

Resolución de Gerencia General

Nº 012-2008-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 6.13 del Contrato de Concesión

Lima, 28 de marzo de 2008

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 02-2007-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión mediante Informe Nº 153-08-GS-OSITRAN de fecha 12 de marzo de 2008, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la entidad prestadora Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU);

CONSIDERANDO:

Que, el contrato de concesión en su cláusula 6.13 señala que “Para la ejecución de la obligación descrita en la cláusula que antecede, la SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a presentar al Supervisor de Obras, con por lo menos treinta (30) días de anticipación al inicio de la Construcción, un plan de tránsito provisorio, con expresa mención de los métodos, procedimientos y tecnologías que aseguren el tránsito fluido en toda la red vial, incluyendo puentes, estructuras, zonas urbanas, y las medidas de seguridad vial que se requieran, el mismo que deberá ser aprobado por el Supervisor de Obras. El plan de tránsito deberá ser puesto en conocimiento del Regulador, quien podrá verificar su cumplimiento, modificarlo, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA y sancionar en caso no se cumpla”;

Que, mediante el Oficio Nº 2583-07-GS-OSITRAN, recibido el 07 de diciembre de 2007, se notificó a COVIPERU el procedimiento administrativo sancionador regulado en el artículo 66.3º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN; comunicándosele que no habría cumplido con lo establecido en la cláusula 6.13º del Contrato de Concesión que señala que la Sociedad Concesionaria está obligada a presentar al Supervisor de Obras, con por lo menos treinta (30) días de anticipación al inicio de la Construcción, un plan de tránsito provisorio, durante la ejecución de la Obra de Puesta a Punto del Sub Tramo 6: Empalme San Andrés – Guadalupe;

Que, el Informe Nº 153-08-GS-OSITRAN analiza los antecedentes del expediente materia de esta resolución y concluye que COVIPERU incumplió con la obligación contemplada en la cláusula 6.13º del Contrato de Concesión, que señala que la Sociedad Concesionaria está obligada a presentar al Supervisor de Obras, con por lo menos treinta (30) días de anticipación al inicio de la Construcción, un plan de tránsito provisorio;

Que, adicionalmente se le informa que el incumplimiento descrito calificaba en la categoría de Muy Grave de acuerdo al artículo 14º - Incumplir obligaciones relativas a la seguridad - del RIS, y

en aplicación del artículo 61º del mismo reglamento correspondería como sanción una multa hasta de 140 UIT;

Que, con fecha 19 de febrero de 2008 se recibe de COVIPERU los descargos al Oficio N° 2583-07-GS-OSITRAN y al Oficio N° 253-08-GS-OSITRAN, que comunican el inicio del procedimiento administrativo sancionador, señalando lo siguiente: a) Que según las cláusulas 6.12 y 6.13 se presenta un plan de tránsito provisional cuando implican casos de “desvíos” y no cuando se ejecutan “encauzamientos” b) COVI PERU señala que los hechos ocurridos no configuran un “desvío” sino un “encauzamiento” c) Vulneración a los principios de tipicidad y legalidad;

Que, con relación al primer y segundo punto, debemos señalar que el Contrato de Concesión en las Cláusula 6.11, 6.12, 6.13 y 6.14 establece las condiciones de tránsito y las reglas que debe seguir la empresa concesionaria, para mantener la fluidez del mismo, durante la ejecución de la Construcción de Obras. Al respecto, la Cláusula 6.12 señala que corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA mantener operables para todo tipo de vehículos, a su costo, los caminos públicos o variantes por los que fuera necesario desviar el tránsito a causa de la ejecución de las obras. Dichos caminos deberán permitir el tránsito en ambos sentidos y reunir todas las condiciones como para permitir un tránsito fluido, de acuerdo con lo establecido en los estudios técnicos;

Que, adicionalmente, la Cláusula 6.13 se establece que para la ejecución de la obligación descrita en la cláusula que antecede, la SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a presentar al Supervisor de Obras, con por lo menos treinta (30) Días de anticipación al inicio de la Construcción, un plan de tránsito provisorio, con expresa mención de los métodos, procedimientos y tecnologías que aseguren el tránsito fluido en toda la red vial, incluyendo puentes, estructuras, zonas urbanas, y las medidas de seguridad vial que se requieran, el mismo que deberá ser aprobado por el Supervisor de Obras. El plan de tránsito deberá ser puesto en conocimiento del Regulador, quien podrá verificar su cumplimiento, modificarlo, previo acuerdo con la SOCIEDAD CONCESIONARIA y sancionar en caso no se cumpla;

Que, con fecha 09 de julio de 2007, representantes de OSITRAN llevaron a cabo la inspección no programada a las Obras de Puesta a Punto del Sub Tramo 6, levantándose el Acta N° 56-07-INSPECCIÓN – INVERSIONES, que exige la Cláusula 6.13. del Contrato de Concesión, donde se verificó que la empresa concesionaria no contaba con el Plan Provisorio de Tránsito a pesar que el flujo del tránsito correspondiente a la vía cerrada (sur a norte o norte a sur) se había realizado en la misma calzada, pero en la otra vía y de sentido contrario;

Que, al respecto, la Concesionaria señala que no estamos frente a un desvío, sino de un “encauzamiento”, señalando que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia define “desviación” como “la acción mediante la cual se hace uso de un camino provisional”, al respecto, debemos señalar que el término “encauzamiento”, no ha sido bien empleado por la COVIPERU, puesto que no es pertinente para el análisis del presente caso; esto se puede verificar si se revisa el significado que contiene el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “encauzamiento” es la acción y efecto de encauzar y “encauzar” es abrir cauce. encerrar en un cauce una corriente o darle dirección por él. Encaminar, dirigir por buen camino un asunto, una discusión;

Que, del significado del término, se desprende que encauzar es un término apropiado para temas o proyectos relacionados a ríos, arroyos, corrientes de agua, canales de regadío, conductos descubiertos o acequias, para riego u otros usos, etc., siendo inadecuado el término para referirse a la dirección de vehículos dentro de una carretera;

Que, asimismo, se debe aclarar que si bien la palabra “desvío” está prevista dentro de las normas técnicas, el termino “encauzamiento”, que pretende utilizar no es utilizado por la normativa técnica relacionada con la construcción de carreteras, en tal sentido, no es aplicable al presente caso, máxime si del significado otorgado por la Real Academia Española está relacionado con corrientes de agua;

Que, la concesionaria señala que el “encauzamiento” que aplicó en el Sub Tramo 6, es usada comúnmente y aceptada por el MTC. Al respecto, debemos señalar que la acción de cerrar una vía y utilizar la otra para no afectar la fluidez del tránsito es una situación permitida, y se encuentra recogida por el “Manual de Dispositivos de Control de Tránsito Automotor para Calles y Carreteras”, aprobado por el Decreto Supremo N° 210-200-MTC/15.02, empero, la acción mencionada no es definida por dicha norma técnica como un “encauzamiento”, siendo que, como se ha mencionado, éste término no es usado por las normas técnicas relacionadas con carreteras y tránsito de vehículos;

Que, asimismo, con relación al término “desvío”, en la EG 2000, sección 103.02, literal (b) Desvíos a carreteras y calles existentes, se establece que *“cuando lo indiquen los planos y documentos del proyecto se utilizarán para el tránsito vehicular vías alternas existentes o construidas por el contratista. Con la aprobación del Supervisor y de las autoridades locales, el Contratista también podrá utilizar carreteras existentes o calles urbanas fuera del eje de la vía para facilitar sus actividades constructivas. Para esto se deberán instalar señales y otros dispositivos que indiquen y conduzcan claramente al usuario a través de ellos”*;

Que, en la referida norma se define técnicamente cuando nos encontramos frente a un desvío. De acuerdo con esta norma existen cuatro supuestos que pueden definirse como un desvío: a) cuando se usen vías alternas; b) cuando se usen vías construidas por el contratista; c) cuando se utilicen carreteras existentes fuera del eje de la vía; y, d) cuando se utilicen calles urbanas fuera del eje de la vía;

Que, de acuerdo a lo expresado, cuando se están construyendo obras, no sólo configura desvío cuando se utilicen vías construidas especialmente para dicho fin o cuando se utilicen carreteras o calles ya existentes fuera del eje de la vía, sino también cuando se utilicen vías existentes, diferentes a la interrumpida;

Que, en efecto, durante la construcción de las Obras de puesta punto del Sub Tramo 6 se utilizaron los desvíos de una de una vía hacia la otra (de manera alternativa, conforme se avanzaba) a lo largo de los 54.49 Kms que posee dicho Sub Tramo. En consecuencia, al haber utilizado desvíos, COVIPERU tenía la obligación de presentar el Plan de Tránsito Provisorio, conforme lo dispuesto por la Cláusula 6.13 del Contrato de Concesión;

Que, por lo tanto, COVIPERU sí estaba obligado ha presentar el Plan de Tránsito Provisorio, consecuentemente, ha incumplido con la Cláusula 6.13 del Contrato de Concesión;

Que, a mayor abundamiento, cabe indicar que el recurrente no ha demostrado que existiera falta de claridad en el Contrato de Concesión, puesto que analizado conjuntamente con el EG 2000, se llega a la conclusión que los trabajos hechos por la Concesionaria, si configuraron un “desvío”, tal como se señala en los párrafos anteriores;

Que, en este sentido, no es posible sostener que los desvíos se refieren únicamente a la utilización de caminos o variantes fuera del eje de la vía, pues como define el EG 2000, configura

desvío el uso de vías alternas existentes, las que no necesariamente deben encontrarse fuera del eje de vía;

Que, asimismo, resulta errado lo afirmado por COVIPERU respecto que la Gerencia de Supervisión en su Informe N° 468-07-GS-OSITRAN concluyó que encauzamiento supone un desvío. En dicho informe se sostuvo lo siguiente: *“LA SOCIEDAD CONCESIONARIA no construyó variantes para desviar el tránsito, si ha encauzado el tránsito de la Panamericana Sur (Ruta 1S) a un solo (sic) carril (...) circunstancia que ha debido ser considerada en el Plan de Tránsito Provisorio respectivo (...)”*

Que, este sentido, se colige que el término *“encauzado”* se utilizó no para denotar que la acción realizada por la concesionaria era un encauzamiento en *strictu sensu*, sino que se usó para explicar que no se construyeron variantes para desviar el tránsito, habiéndose utilizado el carril de la vía de sentido contrario a efectos de no interrumpir el mismo, situación que como ya hemos analizado, configura también un desvío;

Que, en tal sentido, no se puede argumentar que la Gerencia de Supervisión considera el término *“encauzamiento”* como sinónimo de *“desvío”*, teniendo en consideración que dicho término (*“encauzamiento”*) no está definido ni regulado por ninguna norma de carácter técnico relacionada con carreteras;

Que, la concesionaria también hace referencia a que anteriormente ha realizado *“encauzamientos”* (entiéndase, desvíos) los cuales han sido supervisados por OSITRAN, sin que se haya solicitado la presentación de un Plan de Tránsito Provisorio y en los que OSITRAN no realizó cuestionamiento alguno, agregando que, si en situaciones anteriores (Tramo Pucusana – Cerro Azul) no se cuestionó los *“encauzamientos”* y no se exigió la presentación de un Plan de Tránsito Provisorio, resulta por demás inesperado que el Sub Tramo 6, sí se exija;

Que, sobre el particular, se debe considerar que, si bien es cierto que en anteriores oportunidades la Gerencia de Supervisión de OSITRAN no exigió el Plan de Tránsito Provisorio cuando se realizaron obras, desviándose para ello el tránsito vehicular sobre la otra vía de sentido contrario, lo cual de por sí ya configuraba un incumplimiento contractual, dicha situación no puede autorizar a COVIPERU a seguir incumpliendo sus obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, en este caso, la dispuesta por la Cláusula 6.13;

Que, en resumen, el incumplimiento de la Cláusula 6.13 se encuentra debidamente tipificada en el artículo 14° de RIS que regula sobre el incumplimiento de obligaciones relativas a la seguridad;

Que, la Gerencia de Supervisión emitió el Informe N° 153-08-GS-OSITRAN, donde luego de evaluar los descargos presentados, concluyó que la empresa Concesionaria COVIPERU incumplió lo establecido en la cláusulas 6.13° del Contrato de Concesión, al no presentar al Supervisor de Obras, con por lo menos treinta (30) días de anticipación al inicio de la Construcción, un plan de tránsito provisorio, durante la ejecución de la Obra de Puesta a Punto del Sub Tramo 6: Empalme San Andrés – Guadalupe;

Que, en relación al tercer punto, la concesionaria en el numeral 3.1 de su escrito señala que: *“en el presente caso, ni el Contrato ni las normas aplicables establecen la obligación de presentar un Plan de Tránsito Provisorio en caso de encauzamiento del tránsito, menos aún, establecen como infracción sancionable el incumplimiento de dicha obligación.”* Agrega además, que: *“la interpretación del Regulador para aplicar sanciones debe ser respetuosa de los principios aplicables al procedimiento administrativo sancionador, entre ellos, el Principio de Tipicidad, por lo que la*

infracción que se atribuye a COVIPERU debería estar expresamente tipificada en norma con rango de ley”;

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

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

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

Que, en el presente caso, la Cláusula 16.3, concordante con la Cláusula 16.2, establece que cuando COVIPERU tenga que desviar el tránsito a efectos de ejecutar obras, deberá presentar con por lo menos treinta (30) días de anticipación al inicio de la Construcción, un plan de tránsito provisorio, el mismo que tiene como finalidad establecer todas las acciones que se realizarán a efectos de salvaguardar, no sólo la seguridad de los usuarios de la carretera, sino también de los mismos trabajadores de la concesionaria;

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

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

Que, el incumplimiento de la Cláusula 6.13 se encuentra debidamente tipificada en el artículo 14° del RIS que regula el incumplimiento de obligaciones relativas a la seguridad;

Que, respecto del principio de legalidad, la Concesionaria señala que “...OSITRAN debe actuar en el marco de la constitucionalidad y de la legalidad, no siendo válida la creación de nuevas infracciones en perjuicio del Concesionario mediante la interpretación extensiva de una Cláusula del Contrato, vulnerando así el Principio de Legalidad...”;

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

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

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 14° - Incumplir obligaciones relativas a la seguridad - del Reglamento de Infracciones y Sanciones, esta infracción califica en la categoría de Grave;

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

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

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

Que, sobre el particular, cabe mencionar que se ha revisado el registro de accidentes del mes de julio de 2007, mes en el que se llevaron a cabo los hechos materia de la infracción (elaborado por COVIPERU), mediante el cuál se puede observar que no se habría causado grave daño a los usuarios al no haber ocurrido accidentes fatales en el tramo de las obras o que se hayan producido por la falta de señalización en el tramo en rehabilitación, lo cual constituye un atenuante;

Que, asimismo, se debe considerar que COVIPERU no ha sido sancionada anteriormente por no presentar el Plan de Tránsito Provisorio;

Que, asimismo, el Informe antes mencionado recomienda imponer como sanción una multa de tres (03) UIT a la empresa COVIPERU, por no haber cumplido con las obligaciones establecidas en las cláusulas 6.13° del Contrato de Concesión;

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

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar que la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. COVIPERU incumplió lo establecido en las cláusulas 6.13° del Contrato de Concesión al constatar que con anterioridad a la ejecución de la Obra de Puesta a Punto del Sub Tramo 6: Empalme San Andrés – Guadalupe, no presentó al Supervisor de Obras, con por lo menos treinta (30) días de anticipación al inicio de la Construcción, un plan de tránsito provisorio; incurriendo de esta forma en infracción GRAVE, de conformidad con el artículo 14° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

SEGUNDO: Imponer como sanción una multa de tres (03) UIT a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., por haber incumplido con las obligaciones establecidas en las cláusulas 6.13° del Contrato de Concesión, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

TERCERO: Notificar la presente Resolución y el Informe N° 153-08-GS-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A..

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

Regístrese, Comuníquese y Archívese

ING. JULIO ESCUDERO MEZA
Gerente General