

Resolución de Gerencia General

Nº 020-2008-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

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

Lima, 21 de Abril de 2008

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 05-2007-GS-OSITRAN, el escrito de Reconsideración presentado por COVIPERU con fecha 18 de marzo de 2008, y el Informe Nº 213 -08-GS-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1. Que, mediante Oficio Nº 007-08-GS-OSITRAN del 02 de enero de 2008, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, notificó a COVIPERU el inicio de un procedimiento sancionador, por incumplimiento de la cláusula 8.19 del Contrato de Concesión.
2. Que, como consecuencia del mencionado procedimiento administrativo, mediante la Resolución de Gerencia General Nº 010-2008-GG-OSITRAN del 20 de febrero de 2008, se notificó a COVIPERU la imposición de una sanción de tres (03) UIT, por haber incumplido con las obligaciones contenidas en la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión, por las consideraciones que se expresan en dicha resolución.
3. Que, mediante el escrito recibido por OSITRAN el 18 de marzo de 2008, COVIPERU presentó un recurso de reconsideración sustentándose en una supuesta nueva prueba, constituida por dos (02) resoluciones emitidas por OSITRAN, fechadas el 03 de julio de 2003 y el 11 de febrero de 2004, respectivamente.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

4. De acuerdo a los antecedentes expuestos y a lo señalado en el escrito de reconsideración, la cuestión a resolver es determinar si los argumentos y/o nuevas pruebas presentadas, u otros elementos no tomados en cuenta en su momento, producen convicción para reconsiderar la resolución materia de esta impugnación.

III.- CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD:

5. Para efectos de mejor 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 LPAG:
6. 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 quince (15) días contados desde la notificación de la resolución a través de la cual se hubiese impuesto una sanción. En el presente caso, se puede constatar que COVIPERU ha presentado el día 18 de marzo de 2008 su recurso de reconsideración dirigido a la Gerencia General, con lo cual se considera cumplido este requisito.
7. Asimismo, en lo que respecta al requisito 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 se hubiera obtenido el pronunciamiento respectivo, el interesado podrá considerar denegado su pedido pudiendo interponer el recurso de apelación.”

[El subrayado es nuestro]

8. Sobre el particular, el citado artículo guarda concordancia con lo establecido por el Artículo 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) el cual señala lo siguiente:

“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]

9. 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 suponer que la autoridad ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe aplicar al caso concreto, para lo cual fundamenta su decisión en la regla jurídica que estima idónea; por ello, no es posible que se pretenda modificar el acto administrativo con tan sólo presentar un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. 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”.¹
10. En ese sentido, la doctrina administrativa señala que “[n]o 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”²
11. En consecuencia, teniendo a la vista los documentos alcanzados por la impugnante, podemos concluir que las resoluciones presentadas por COVIPERU constituyen nueva prueba, en la medida que el acto administrativo adoptado por la Gerencia General en su oportunidad fue realizada con independencia de los citados documentos.

IV.- ANÁLISIS:

12. Que, en el numeral 2.1, del escrito de reconsideración de COVIPERÚ, se analiza la Resolución de Gerencia General N° 004-2004-GG-OSITRAN que impuso una sanción de AMONESTACIÓN a la empresa Ferrovías Central Andina S.A. por el incumplimiento en el pago oportuno del Aporte de Regulación a que dicha empresa se encontraba obligada según su contrato de concesión, siendo que la infracción fue calificada como GRAVE, habiéndose impuesto la sanción más baja prevista en el ordenamiento legal vigente.
13. Que, asimismo, en el numeral 2.2 del escrito de reconsideración de COVIPERÚ, se analiza la Resolución de Gerencia General N° 017-2003-GG-OSITRAN que impuso una sanción de AMONESTACIÓN a la empresa NORVIAL, por el incumplimiento en el pago oportuno del Pago de la Retribución a que dicha empresa se encontraba obligada según su contrato de concesión, siendo que la infracción fue calificada como GRAVE, habiéndose impuesto la sanción más baja prevista en el ordenamiento legal vigente.
14. Que, en el numeral 2.3, en relación a las dos resoluciones anteriores, La SOCIEDAD CONCESIONARIA señala lo siguiente:

“Como se puede apreciar, ambos casos precedentes son muy similares a nuestro caso, conforme pasamos a desarrollar, y sin embargo, OSITRAN ha actuado en los mismos supuestos bajo Principios distintos (...).”

¹ MORON, Juan Carlos: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Segunda Edición Revisada y Actualizada, Gaceta Jurídica, Agosto 2003, página 455.

² Op. cit.

Asimismo, en el numeral 2.5, del mismo escrito, la SOCIEDAD CONCESIONARIA señala lo siguiente:

“Por tanto, y con el mismo criterio utilizado como precedente, en nuestro caso, OSITRAN debería actuar bajo el mismo razonamiento que en los casos anteriores y bajo el Principio de predictibilidad, aplicar en nuestro caso, LA SANCIÓN MENOR PREVISTA EN EL ORDENAMIENTO LEGAL vigente (...)”.

15. Que, no obstante, a partir del contenido de los Informes en los cuales se basan las resoluciones antes mencionadas, se demuestra que esta información no es exacta, teniendo en consideración que en los casos precedentes, tanto la empresa Ferrovías Central Andina S.A. como NORVIAL, incumplieron una ÚNICA vez; por el contrario, COVIPERÚ ha incumplido en DOS oportunidades, la primera, al haber pagado fuera de fecha el depósito correspondiente al mes de febrero de 2006 y la segunda, relacionado al pago fuera de fecha correspondiente al mes de febrero de 2007; por lo tanto, al ser los supuestos de hecho diferentes, la calificación de la infracción ha sido adecuada a la normatividad legal vigente.
16. Que, en adición a lo anterior, debe señalarse que las sanciones interpuestas a Ferrovías Central Andina S.A. y a NORVIAL tuvo sustento en el RIS anterior, norma que ha sido derogada de acuerdo al artículo 2º de la Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN , de fecha 26 de noviembre de 2003.
17. Que, de otro lado, COVIPERÚ señala que, se le habría aplicado una doble sanción por una misma infracción, sin considerarse que existe una ambigüedad en la interpretación de las cláusulas 13.9 y 13.10 del Contrato de Concesión, y que según explica:

“ Como se afirma en esta cláusula y contrariamente a la posición que ha sido asumida por la Gerencia General del OSITRAN en la resolución que es objeto de la presente impugnación, ante todo supuesto sancionador que haya sido regulado tanto en el Contrato de Concesión, como en el RIS, se deberá priorizar la aplicación de esta norma administrativa. En atención a ello, no deben ser aplicables las penalidades contractuales que estén referidas a supuestos de incumplimiento taxativamente regulados en el mencionado Reglamento Infracciones y Sanciones. Qué duda cabe que esta norma responde a un criterio de razonabilidad en la imposición de sanciones, eliminando toda posibilidad de imposición de una doble sanción a un mismo supuesto de hecho”.

18. Que, sobre el particular, las Cláusulas 13.9 y 13.10 del Contrato de Concesión de la Red Vial N° 6, señalan lo siguiente:

“13.9 (...)

Las disposiciones contempladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por el REGUARDOR referidas a supuestos previstos en el presente Contrato, primarán sobre éstos. En ese sentido, no serán aplicables las penalidades contractuales para los casos regulados en el referido reglamento.

13.10.- Las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán a la SOCIEDAD CONCESIONARIA independientemente de las penalidades

contractuales establecidas en el mismo y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento.”

19. Al respecto, consideramos que las cláusulas 13.9 y 13.10 deben ser aplicadas de manera concordante, lo que en nuestra consideración implica lo siguiente:

- (i) El hecho que el RIS prime sobre el Contrato de Concesión implica únicamente que no serán aplicables las penalidades contractuales para los **“casos regulados”** por el referido Reglamento.
- (ii) Ahora bien, podemos señalar que existirá identidad de los **“casos regulados”**, cuando la autoridad administrativa haya encontrado triple identidad entre:
 - a) El sujeto pasivo de la penalidad o sanción;
 - b) El hecho o hechos constitutivos del incumplimiento contractual o la infracción administrativa; y,
 - c) El fundamento jurídico que sustenta la imposición de la penalidad o de la sanción, lo que implica la identidad de los bienes jurídicos protegidos y de los intereses tutelados por la cláusula contractual y la norma sancionatoria.

20. En consecuencia, únicamente en la medida que se determine la existencia de la **“triple identidad”** antes detallada, nos encontraremos ante un caso en el cual solamente será de aplicación la sanción administrativa determinada en el RIS y no la penalidad contractual; razón por la cual, en los demás supuestos, regirá la disposición establecida por la cláusula 13.10 del Contrato de Concesión.

21. Que, en el presente caso, consideramos que no se presenta la triple identidad antes aludida, dado que:

- (i) El último párrafo de la cláusula 8.19 del contrato de concesión, establece que ante la falta de pago oportuno, por parte del CONCESIONARIO, al FIDEICOMISO, se le impondrá una penalidad diaria equivalentes a US\$ 2000,00
Como consecuencia de ello, queda claro que la finalidad de esta disposición es proteger el financiamiento de las obras establecidas en el Contrato de Concesión, dado que dichas obras se realizarán con los fondos del fideicomiso.
- (ii) Por otra parte, la tipificación dispuesta por el Artículo 52 del RIS³ tiene por objeto sancionar los incumplimiento de aporte y/o pagos, distintos a los supuestos contemplados en los artículos 49 a 51 del RIS. Con ello queda claro que la finalidad del citado Artículo 52 del RIS es simplemente desincentivar incumplimientos en general.

Como puede observarse, la finalidad de la Cláusula 8.19 del Contrato de Concesión difiere totalmente de la finalidad perseguida por el Artículo 52º del RIS, razón por la cual consideramos

³ Artículo 52.- *Incumplir otros pagos o contribuciones*

La Entidad Prestadora que no cumpla con el pago de los derechos, contribuciones, tasas y otros aportes u obligaciones pecuniarias a que se encuentra obligada en la oportunidad, forma y modo establecidos por las normas relativas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, normas de organismos reguladores o de OSITRAN o por los Contratos de Concesión, incurrirá en infracción grave.

que, en el presente caso, no se presenta una identidad de los bienes tutelados por las disposiciones aludidas.

22. Que, por otro lado, con relación a los numerales 3.7 y 3.8 “El Monto de la Sanción en la Vía que Corresponda” del recurso de reconsideración de COVIPERÚ, los argumentos que se exponen en éste punto son los mismos que ya han sido evaluados y expuestos los motivos anteriormente (ver numeral 3.7 del Informe N° 078-08-GS-OSITRAN de fecha 14 de febrero de 2008), por lo que ésta situación no amerita, en esa parte, efectuar un nuevo análisis.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración de fecha 18 de marzo de 2008 interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. en contra de la Resolución de Gerencia General N° 010-2008-GG-OSITRAN.

SEGUNDO: CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 010-2008-GG-OSITRAN, que impone una sanción a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., la misma que asciende al pago de una multa de tres (03) UIT.

TERCERO: Comunicar a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. la presente resolución, así como el Informe N° 213-08-GS-OSITRAN.

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

ECO. FERNANDO LLANOS CORREA
Gerente General (e)

Reg. Sal. N° GG-06112-08