de pintado a fin de obtener resultados óptimos. Adicionalmente, señalan que “sorprende que el Regulador haya acogido este criterio de fijar el plazo de 24 horas para la colocación de marcas en el pavimento, ya que si el Manual, las EG 2000, e inclusive las Especificaciones Técnicas del Estudio de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Ampliación, Construcción, y conservación de la autopista Cerro azul –Ica elaborado por Ayesa –Alpha Consult S.A. (“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. Agregan que el Supervisor no precisó las razones técnicas y legales que sustentan el establecimiento del plazo de 24 horas (...)”;

Que, sobre lo argumentado por COVIPERÚ debemos manifestar que OSITRAN no cuestiona propiamente la técnica que ésta ha utilizado para el pintado del Sub tramo 4, ya que el cuestionamiento principal, que se establece en el Oficio N° 2082-2008-GS-OSITRAN como se ya se mencionó líneas arriba, es que la Concesionaria no ha acatado las observaciones hechas por

el Supervisor mediante Cartas N° 1643-07/CPS/PUC-ICA/JC y 165-07/CPS/PUC-ICA/JS de fecha 07-11-07, ya que se observa que el Sub tramo 4 estuvo sin señalización durante un periodo de 33 días, 3 días más incluso que lo alegado por la Concesionaria en el punto 3 de sus descargos;

Que, en cuanto a que el Supervisor no haya sustentado el plazo de 24 horas otorgado para el pintado de señales horizontales, cabe señalar que dicha afirmación no es correcta, por cuanto en los asientos N° 11 y 18 del Libro de Obras (al cual también se hace referencia en el escrito presentado por el Concesionario), el Supervisor anotó como una de las razones de su recomendación formulada que la falta de señales constituye un grave peligro para el usuario especialmente en el tránsito nocturno teniendo en consideración las condiciones topográficas y presencia de neblina;

Que, en conclusión no resulta correcto lo manifestado por COVIPERÚ 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 existe una disposición contractual o legal expresa, debe considerarse que la oportunidad de ejecutar dichas señalizaciones es aquella que disminuya el riesgo de accidentes, así se logrará la finalidad de garantizar la seguridad del tránsito para los usuarios. 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, cosa que no ocurrió en forma inmediata;

Que, asimismo, cabe precisar que cuando OSITRAN ejerce su función supervisora, lo hace en virtud de sus competencias otorgadas por Ley y, específicamente en su Reglamento de Supervisión, los cuales constituyen sus marcos legales para ejercer sus funciones;

Que, tal como se ha podido apreciar, COVIPERU ha cumplido con retraso la obligación a la cual está comprometido, que es, la de garantizar la seguridad del tránsito, debido a que optó libremente por mantener la vía en operación durante más de 30 días sin señalización horizontal; consecuentemente, se observa un cumplimiento tardío de lo señalado en la Cláusula 6.14 del Contrato de Concesión, advirtiéndose por lo tanto que ejecutó con retraso las observaciones formuladas por OSITRAN;

Que, de acuerdo a lo notificado al concesionario a través del Oficio N° 2082-08-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 Leve, de acuerdo al artículo 45.3° *“Ejecute con retraso obligaciones que no afecten el uso de la infraestructura o la prestación de los servicios, incurrirá en infracción leve”* del RIS, y en aplicación del artículo 61° del mismo Reglamento correspondería como sanción una multa hasta de 25 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, en relación a la repetición de la comisión de infracción, cabe tener en cuenta que mediante Resolución N° 063-2008-GG-OSITRAN, de fecha 28.08.2008, se sancionó a la empresa concesionaria con veinticinco (25) UIT por incurrir en falta leve, al haber incumplido lo establecido en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión; esto es, por las mismas razones por las cuales se sigue el presente procedimiento sancionador;

Que, teniendo en cuenta que la referida Resolución fue notificada el 29.08.08, se advierte que dado el transcurso del tiempo, ésta ha quedado consentida el día 19.09.2008 en razón que no ha sido apelada, advirtiéndose que entre la fecha de ocurrencia de los actos que dieron lugar a dicha infracción y la fecha de ocurrencia de los mismos actos que hoy son materia de la presente Resolución ha mediado menos de dos (2) años, por lo que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 60° del RIS¹ califica como reincidencia en la comisión de la infracción;

Que, en este sentido, el artículo 60.3 del RIS establece que la Entidad Prestadora que reincida en la comisión de una infracción leve, incurrirá en infracción grave; por lo que, en este sentido corresponde sancionar conforme a la escala prevista para las sanciones graves;

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, por lo tanto, conforme a lo analizado por la Gerencia de Supervisión, la empresa concesionaria realizó un cumplimiento tardío o incumplió con retraso lo establecido en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión, al constatarse que el Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Chíncha Alta, no se encontraba con la señalización correspondiente, no acatando las observaciones del regulador en su debida oportunidad;

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.3° *“Ejecute con retraso obligaciones que no afecten el uso de la infraestructura o la prestación de los servicios, incurrirá en infracción leve”* del Reglamento de Infracciones y Sanciones – RIS, esta infracción califica en la categoría de Leve;

Que, asimismo, el Informe antes mencionado recomienda imponer como sanción una multa de veinticinco (25) UIT a la empresa COVIPERU, por no haber implementado las observaciones hechas por el Regulador y por haber incumplido con las obligaciones establecidas en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión; Sin embargo, habiéndose advertido la comisión de reincidencia tal como se señaló anteriormente, corresponde calificar la infracción como Grave y, sancionarla como tal, por lo que tomando en consideración el Principio de Razonabilidad, esta Gerencia General estima pertinente imponer como sanción una multa de TREINTA (30) UIT a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A;

¹ **“Artículo 60.- Reincidencia en la Comisión de Infracciones**

Se considera que existe reincidencia en la comisión de la Infracción cuando la Entidad Prestadora repita los mismos actos que dieran lugar a una infracción anterior, siempre que el tiempo transcurrido entre la fecha de ocurrencia de los actos que dieron lugar a la infracción inmediata anterior y la fecha de realización de los mismos actos que dan lugar a la Comisión de una infracción sea igual o menor a dos (2) años.

Para efectos de sancionar a una Entidad Prestadora como reincidente, se requerirá que exista una resolución sancionadora anterior firme o que haya causado estado.”

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, salvo en la gradualidad de la sanción;

Que, finalmente, mediante Resolución de Presidencia N° 028-2008-PD-OSITRAN, la Presidencia del Consejo Directivo no aceptó la solicitud de abstención del suscrito presentada con fecha 17 de setiembre de 2008, en su calidad de Gerente General (e) de OSITRAN para resolver en primera instancia el presente caso;

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- no acató 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 entre el 20 de septiembre y el 24 de octubre de 2007, el Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Intercambio Chíncha Alta, a pesar de las reiteradas comunicaciones efectuadas por OSITRAN, 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 GRAVE, por su condición de reincidente en la comisión de la infracción.

SEGUNDO: Imponer como sanción una multa de TREINTA (30) UIT a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., por no acatar las observaciones del regulador en su debida oportunidad, tal como lo señala 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 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)