

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2010-CD-
OSITRAN

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada

Autora:

Valeria Mía Flores Egúsquiza

Asesor:

Christian Guzmán Napurí

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN GUZMAN NAPURI, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe jurídico sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2010-CD-OSITRAN**”, del autor / de la autora VALERIA MIA FLORES EGUSQUIZA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: GUZMAN NAPURI, CHRISTIAN	
DNI: 10004102	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9929-0068	

RESUMEN

El informe jurídico presentado, a través de este documento, expone los efectos de la aplicación de la potestad sancionadora, que ostenta el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, el OSITRAN) frente a sus administrados; como en este caso, lo es la empresa Concesionaria Vial del Perú (en adelante, COVIPERÚ).

Al respecto, en el desarrollo de este informe jurídico se presentarán problemas jurídicos que se encuentran relacionados al posible incumplimiento de ciertas cláusulas del Contrato de Concesión firmado entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) y COVIPERÚ, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) iniciado por el OSITRAN, así como la facultad otorgada a este organismo para sancionar a través del PAS a sus administrados.

En ese sentido, los instrumentos normativos empleados para el análisis y desarrollo del presente trabajo son la Constitución Política del Perú, La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, el Reglamento General del OSITRAN, el Reglamento de Sanciones e Infracciones del OSITRAN, entre otros.

Finalmente, las principales conclusiones de este trabajo académico, después del análisis realizado, se concluye que COVIPERÚ no incumplió ninguna cláusula del Contrato de Concesión firmado con el MTC, el PAS sí debió ser suspendido a pesar de que OSITRAN tenía facultades para iniciar este procedimiento.

Palabras clave:

Infraestructura vial

Contrato de Concesión

Incumplimiento de cláusulas contractuales

Procedimiento Administrativo Sancionador

Potestad sancionadora

ABSTRACT

The legal report presented, through this document, exposes the effects of the application of the sanctioning power that the Supervising Organism of the Investment in Transportation Infrastructure for Public Use (hereinafter, OSITRAN) has over its administrators; as in this case, the company Concesionaria Vial del Perú (hereinafter, COVIPERÚ).

In this regard, this legal report will present legal problems related to the possible breach of certain clauses of the Concession Agreement signed between the Ministry of Transportation and Communications (hereinafter, the MTC) and COVIPERÚ, the suspension of the administrative sanctioning procedure (hereinafter, PAS) initiated by OSITRAN, as well as the power granted to this agency to sanction through the PAS to its administrators.

In this sense, the normative instruments used for the analysis and development of this work are the Political Constitution of Peru, Law No. 27444, General Administrative Procedure Law, the Single Ordered Text of Law No. 27444, OSITRAN's General Regulations and OSITRAN's Sanctions and Infractions Regulations.

Finally, the main conclusions of this academic work, after the analysis carried out, it is concluded that COVIPERÚ did not breach any clause of the Concession Contract signed with the MTC, the PAS should have been suspended even though OSITRAN was empowered to initiate this procedure.

Keywords:

Road Infrastructure

Concession Contract

Non-compliance with contractual clauses

Administrative Penalty Procedure

Sanctioning power

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO.....	1
I. INTRODUCCIÓN	2
I.2. Presentación del caso y análisis.....	4
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	6
II.2. Hechos relevantes del caso	7
Fundamentos de OSITRAN:.....	10
Fundamentos de COVIPERÚ:.....	10
Fundamentos de la Resolución de Consejo Directivo No. 015-2010-CD- OSITRAN, resolución materia de análisis :	11
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
III.2. Problemas secundarios	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A.....	13
IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	14
Artículo 75.- Conflicto con la función jurisdiccional.....	29
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONESConclusiones del presente informe jurídico: 38	
BIBLIOGRAFÍA:	40
Normas	43

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución de Consejo Directivo N° 015-2010-CD-OSITRAN
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	<ul style="list-style-type: none">• Resolución de Consejo Directivo N° 015-2010-CD-OSITRAN• Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN.• Formula demanda arbitral en 16/03/2009.• Recurso de apelación• Solicita la suspensión del proceso• Resolución de Gerencia General N° 006-2010-GG-OSITRAN de 22/01/2010.
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)
DEMANDADO/DENUNCIADO	Concesionaria Vial del Perú
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	OSITRAN en su instancia administrativa
TERCEROS	Ninguno
OTROS	Ninguno

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Justificación de la elección de la resolución

Desde que empecé mi desarrollo profesional y laboral, me he encontrado involucrada en el sector de transporte; por lo tanto, he tenido la oportunidad de comprender, dimensionar y conocer la importancia de este tipo de proyectos, ya que su ejecución tiene un gran impacto en el desarrollo económico y social del Perú.

Al respecto, considero que uno de los proyectos del sector transporte, que tiene mayor impacto social en los ciudadanos, son los que involucran el desarrollo de la red vial del país. Ello, porque es difícil imaginar un país que se encuentre en vías de desarrollo y que tenga como objetivo reducir la brecha económica - social de sus habitantes, y que el mismo no le dé el enfoque e importancia correspondiente a una adecuada infraestructura de transporte y comunicaciones, puesto que esta es una característica que hace factible que el Estado pueda proveer servicios esenciales como la distribución de medicinas, materiales educativos, alimentos, entre otros, que forman parte de la materialización de los derechos fundamentales de todos los peruanos. Asimismo, una red vial adecuada permite una descentralización real y efectiva, que permita a los ciudadanos movilizarnos en busca de lograr objetivos, oportunidades, trabajo, salud, educación, etc.

Palacios (2017), afirma que

“En el sentido del desarrollo en Latinoamérica y el Caribe encontrémonos que entre los principales retos se tiene el desarrollo económico, sostenible e igualitario; donde las infraestructuras constituyen un tema central, ya que el desarrollo y el progreso se fundamenta en las infraestructuras para su evolución; ligado a esto se destaca la importancia que tiene contar con planes de inversión a corto y largo plazo encaminado hacia el progreso, con la finalidad de que se pueda acabar con las barreras y mejorar las

infraestructuras en beneficio de cada región permitiéndoles así enfrentar los desafíos y aprovechar las oportunidades hacia el futuro”. (p. 13)

Ahora bien, todo lo anteriormente mencionado no se podría realizar si no hubiese entidades privadas que decidieran invertir en este tipo de proyectos, que, claramente, tiene como objetivo principal y fundamental generar rentabilidad propia, pero que al mismo tiempo construyen redes viales, las mismas que permiten que todas las regiones del país se encuentren conectadas.

Siendo ello así, un proceso que permite hacer realidad la construcción de infraestructuras viales es la figura del contrato de concesión, ya que permite que el Estado firme un acuerdo con una entidad privada, la misma que buscará cumplir con la obligación de prestar un servicio y otorgar a la ciudadanía los medios necesarios para el desarrollo personal y el bienestar social (Ortiz y Silva, 2022, p. 05).

Según lo anteriormente comentado, y conociendo la importancia y el impacto de un desarrollo adecuado de redes viales para el país, he decidido escoger como documento para analizar y elaborar el presente informe jurídico: la **Resolución del Consejo Directivo N° 015-2010-CD-OSITRAN** del Expediente N° 07-2009-GS-OSITRAN.

En tal sentido, considero que la elección de esta Resolución me permitirá conocer e indagar más a fondo el funcionamiento de los contratos de concesión y la importancia de los mismos, ya que este es un tema transversal en todas las áreas del Derecho y aún más en el sector administrativo, área donde busco desarrollarme profesionalmente. Asimismo, estimo que la exposición y el debate en torno al régimen administrativo sancionador permitirá dialogar y realizar un análisis profundo y de relevancia, el cual estoy segura servirá para la posteridad enriqueciendo la discusión sobre ambos temas.

Asimismo, la complejidad de esta Resolución radica en que existe una gran controversia en torno a la interpretación de las cláusulas de obligaciones del Contrato de Concesión (en adelante, el Contrato) suscrito entre COVIPERÚ y el MTC, escenario que deriva en un presunto incumplimiento por parte de la concesionaria y a la que se le busca imponer una suma cuantiosa de dinero como la de 10 (diez) UITs. Es menester mencionar que este escenario que no

es ajeno a la actualidad y; por lo tanto, nos lleva a la necesidad de realizar un análisis, no solo legal y de interpretación, sino también a uno pragmático que permita tomar una posición sólida sobre esta discusión.

Además, la dificultad de abordar esta Resolución se refleja en qué existen varios conceptos jurídicos involucrados y es de suma importancia que los mismos sean disgregados y aclarados, con la finalidad de tener una visión conjunta de la situación. Así, abordar la posible suspensión de procedimiento administrativo sancionador, tema que no ha sido desarrollado a grandes rasgos como otros conceptos del Derecho Administrativo, también es un reto que se presenta en este informe jurídico.

Sin perjuicio de ello, y como ya lo he mencionado en líneas anteriores la discusión no solo deberá estar centrada en lo jurídico sino también en lo práctico, que estoy segura hará una discusión más interesante, compleja y sólida. Los actores involucrados en esta controversia no son menores y ello también le añade cierta complejidad, pues el estudiarlos y comprenderlos será una tarea que ayudará a soportar con cimientos mi opinión sobre la decisión resolutoria.

Finalmente, considero que los aspectos importantes de la Resolución son verificar, comprender y refutar, de ser el caso, si fue correcta la posición del órgano regulador, es decir el OSITRAN . Asimismo, es relevante evaluar si la decisión de rechazar la aplicación de la solicitud de suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSITRAN fue correcta. Finalmente, se analizará y dialogará sobre la competencia y potestad sancionadora de este ente regulador en el presente caso.

I.2. Presentación del caso y análisis

El presente informe jurídico trata sobre un presunto incumplimiento por parte de la concesionaria COVIPERÚ, que según el OSITRAN no cumplió con sus obligaciones derivadas de las cláusulas 7.2 y 7.3 y del numeral 4.11 del Anexo I Contrato de Concesión firmado entre la misma y el MTC. Asimismo, después de esta situación y el comienzo de un Procedimiento Administrativo Sancionador

por parte del OSITRAN se derivan otras problemáticas, que también serán abordadas en este texto.

En tal sentido, se ha planteado como problema principal en determinar si COVIPERÚ ha incumplido sus obligaciones a las cláusulas 7.2 y 7.3 y del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato, según lo planteado en el Contrato de Concesión firmado con el MTC. Asimismo, uno de los problemas secundarios es si OSITRAN debió suspender el PAS iniciado a COVIPERÚ, a solicitud de la concesionaria. Finalmente, se buscará determinar si el OSITRAN tenía facultad para establecer un PAS contra COVIPERÚ.

Mi posición sobre estos problemas es que COVIPERÚ no incumplió con las obligaciones de mantenimiento de los sub tramos en cuestión, puesto que solo debía realizar mantenimiento rutinario, tal y como se plantea en el Contrato. Además, considero que el OSITRAN debió suspender el PAS, ya que los requisitos para que se lleve a cabo la suspensión requerida por COVIPERÚ eran cumplir con una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos tanto en el proceso arbitral como en el proceso administrativo, requisitos que según mi análisis sí se cumplen. Finalmente, el OSITRAN sí tiene la facultad de sancionar, porque ostenta potestad sancionadora y es el encargado de verificar que sus administrados cumplan con las obligaciones que le corresponden.

Los instrumentos normativos empleados son los siguientes:

- Constitución Política del Perú
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
- Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444
- Decreto Supremo N°044-2006-PCM, Reglamento General del OSITRAN
- Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, Reglamento de Sanciones e Infracciones del OSITRAN
- Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos

- Decreto Supremo N° 410-2015-EF, norma que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.
- Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

Como se sabe la situación presentada en el presente informe jurídico, tiene como origen la suscripción de un Contrato de Concesión en el año 2005 entre el MTC y COVIPERÚ. El contexto en el que se desarrolló este caso es en medio de un exponencial crecimiento económico en el Perú, crecimiento que no se daba desde hace muchos años, pues nuestro país había pasado por situaciones realmente difíciles como el terrorismo, la inestabilidad política y económica y la corrupción en los tres poderes del Estado. En el año 2005, hubo un crecimiento exponencial en el PBI y se empezó con la búsqueda del Estado por buscar mayor intervención de los privados en proyectos de infraestructura del sector transporte.

El Banco Central de Reserva del Perú (2005) , indica que “ La mayor inversión privada fue reflejo de la evolución del sector construcción que creció 8,4 por ciento y de las importaciones de bienes de capital que crecieron 29,6 por ciento” (p. 15).

Asimismo, después de muchos años, teníamos cierta estabilidad política que permitía que organismos reguladores como el OSITRAN tomen un papel más protagonista de sus funciones y empiecen a tener mayor injerencia en asuntos de sus administrados, ello, evidentemente, con el respaldo de la Presidencia de Consejo de Ministros y con un gobierno más estable que en ocasiones anteriores.

Por lo tanto, como se ha advertido, el Perú se encontraba en una mejor situación económica y política que permitieron que el gobierno contrate mediante un Contrato de Concesión para la realización de ciertos tramos de una vía tan importante como la Panamericana Sur, la misma que conectan a la capital con las regiones del sur del Perú.

II.2. Hechos relevantes del caso

El **20 de septiembre de 2005** el Estado Peruano, a través del MTC y COVIPERÚ suscribieron un Contrato de Concesión por un plazo de 30 años para la construcción y explotación del tramo vial Puente Pucusana - Cerro Azul- Ica de la Panamericana Sur.

El **28 de marzo de 2008**, de acuerdo con el Plan de Supervisión 2008, la Gerencia de Supervisión del OSITRAN anunció inspección de operaciones el 02 y 03 de abril del mismo año, a efectos de verificar el mantenimiento de los sub tramos (en adelante, los sub tramos):

- Sub tramo 2: Cerro Azul - Cerro Calavera
- Sub tramo 3: Cerro Calavera -Pampa Clarita
- Sub tramo 5: Intercambio Chincha Alta - Empalme San André

Después de dicha inspección, el OSITRAN detectó ciertas deficiencias por parte del concesionario y el **10 de abril de 2008**, COVIPERÚ presenta un levantamiento de observaciones, a través de un Programa de Mantenimiento Rutinario y Complementario.

El **23 de abril de 2008**, OSITRAN remite a COVIPERÚ la notificación de “Detección de parámetro de condición insuficiente”, según lo indicado en el Contrato. El **28 de mayo de 2008** se notifica a COVIPERU una inspección de operaciones no programadas y se lleva a cabo el 30 de mayo de 2008 , en la cual se detectan deficiencias no levantadas.

El **04 de junio de 2008**, OSITRAN remite al concesionario la “Notificación de incumplimiento”, que detalla los parámetros de condición insuficiente. El **13 de junio del mismo año**, COVIPERÚ presenta descargos respecto a la “Detección de parámetro de condición insuficiente” en los sub tramos existentes, solicitando que las observaciones se consideren levantadas.

El **22 de julio de 2008**, COVIPERU presenta un cuadro de levantamiento de observaciones de la notificación de parámetros de los sub tramos a ser desafectados y adjunta una propuesta para subsanar los defectos en la calzada y berma como “Mantenimiento más que rutinario”.

El **08 de agosto de 2008**, OSITRAN indica que COVIPERÚ ha cumplido con levantar los defectos identificados. El **18 de agosto de 2008**, COVIPERÚ presenta expediente técnico de la obra para reparación de calzada y bermas de los sub tramos a ser desafectados.

Sin embargo, el **06 de mayo de 2009** la Gerencia de Supervisión del OSITRAN se da cuenta del incumplimiento por parte del concesionario por insuficiente mantenimiento de sub tramos.

El **02 de julio de 2009** se inicia el PAS por el presunto incumplimiento de las Cláusulas 7.2, 7.3 y del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato. El **23 de julio de 2009**, COVIPERU remitió sus descargos, después de una solicitud al regulador de plazo adicional para responder, y solicitó la suspensión del PAS, ya que se encontraba pendiente el laudo arbitral entre el MTC y COVIPERÚ, el cual se refería a la misma materia.

El **28 de agosto de 2009**, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima remite la información referente a la identidad de los sujetos, hechos y fundamentos de la pretensión del concesionario en el marco del proceso arbitral.

El **20 de noviembre de 2009**, OSITRAN, mediante Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN, resuelve declarar que COVIPERÚ realizó las labores de conservación y mantenimiento de la infraestructura vial de la

Concesión, sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato y la misma en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN está estipulada como falta grave y se le impone diez (10) UITs como sanción.

El **14 de diciembre de 2009**, COVIPERÚ presenta recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN y al que añade prueba nueva (informe emitido por la empresa Construcción y Administración S.A).

El **22 de enero de 2010**, OSITRAN, mediante la Resolución de Gerencia General N° 006-2010-GG-OSITRAN, declara improcedente el recurso de reconsideración en vista de que la nueva prueba ya había sido materia de pronunciamiento en la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN.

El **12 de febrero de 2010**, COVIPERÚ interpone recurso de apelación y solicita suspensión del PAS en base a estos tres argumentos: i) Mantiene su posición respecto a que la obligación contractual establecida en la cláusula 7.2 del Contrato determina que se debe realizar un mantenimiento rutinario con el único objetivo de asegurar el tráfico fluido sin hacer referencia alguna al cumplimiento de niveles de servicio, ii) reiteran solicitud de suspensión, porque se considera que se encuentra pendiente el laudo arbitral seguido entre el MTC y COVIPERÚ, cuya materia se refiere a la determinación de los alcances de la obligación de Mantenimiento Rutinario en los sub tramos, y iii) para que los sub tramos cumplan con los niveles de servicio se requería un tratamiento mayor, es decir, primero se debe alcanzar dichos niveles a través de de una puesta a punto o mantenimiento periódico para que recién después sea posible mantener los niveles de servicio con mantenimiento rutinario.

El **13 de mayo de 2010**, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2010-CD-OSITRAN, se acumula el recurso de apelación y solicitud de suspensión del procedimiento administrativo sancionador. Se declara improcedente la solicitud de suspensión presentada por COVIPERÚ e infundado el recurso de apelación. Asimismo, se confirma la multa de diez (10) UITs.

Después de haber elaborado la presente exposición de hechos relevantes del caso. Considero pertinente poder exponer de manera general la posición de cada una de las partes de este procedimiento, aunque en el desarrollo de este informe se expondrá de manera más específica.

Fundamentos de OSITRAN:

- Indica que sí existe incumplimiento de parte de COVIPERÚ respecto a las labores de Mantenimiento Rutinario realizados en los sub-tramos.
- COVIPERÚ realizó labores de conservación y mantenimiento de la infraestructura vial sin tomar en cuenta las cláusulas 7.2 y 7.3, contenidas dentro de la definición del Mantenimiento Rutinario y del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato.
- Determina que el PAS no debe ser suspendido, pues no se cumplen con los requisitos que se señala en el artículo 64° de la Ley de Procedimiento Administrativo General sobre el conflicto con la función jurisdiccional.

Fundamentos de COVIPERÚ:

- Indican que no se puede inferir que hubo un incumplimiento al Contrato, ya que solo debía realizar un **mantenimiento rutinario con el único objetivo de asegurar tráfico fluido**, sin hacer referencia al cumplimiento de niveles de servicio, entendiéndose que la debida interpretación será determinada por el Tribunal Arbitral.
- Señalan que no corresponde seguir con el PAS iniciado, puesto que se encuentra pendiente de laudo el proceso arbitral seguido entre el MTC y COVIPERÚ referido a la determinación de los alcances de la obligación referidas al mantenimiento rutinario en los sub tramos.
- COVIPERÚ señala que el hecho de que el regulador esté realizando un PAS por incumplimiento de condiciones técnicas estipuladas en el Contrato representa una violación al mandato establecido en el artículo 169 de la Constitución referido a que es un principio de la función

jurisdiccional, que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

Fundamentos de la Resolución de Consejo Directivo No. 015-2010-CD-OSITRAN, resolución materia de análisis :

- Solo será suspendido el PAS cuando se haya comprobado que existe una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos entre el procedimiento administrativo y jurisdiccional, en este caso el arbitral. Si es que estos supuestos concurrentes no se presentan, entonces no corresponderá que la Administración suspenda el proceso. En el presente caso, la materia controvertida en sede arbitral se encuentra referida a las obligaciones que insumen el mantenimiento rutinario en los sub tramos 2, 3 y 5 de la Concesión.
- No hay afectación al principio de tipicidad pues el Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN tipifica el incumplimiento contractual incurrido por el concesionario y el Contrato señala que será pasible de las sanciones administrativas por parte del regulador.
- El alcance de la controversia en sede arbitral no implica que el Concesionario deje de realizar las actividades de mantenimiento rutinario que señala el Contrato, con lo cual se comprueba que no existe identidad entre proceso arbitral y el PAS.
- Si el concesionario consideraba que debió cumplir con tareas distintas a las que tenía previstas en los sub tramos, ello no lo eximía de cumplir con las obligaciones asumidas desde la posesión del derecho de explotación y las del Contrato.
- Se declara infundado el recurso de apelación, confirman sanción de 10 UITs, ya que no cumplió con las condiciones técnicas estipuladas en el

Contrato, se acumula el recurso de apelación y suspensión de PAS y declara agotada la vía administrativa.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

III.1. Problema principal

1. ¿COVIPERÚ ha incumplido sus obligaciones a las cláusulas 7.2 y 7.3 y del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato, según lo planteado en el Contrato de Concesión firmado con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones?
 - 1.a Panorama general de la problemática
 - 1.b Argumentos de OSITRAN y de COVIPERÚ en base a la problemática
 - 1.c. Análisis y posición individual del posible incumplimiento de obligaciones a las cláusulas 7.2 y 7.3 y del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato.

III.2. Problemas secundarios

2. ¿OSITRAN debió suspender el PAS iniciado a COVIPERÚ?
 - 2.a. Definiciones generales y el panorama de la problemática
 - 2.b. Argumentos de OSITRAN y de COVIPERÚ en base a la problemática
 - 2.c. Análisis y posición individual de la solicitud de suspensión del PAS de COVIPERÚ

3. ¿OSITRAN tenía facultad para establecer un PAS contra COVIPERÚ?
 - 3.a. Panorama general de la situación
 - 3.b. Competencias y delimitación otorgadas a OSITRAN en su calidad de organismo regulador del sector transporte
 - 3.c. Posición individual sobre la facultad de OSITRAN para establecer PAS contra COVIPERÚ

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

IV.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

A propósito de la respuesta a la pregunta principal de este trabajo, considero que COVIPERÚ no incumplió con las obligaciones de mantenimiento de los subtramos en cuestión, puesto que el OSITRAN para emitir su pronunciamiento no ha tomado en consideración objetivamente lo que se señala en el Contrato y por lo tanto, no se ha realizado un análisis completo de lo que se busca interpretar en esta problemática.

Según lo que señala, el Laudo Arbitral en el que se encontraba participando el MTC junto con COVIPERÚ y que fue resuelto después que el PAS, indica que el mantenimiento rutinario no se puede entender de la misma manera que el mantenimiento periódico. Este primer concepto, aunque ha sido abordado como parte de la sección de definiciones del Contrato, genera confusión, ya que OSITRAN entiende que el incumplimiento por parte de COVIPERÚ radica en que se no se ha realizado el mantenimiento correspondiente según ciertas pautas del Contrato y ello, a mi parecer, no es cierto ni correcto.

Asimismo, considero que OSITRAN debió suspender el PAS, ya que los requisitos para que se lleve a cabo la suspensión requerida por COVIPERÚ eran cumplir con una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos tanto en el proceso arbitral como en el proceso administrativo, requisitos que según mi análisis sí se cumplen y, por lo tanto, debieron ser respetados por el regulador.

Finalmente, sobre la tercera cuestión controvertida en el presente informe, indico que el OSITRAN sí tiene la facultad de sancionar, pues dentro de sus funciones se encuentra la función de supervisión, instrucción y sancionador. Por lo tanto, OSITRAN es un organismo que ostenta potestad sancionadora y es el encargado de verificar que sus administrados cumplan con las obligaciones que le corresponden, sobre todo si derivan de un Contrato de Concesión, como es el caso de COVIPERÚ.

IV.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Mi posición individual sobre el fallo de la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2010-CD-OSITRAN es que las decisiones del OSITRAN respecto a la negativa de la solicitud de suspensión del PAS iniciado contra COVIPERÚ y la aseveración de que el concesionario incumplió con su obligación de realizar el mantenimiento correspondiente en los sub tramos conforme se indicaba en el Contrato, no son coincidentes con mi posición individual.

Asimismo, a lo largo del presente texto, se podrá observar que el fallo ha sido carente y deficiente en dictar decisiones fundamentadas, es decir, muchas de ellas carecen de un real análisis y, por el contrario, suelen ser superficiales en los fundamentos que se utilizan. Asimismo, considero que se debió abordar el presunto incumplimiento de una manera más sólida y práctica, sin la necesidad que exista intransigencia en la decisión del regulador. Además, era pertinente que el OSITRAN considere ciertas opiniones de COVIPERÚ, ya que se hubiera llegado a un debate enriquecedor en donde se toma en cuenta y se rebate directamente lo que consigna el concesionario.

Finalmente, considero pertinente mencionar que estoy de acuerdo con que el OSITRAN pueda ejercer su potestad sancionadora y también como plantea ello al momento de fundamentar su facultad de sancionar a sus administrados; sin embargo, como lo he mencionado anteriormente creo que, por el mismo hecho de que es una entidad con potestades que justifican el cumplimiento de fiscalización y supervisión, debió explayarse y justificar cada una de las decisiones con la finalidad de que sus administrados conozcan las razones de las sanciones y sirvan para refutarlas, por ser su derecho, o aceptarlas y no volverlo a cometer.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Primer problema: ¿COVIPERÚ ha incumplido sus obligaciones a las cláusulas 7.2 y 7.3 y del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato, según lo planteado en el

Contrato de Concesión firmado con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones?

El problema principal del presente informe es determinar si COVIPERU ha incumplido sus obligaciones a las cláusulas 7.2 y 7.3 y del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato de Concesión firmado entre el MTC y COVIPERU, ello con la finalidad de que se esclarezca la responsabilidad del concesionario, en torno a una posible falta de ejecución a las obligaciones que derivan del Contrato.

En tal sentido, con la finalidad de otorgar mi posición e hipótesis en base a esta cuestión debo iniciar indicando que nos encontramos ante un Contrato de Concesión. En tal sentido, este tipo de contratos constituyen acuerdos entre el Estado, representado a través de alguna entidad pública, y un inversionista privado para la construcción y/o explotación de infraestructura pública y/o la prestación del servicio público correspondiente (Menchola y Chamorro, 2015, p. 04). Estos se encuentran supeditados a varias características y aspectos que deben ser considerados en su comprensión, uno de ellos es el tema de los incumplimientos contractuales por parte del concesionario.

Menchola y Chamorro (2015) afirman que

“Lo anteriormente señalado resulta plenamente relevante, en el caso del sistema de concesiones, donde tenemos la figura de los Organismos Reguladores, a cargo de la supervisión y fiscalización de los Contratos de Concesión, por tanto, éstos también deberán reconocer el valor de dichas Actas de Trato Directo y tener en consideración los acuerdos plasmados en éstas a fin de determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de los concesionarios, pues, reiteramos, son las Partes los actores legitimados a decidir sobre la interpretación de la voluntad común que ha sido plasmada en el respectivo contrato”.(p. 98)

Asimismo, es preciso señalar que este Contrato ha sido realizado a la luz del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en

Activos, y del Decreto Supremo N.º 410-2015-EF, norma que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1224 Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. Ambas normas son propulsoras de este tipo de régimen de Asociaciones Públicos Privadas (en adelante, APP), que tienen el objetivo de conseguir participación por parte de las entidades privadas a través de su inversión financiera en proyectos que involucran infraestructuras públicas y/o servicios públicos, como es el caso de la construcción de una red vial en el Perú.

En tal sentido, el objetivo principal con la firma de un Contrato de Concesión, como el que es materia de análisis, es conseguir que, a través de la inversión privada, exista prestación de servicios de mayor calidad y accesible para todos los peruanos. Aunque hoy en día, este tipo de asociaciones están reguladas por las normas anteriormente citadas, ello no siempre es así, porque el marco legal de las APP ha sido muy volátil desde que el Perú empezó a emitir leyes, decretos y reglamentos, que buscaban regular esta situación. Sin embargo, con el paso de los años las ha convertido en normas obsoletas y/o derogadas.

Dicho esto, es pertinente mencionar que el Decreto Supremo N.º 410-2015-EF en su artículo 65º, menciona que el concesionario o inversionista debe hacerse responsable por el cumplimiento de todas sus obligaciones establecidas en el Contrato y asumiendo la responsabilidad por imputación de penalidades impuesto por el organismo regulador correspondiente.

Al respecto, los incumplimientos de un Contrato de Concesión son fiscalizados por el regulador correspondiente, en el caso del sector Transporte, el OSITRAN es quien debe supervisar que los acuerdos de este contrato sean llevados a cabo con rigurosidad, pero al mismo tiempo con proporcionalidad y lógica. Por consiguiente, normalmente los contratos de concesión privada incluyen penalidades que serán aplicables en caso de incumplimiento de la reglamentación de la concesión, esto así se puede imponer penalidades correspondientes ante la falta de culminación en frente a una disposición que se deriva del contrato (Soria y Osterling, 2013, p. 86).

No se cuestiona que sean los organismos reguladores que se vean inmersos en el examen de cumplimiento y análisis de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión; sin embargo, ello debe ser analizado a través de una posición que otorgue seguridad jurídica al concesionario, que aunque puede pensarse que tiene un papel de deudor ante el estado peruano, muchas veces se olvida que son entidades extranjeras o nacionales que apuestan por el desarrollo económico y social de un país como el Perú.

Dicho esto, y según se entiende de los antecedentes de este caso, el OSITRAN y el MTC se han mantenido vigilantes a las obligaciones de COVIPERÚ y a través de supervisiones y fiscalizaciones han determinado que la empresa concesionaria ha incumplido el Contrato de Concesión en las cláusulas 7.2 y 7.3 y en el Anexo I en el numeral 4.11. En tal sentido, es necesario saber y dejar claro a qué se hace referencia en las supuestas cláusulas incumplidas y en el 4.11 del Anexo I de este Contrato, tal es así se señala lo siguiente:

“7.2. La SOCIEDAD CONCESIONARIA efectuará las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, que sean necesarias de acuerdo con lo establecido en el Anexo I del Contrato, respetando igualmente la normatividad vigente sobre mantenimiento de carreteras en todo lo que no se oponga a los parámetros contractuales (...).

En los sub tramos existentes, mientras no se hayan terminado las obras de construcción del tramo que los reemplazará, la sociedad concesionaria estará obligada a realizar un mantenimiento rutinario con el objetivo de asegurar tráfico fluido (...).

7.3. Las labores y actividades de Mantenimiento que deban ser realizadas por la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la fecha de Toma de Posesión del Derecho de Explotación de la Concesión respecto de aquellos Bienes de la Concesión a que se refiere a la Cláusula 5.2 se efectuarán de conformidad con los Procedimientos para la Conservación,

la Explotación y el Control de la Gestión del Tramo, los mismos que se encuentran establecidos en el Anexo I del presente Contrato.

La obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de realizar las labores y actividades de Mantenimiento de la vía será exigible desde que el CONCEDENTE entregue los Bienes de la Concesión necesarios para tal fin, hasta el final de la Concesión.

4.11. En caso de que el REGULADOR o quien éste designe, constatará que no se han realizado las reparaciones de los defectos indicados en la “Notificación de parámetro de condición insuficiente dentro de los plazos establecidos, el REGULADOR emitirá una “Notificación de Incumplimiento” aplicando las penalidades que correspondan y estableciendo nuevos plazos para alcanzar los niveles de servicio exigidos. Los nuevos plazos no determinarán que se deje de aplicar las penalidades que correspondan hasta que se subsanen los defectos indicados en la correspondiente “Notificación de Incumplimiento”.

Dicho ello, hay necesidad de analizar esta situación en base a las obligaciones, que en efecto derivan del Contrato de cara a COVIPERÚ; por lo tanto, es preciso señalar a cuáles nos referimos. Podemos identificar de la lectura de las cláusulas y apartados del Contrato en mención que la sociedad concesionaria tenía las siguientes responsabilidades respecto a los subtramos ya mencionados:

- COVIPERÚ efectuaría labores de conservación y mantenimiento de infraestructura vial de la Concesión, de acuerdo con el Anexo I, respetando la normativa vigente de mantenimiento de carreteras
- Mientras no se hayan terminado las obras de construcción de los tramos que reemplazará a los sub tramos, el concesionario estará obligado a realizar mantenimiento rutinario con el objetivo de asegurar tráfico fluido.
- El mantenimiento sería exigible desde que se entregan los bienes hasta el final de la Concesión.

Dicho ello, considero necesario que brevemente conozcamos cuáles son las posiciones de las partes involucradas en la problemática principal de este caso. En tal sentido, OSITRAN argumenta sobre este punto que el incumplimiento de COVIPERÚ, respecto a las cláusulas del Contrato, radica en que la sociedad concesionaria no ha cumplido a cabalidad las obligaciones que en el documento se señalan y no hay un entendimiento similar de las mismas, pues COVIPERÚ no solo debía entender que su responsabilidad radicaba en el **mantenimiento rutinario** de los sub tramos, sino también que ello deriva en cumplir con los niveles de servicios y por lo tanto, lo que correspondía era el mantenimiento periódico.

Asimismo, sostiene repetitivamente en sus argumentos que aun cuando el tema del cumplimiento de los “niveles de servicios” no hubiese sido parte de las obligaciones en la cláusula 7.2 debió ser considerada como responsabilidad al estar inmerso en el contenido del Anexo I. Agregan que la cláusula 7.1 debe regir en el razonamiento de este problema, ya que es una regla general que incluía que COVIPERÚ tenía el deber de efectuar conservación y mantenimiento de la infraestructura vial, desde la toma de posesión hasta la caducidad del Contrato.

Por otro lado, COVIPERÚ responde a la entidad supervisora indicando que solo estaba obligada a realizar mantenimiento rutinario en los sub tramos señalados, ello con la finalidad de asegurar el tráfico fluido, según lo que deriva de la cláusula 7.2 del Contrato. Además, no se puede asumir que lo señalado en la cláusula 7.1 es la regla general y, por lo tanto, debe ser cumplida. Esto debido a que, la existencia de la cláusula 7.2 especifica claramente los escenarios en el que se podrá dar el mantenimiento rutinario y/o periódico.

Ahora bien, después de haber contextualizado la problemática principal en la cual nos encontramos en este caso, comento que mi posición personal al respecto es que la empresa COVIPERÚ no incumplió las cláusulas que indica OSITRAN, las cuales pertenecen al Contrato firmado con el MTC.

En principio, uno de los primeros puntos que se debe abordar para comprender mi posición es a qué se hace referencia cuando hablamos de Mantenimiento

Rutinario, concepto que es bastante mencionado durante los argumentos de defensa de ambos actores del presente caso . En tal sentido, el mantenimiento rutinario se entiende como conjunto de actividades que se ejecutan en distintos tramos de una vía, el cual tiene como **objetivo resguardar y cuidar todos los componentes del camino vial y así como buscar la conservación del mismo**. Asimismo, este tipo de mantenimiento es preventivo y se desarrollan obras de drenaje, reparaciones puntuales, mantenimiento de señales de tránsito, entre otros (Ministerio de Transporte y Comunicaciones del Perú, 2006, p. 28).

Cuando hablamos de mantenimiento rutinario es fácil identificar cuál es su diferencia con el mantenimiento periódico, ya que el primero se da de manera diaria o interdiaria y tiene la finalidad principal de mantener el **tráfico fluido** en la red vial en la que se ejecuta, mientras que el segundo mantenimiento , según lo que señala el artículo 1.5 del Contrato de Concesión, se entiende como tareas preventivas que son previsibles en el tiempo, pues son periódicas, y tienen como objetivo asegurar la funcionalidad e integridad de la vía a través de renovación de pavimento, obras de arte, proteger la seguridad vial, entre otras actividades.

Después de ello, y remitiéndonos a lo que se establece en el Contrato, el mantenimiento rutinario está estrechamente relacionado al concepto del tráfico fluido, es decir, se debe hacer todo lo posible para mantener el flujo normal de transporte terrestre que transita por la vía en cuestión, sin que ello sufra alteraciones, ello ha sido señalado así en la cláusula 7.2 del Contrato. Sin embargo, el OSITRAN entiende de una manera diferente lo establecido en este documento, pues considera que no solo debe entenderse el tráfico fluido como característica de este mantenimiento, sino también el establecimiento de niveles de servicio, y en ello reside la acusación de que COVIPERÚ incumplió sus obligaciones contractuales.

“Se define al Nivel de Servicio de un sector de una carretera como la calidad del servicio que ofrece esta vía a sus usuarios, que se refleja en grado de satisfacción o contrariedad que experimentan al usar la vía” (Instituto Nacional de Vías, 2020, p.15).

En ese sentido, lo esencial de una adecuada interpretación del Contrato es mantener la calidad y otorgar tránsito fluido en la vía en cuestión. Sostengo esto, porque también en la cláusula 5.18 del Contrato se señala que COVIPERÚ solo va a estar obligada a asegurar un tráfico fluido de los sub tramos a través del mantenimiento rutinario y en ningún momento se menciona al mantenimiento periódico.

Asimismo, como ya lo hemos mencionado el mantenimiento periódico y la puesta a punto¹ tienen la finalidad de que la vía se encuentre en determinado estado de condición técnica; por lo tanto, la puesta a punto es el primer trabajo necesario para alcanzar niveles de servicio y es la denominación al primer mantenimiento periódico que se ejecuta en la vía para que este alcance niveles de serviciabilidad.

Después de ejecutar la puesta a punto, el mantenimiento periódico tiene por finalidad mantener los niveles de serviciabilidad que han sido alcanzados con esto; por lo tanto, sin puesta a punto no podría brindarse el mantenimiento periódico y ello, nos lleva a indicar que según el Apéndice 2 del Anexo 1 solo sostiene que los sub tramos 1,4 y 6 son los únicos que deben someterse a puesta a punto. En tal sentido, es ilógico que el OSITRAN señale que los sub tramos, materia de conflicto, también debían serlo, ya que esto no está previsto en el Contrato.

Asimismo, el Laudo Arbitral del 2014 en torno a la controversia entre Autopista del Norte S.A.C. y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) respecto del Contrato de Concesión de la Red Vial N°4: Pativilca- Santa - Trujillo y Salaverry - Eznpahne hace referencia al asunto de la Puesta a Punto en la cual tiene como finalidad alcanzar índices de serviciabilidad que en comparación con el caso de COVIPERU, también se encuentran detalladas en el Anexo I, sin

¹ Según la cláusula 1.5 del Contrato se entiende como las obras y actividades necesarias a realizar en el área de Concesión y en el derecho de vía de los demás sub tramos para alcanzar los índices de serviciabilidad previstos.

perjuicio de ello, se deja claro que el escenario para exigir un mantenimiento como el periódico debe ser expreso, lo cual no se infiere del presente caso.

Dicho ello, COVIPERÚ sí cumplió con lo que le correspondía según Contrato al haber ejecutado el mantenimiento rutinario en los sub tramos correspondientes. Asimismo, si es que el concesionario asumiría más allá de lo estipulado en ambas cláusulas podría estar recayendo en el mantenimiento periódico de las carreteras y esto no se deriva de sus obligaciones del Contrato.

Trelles de Belaunde (2002), afirma que

“El poder de interpretación unilateral consiste, como enseña GARCIA DE ENTERRIA , en que la Administración puede resolver en un primer momento, en forma unilateral o ejecutoria, las incidencias que surjan entre ella misma y el contratista, con el fin de evitar que la discrepancia en la interpretación dé lugar a un perjuicio al interés público. Este poder carecer de todo contenido material o sustantivo; no se trata de que la Administración puede decidir libremente sobre el alcance de lo pactado, sino de que simplemente puede asegurar una decisión de manera provisional. Así, entendemos que la interpretación sólo podrá darse ante situaciones que pongan en peligro el interés público y podrá ser cuestionada, incluso judicialmente, pero sólo en un momento posterior”
(p. 243)

Como lo señala el anterior autor citado, el Estado desde ya tiene una interpretación unilateral del Contrato de Concesión, que quizás permite que el concesionario tenga un papel de desventaja a comparación del MTC; sin embargo, sí hay algo seguro es que desde una adecuada interpretación de ciertos espacios del Contrato de Concesión sólo se deben realizar cuando hay un claro perjuicio al interés público.

Por lo indicado por el regulador en la justificación de su posición sobre este problema, a través de las Resoluciones de Gerencia General N° 006-2010-GG-OSITRAN y N° 063-2009-GG-OSITRAN y también, en diversas comunicaciones

enviadas al concesionario, el OSITRAN ha interpretado, de manera errónea, aspectos que ya eran bastantes claros y precisos dentro del Contrato y que si bien estamos ante un interés público como es el caso de los sub tramos en cuestión, ello en vista de que forman parte de una vía tan transcurrida como es la Panamericana Sur y de la cual se benefician gran parte de la población, esto no implica que sin razón alguna se pueda realizar interpretaciones que carecen de razonamiento lógico y de necesidad para hacerlo.

Arana y Chamorro (2015) señalan que,

“A fin de proteger los derechos de los inversionistas con relación a las actuaciones de la Administración existe un marco jurídico que busca crear un esquema de pesos y contrapesos brindando un equilibrio entre las partes. En otras palabras, el propio Estado puede limitar estas potestades exorbitantes propias de los contratos administrativos, a fin de dar las garantías necesarias a la inversión privada”. (p. 93)

En tal sentido, considero que OSITRAN ha hecho uso de una de sus potestades de manera abusiva y sin razón alguna aparente, ya que el Contrato era preciso cuando indicaba que los sub tramos, materia de discusión COVIPERU solo estaba obligado a realizar el mantenimiento rutinario que no involucra a los niveles de servicio, pues eso traería por consecuencia que se entendiera que equivaldría el mantenimiento periódico, lo cual no es posible interpretar del Contrato.

Esto último nos introduce a otro argumento repetitivo a lo largo de toda la fundamentación del OSITRAN sobre esta problemática, ya que indica que la cláusula 7.1 del Contrato señala que el concesionario sí estaba obligado a efectuar conservación y mantenimiento de infraestructura, desde la Toma de Posesión hasta la caducidad de la concesión. Sin embargo, el regulador no dimensiona que la cláusula 7.2 es el apartado específico y por lo tanto, prevalece.

Asimismo, la cláusula 7.1 no es una cláusula materia de discusión y al ser general viene a estar supeditada a lo que se indica en la cláusula 7.2; es por eso la importancia de que las mismas deben estar redactadas de manera clara y precisa, sin ambigüedades ni términos vagos que puedan generar confusiones o interpretaciones erróneas. Es menester que las obligaciones de las partes involucradas en el contrato estén especificadas de forma detallada y exhaustiva, de manera que se entiendan claramente las obligaciones de cada parte y los plazos y condiciones en que deben cumplirse.

Ahora bien, veamos que señala OSITRAN sobre este tema en su Reglamento de Infracciones y Sanciones, Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, la misma que ya no se encuentra vigente, pero para efectos de la resolución y análisis de este problema debemos utilizar. En tal sentido, esta norma señala en su artículo 15° lo siguiente:

“Artículo 15°.- No realizar el mantenimiento de los bienes de la concesión

La Empresa Concesionaria que no realice las actividades necesarias para mantener los bienes de la concesión en condiciones adecuadas para su utilización durante y al término del Contrato de Concesión:

15.1 Cuando no brinde mantenimiento a los bienes de la concesión, incurrirá en infracción muy grave.

15.2 Cuando realice labores de mantenimiento sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas, incurrirá en infracción grave”.

Por lo tanto, OSITRAN busca que el incumplimiento encaje por una “clara” obligación no cumplida como correspondía. Sin embargo, como ya lo hemos visto y no es aplicable este análisis de OSITRAN, porque se ha determinado que el mantenimiento periódico no era aplicable para los sub tramos y no se señalaba en ninguna parte del Contrato, como lo estipula el organismo regulador en sus argumentos.

Es necesario entender que el OSITRAN no está atendiendo de manera adecuada a los conceptos del principio de legalidad ni el de tipicidad, según lo que se señala en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, entendiéndose que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la normativa dentro de lo que se le faculta y que solo será conducta sancionable mediante infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Sin perjuicio de ello, aunque si bien se estipula en el Reglamento del regulador que el no cumplir con los mantenimientos de manera adecuada acarrea una infracción, se debe precisar que el OSITRAN ha hecho una interpretación fuera del verdadero asunto y no está respetando el Contrato, compromiso firmado entre el particular y el MTC, donde expresamente se señalaba que el mantenimiento periódico no aplica para los sub tramos en cuestión.

Finalmente, a manera de conclusión y con la finalidad de que quede manifiesta mi posición a esta problemática, COVIPERÚ no incumplió ninguna de las cláusulas que son identificadas por el OSITRAN, ya que solo tenía la obligación de cumplir con el mantenimiento rutinario de los sub tramos 2, 3 y 5 y cuidar que estos no carezcan de funcionalidad en su estructura vial y sean espacios en donde, en efecto, se lleve a cabo un servicio de calidad.

Si bien OSITRAN está facultado como regulador de la Inversión Privada en los Servicios Públicos a supervisar el cumplimiento de los concesionarios que son parte de sus administrados como en el caso de este concesionario; sin embargo, esta facultad no puede ser ejecutada a la ligera y sin realizar una interpretación sistemática de los materiales específicos que son parte de la controversia como el presente Contrato de Concesión.

En tal sentido, por los argumentos plasmados por el regulador, se puede evidenciar que el Contrato ha sido analizado por partes y no en su totalidad; por lo tanto, no hay un análisis idóneo y complejo que pueda realmente determinar si existió o no un incumplimiento por parte del concesionario. Esta acción es bastante perjudicial para el administrado, porque no se le está imponiendo un

posible incumplimiento verificando todos los elementos correspondientes y se toma una decisión en base a un examen sesgado y no completo.

Es preciso mencionar que si la obligación que se busca imponer a COVIPERÚ no se encuentra expresa en el Contrato, entonces es evidente que no puede ser exigida, porque ello determinaría un incumplimiento a los principios por los que se rigen los Contratos de Concesión y el OSITRAN se estaría extralimitando de sus facultades otorgadas.

Segundo problema: ¿OSITRAN debió suspender el PAS iniciado a COVIPERÚ?

Después de haber analizado la problemática principal del presente informe jurídico, surge una cuestión respecto a la suspensión del proceso administrativo sancionador, la misma que fue una solicitud hecha por COVIPERÚ a OSITRAN; en tal sentido, considero importante dilucidar e indicar si para mi juicio debió ser aceptada o no por la entidad regulatoria. Por lo tanto, es pertinente señalar y desarrollar ciertos aspectos que nos permitan abordar la situación y formen parte de la base de mis argumentos en torno a esta cuestión.

En principio, el proceso administrativo sancionador deriva de la potestad sancionadora, atribución que la ley otorga a las entidades regulatorias peruanas al ser parte de la Administración Pública, con la finalidad de que con el poder que ostentan, puedan determinar infracciones e imponer sanciones administrativas en el ámbito de su competencia a los administrados correspondientes.

Danós (1995) indica que,

“Así también cabe entender la potestad sancionadora de la administración pública, como un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a la administración en determinadas materias porque, como señala ALEJANDRO NIETO: “quien tiene la potestad de ordenar, mandar y

prohibir, ha de ostentar la potestad de sancionar, pues sin ésta resultarían inoperativas aquéllas”. (p. 150)

Asimismo, se ha determinado que esta potestad, la misma que es emanada bajo la lógica del *ius puniendi* del Estado, se ha solidificado en el tiempo, pues se ha ido demostrando y revelando su importancia en la aplicación ante conflictos de alto estándar en la Administración Pública (Nieto, 2011, p.12).

Es fundamental tener en cuenta que si bien cada entidad regulatoria tiene sus propias normativas y procedimientos específicos en materia de la potestad sancionadora que ostentan, estas siempre deben seguir los principios de la potestad sancionadora estipulados en el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (en adelante, TUO de la Ley N° 27444).

En tal sentido, la existencia de los principios de la potestad sancionadora es crucial para que la Administración Pública pueda utilizarla sin eludir garantías fundamentales, que deben ser respetadas con la finalidad de asegurar un debido procedimiento para el administrado. Dentro del TUO de la Ley N° 27444, se indica que, a la legalidad, el debido proceso, tipicidad, entre otros, como los principios que rigen este tipo de facultad.

Es preciso dejar claro que cualquier tipo de vulneración a estos principios puede traer como consecuencia no solo la nulidad absoluta del acto, sino también desvirtuaría su justificación axiológica y con ello se perdería el verdadero sentido del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública (Huapaya y Alejos, 2019, p. 35). Por lo tanto, es fundamental que la Administración no solo respete y actúe de acuerdo con norma, sino que promueva el cumplimiento de una adecuada potestad sancionadora.

Entonces, como se mencionó en líneas anteriores, esta potestad es la base para que la Administración Pública pueda iniciar un procedimiento administrativo sancionador, pues es una de sus facultades establecidas en la normativa correspondiente. Dejando claro ello, considero importante desarrollar el concepto y demás características relevantes en torno al procedimiento

administrativo sancionador, al ser parte crucial en el problema jurídico de este apartado.

Ahora bien, se entiende que el procedimiento administrativo sancionador en el Perú es un proceso establecido por la ley para imponer sanciones a aquellos individuos o entidades que hayan incurrido en infracciones administrativas. Este procedimiento se rige principalmente por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y otras normas específicas según el ámbito de la infracción. La finalidad principal de este proceso es garantizar y determinar responsabilidad con la finalidad de que lo ocasionado sea resarcido; sin embargo, su objetivo también es asegurar un debido proceso y derecho a la defensa de las partes involucradas.

Guzmán (2017) señala que,

“En consecuencia, el procedimiento sancionador está caracterizado por un conjunto de elementos, entendidos como eminentemente garantistas respecto del administrado, los mismos que se justifican por el hecho de que la sanción administrativa implica una afectación gravosa a los derechos e intereses de los administrados”. (p. 772)

Asimismo, el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 desarrolla el procedimiento sancionador y todas sus características principales. Es importante notar para efectos del presente caso que el procedimiento se inicia con la notificación del acto administrativo que establece la apertura del expediente sancionador. En esta etapa se debe informar sobre la infracción presuntamente cometida y las sanciones que podrían imponerse. En aras del principio del debido proceso, a través de una adecuada defensa de parte del presunto infractor se establece la posibilidad de dar descargos y a ofrecer pruebas para demostrar su inocencia o mitigar la responsabilidad. Es importante destacar que se garantiza el principio de presunción de inocencia, por lo que corresponde a la administración probar la comisión de la infracción.

Después de la etapa de instrucción, mediante la cual se lleva a cabo la investigación y recopilación de pruebas por parte de la autoridad competente. Se emite la resolución que determina la responsabilidad o no de la persona natural o jurídica investigada. En caso de encontrar responsabilidad, se establecerán las sanciones correspondientes.

Por lo tanto, las partes involucradas tienen derecho a interponer recursos impugnativos, como el recurso de reconsideración, el recurso de apelación y otros previstos en la normativa específica. En tal sentido, estos recursos solicitan una revisión a lo ya decidido y se pretende buscar una modificación a la decisión. Si la resolución se mantiene firme, entonces, el imputado deberá cumplir con la sanción interpuesta (Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, 2015, p.25).

Se ha abordado estos conceptos con la finalidad de que se pueda comprender de mejor manera una definición que no ha sido trabajada de manera extendida tanto en la doctrina peruana y extranjera. Sin perjuicio de este trabajo, es preciso mencionar que la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en el Perú se reglamenta de manera breve en nuestra legislación.

En tal sentido, el artículo 75 del TUO de la Ley N° 27444 señala lo siguiente:

Artículo 75.- Conflicto con la función jurisdiccional

“75.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

75.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio”.

En las próximas líneas desarrollaremos a profundidad este último concepto referente al procedimiento administrativo sancionador, pues su determinación y explicación es más que relevante para esclarecer las conclusiones de la presente problemática.

Dicho todo ello, es razonable poder conocer cuáles son las posiciones de los actores principales de esta situación. Por un lado, COVIPERÚ solicitó, en su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2010-GG-OSITRAN, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador. Ello, alegando que se encontraba pendiente de resolución un proceso arbitral seguido con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en la Cámara de Comercio de Lima, mediante el cual se había solicitado al Tribunal que defina los alcances de las obligaciones de mantenimiento a cargo de COVIPERÚ para el caso de los sub tramos 2,3 y 5 previstas en las cláusulas del Contrato de Concesión, que ya han sido mencionadas en párrafos anteriores.

Sin embargo, a pesar de lo argumentado por el concesionario, OSITRAN indicó la denegatoria de tal solicitud, pues consideraba que en sede arbitral la controversia versaba sobre las obligaciones que involucra el mantenimiento rutinario en los sub tramos 2, 3 y 5 de la Concesión; mientras que la controversia en el procedimiento administrativo sancionador fue el incumplimiento respecto de las labores de mantenimiento rutinario realizadas en los tramos Cerro Azul-Pampa Clarita e intercambio Chincha Alta sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión. Por lo tanto, para el regulador no se cumplen las condiciones de similitud según lo que señala el artículo 75 de la Ley N° 27444.

En tal sentido, como podemos notar tanto COVIPERÚ y el OSITRAN manejan diferentes consideraciones, las mismas dan origen a este problema jurídico. Siendo ello así, en los próximos párrafos expresaré mi análisis y posición al respecto.

En principio, es importante indicar que la suspensión del procedimiento administrativo sancionador es una medida que puede adoptar la autoridad competente en determinados casos. Esta medida implica la interrupción temporal del procedimiento sancionador, que puede tener diversas consecuencias.

Reyes (2016) indica que,

“La suspensión del procedimiento administrativo sancionador se sitúa dentro del afán de un debido procedimiento administrativo y de que la sanción corresponda a la infracción cometida, lo que permitirá alcanzar la certeza que requiere la administración para sancionar y no emitir un pronunciamiento contradictorio con lo dispuesto por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral”. (p.40)

Dicho ello, la suspensión del procedimiento determina que la decisión del órgano sancionador se pospondrá hasta que, en este caso, el proceso arbitral que estaba iniciado se haya cerrado, esto no determina que exista un límite de tiempo para la resolución de la controversia y esto dependerá de la duración del proceso arbitral o judicial.

Como ya hemos mencionado para que se pueda determinar que en efecto existe un conflicto con la función jurisdiccional y, por lo tanto, se pueda acceder a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador se deben cumplir ciertos requisitos mencionados en el artículo 75 de la Ley N° 27444. En tal sentido, estos requisitos obedecen a la estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos que debe haber tanto en la sede arbitral, en este caso, como en sede administrativa.

Para el OSITRAN lo anteriormente comentado no se cumple en el extremo de identidad de fundamentos, pues considera que son controversias disímiles entre sí. Mientras que, COVIPERÚ señala lo contrario indicando que son procesos que, evidentemente, están conectados no solo por los sujetos, hechos, sino porque se busca esclarecer la problemática principal.

Antes de analizar la identidad de sujetos, hechos y fundamentos en ambos procesos, con el fin de solidificar mi hipótesis, considero necesario recordar que el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de disputas que permite a las partes involucradas resolver sus diferencias fuera de los tribunales tradicionales. Es un proceso en el cual las partes acuerdan someter su disputa a un árbitro imparcial o un tribunal arbitral, quien tomará una decisión vinculante para ambas partes.

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 139° al establecer lo siguiente:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”

Por lo tanto, se da por sentado que el proceso arbitral está permitido y que es un mecanismo al que podemos recurrir para resolver conflictos, evidentemente respetando las competencias que se le han atribuido y limitarse de acuerdo con ellas.

En el ámbito del derecho administrativo, el uso del arbitraje para suspender un procedimiento sancionador puede ser una opción para considerar en determinadas circunstancias. El objetivo principal de suspender un procedimiento sancionador mediante el arbitraje es buscar una solución más rápida y eficiente, evitando los largos plazos y la incertidumbre asociados a los procedimientos administrativos.

Una de las ventajas del arbitraje en este contexto es que generalmente se lleva a cabo de manera más rápida que un procedimiento administrativo. Los plazos para la emisión del laudo arbitral son establecidos por las partes y pueden ser más cortos que los plazos establecidos por la legislación administrativa. Esto permite a las partes obtener una resolución más pronta y poner fin a la

incertidumbre asociada al procedimiento sancionador. Asimismo, cada vez es más frecuente tener a un proceso arbitral abierto como causa para suspender el procedimiento administrativo sancionador (Reyes, 2016, p.10).

Dicho esto, y sabiendo la conexión y la implicancia que puede llegar a tener un proceso arbitral en un procedimiento administrativo sancionador, considero preciso señalar que se ha revisado de manera extraordinaria, el laudo arbitral que forma parte de la controversia entre el regulador y el administrado².

Se busca que exista una relación de interdependencia entre lo que se resolverá en sede administrativa como en la sede judicial, y no solo que la materia del conflicto sea igual en ambos casos, esto con la finalidad de que el tribunal administrativo se pueda inhibir (Morón, 2011, p. 20). Ahora bien, el laudo arbitral declara que las obligaciones de mantenimiento respecto de los Sub tramos 2, 3 y 5 comprenden únicamente actividades de mantenimiento rutinario y COVIPERÚ solo se encuentra obligado a ejecutar este tipo de mantenimiento.

A manera de análisis, hay tres componentes que debemos identificar para poder determinar si se puede o no suspender el procedimiento administrativo sancionador. En primer lugar, los sujetos que son las partes tanto en el proceso arbitral como en el administrativo son los mismo para ambos casos, pues por un lado tenemos a COVIPERÚ como supuesto infractor según lo indicado por OSITRAN para iniciar el procedimiento sancionador y como una de las partes en la búsqueda de la resolución de controversia en el proceso arbitral y lo mismo sucede desde el lado del Estado, pues es también una de las partes en ambos procesos.

Sobre los hechos, en ambos procesos arbitrales se manejan los mismos sucesos y antecedentes, pues no podemos olvidar que ambos provienen del mismo Contrato de Concesión firmado en el año 2005 y en ambos procesos cuando se

² De manera excepcional y con el objetivo de poder abordar de una manera adecuada los temas que se desarrollan en torno a este informe jurídico, he solicitado a la Cámara de Comercio de Lima el laudo arbitral con la finalidad de poder sustentar mi hipótesis sólidamente.

desarrollan los actos preliminares se nombran todos los actuados y su identidad en los mismos.

Ahora bien, sobre el tema de los fundamentos en ambos procesos, debo decir que también se cumple con la identidad, ya que versan no solo por la misma materia, sino que es clara la conexión que existe entre ambas, porque son de sucesos iguales y con la finalidad de resolver la misma problemática. Ambos fundamentos buscan esclarecer la interpretación del Contrato de Concesión, con la finalidad de aclarar las obligaciones que derivan del mismo para COVIPERÚ. Tanto en sede arbitral como administrativa se pretende llegar a buen puerto indicando cuáles fueron las obligaciones que no se cumplieron a cabalidad.

En tal sentido, esto último nos indica que sí había una necesidad de que el tribunal arbitral decida y por eso era tan necesario que se suspenda el procedimiento administrativo sancionador, pues dependen directamente y por lo tanto, se cumple con ello también.

Al respecto, y por todo lo indicado, mi posición es que sí se debió suspender el procedimiento administrativo sancionador al evidenciarse la necesidad de resolución previa del Procedimiento Arbitral. Era muy importante que OSITRAN valore lo solicitado por COVIPERÚ, debido a que la resolución del proceso arbitral tendría una especial relevancia en el procedimiento administrativo sancionador, ya que, de aceptarse la pretensión de la concesionaria, el supuesto incumplimiento que el regulador imputaba quedaría sin base ni sustento.

Si bien puede existir la posibilidad de que hayan administrados que utilicen la suspensión del procedimiento administrativo sancionador con la finalidad de beneficiarse y prorrogar lo que sería una sanción por parte de la Administración Pública; sin embargo, considero que este no es el caso de COVIPERÚ, porque como hemos desarrollado en la problemática principal no existió el incumplimiento del que se le acusaba.

A modo de conclusión, indico que OSITRAN sí debió otorgar la suspensión del PAS solicitado por COVIPERÚ, ya que se cumplían con todos los requisitos

impuestos por norma y no se habría vulnerado ningún tipo de principio del TUO de la Ley N° 27444. Por el contrario, al no hacerlo, el regulador ha tomado posición un tanto intransigente que no permite revisar a fondo lo que argumenta el administrado, y, por lo tanto, aunque si bien puede o no estar de acuerdo con lo que se estipula se debe considerar que de un análisis vacuo e insustancial también se puede perjudicar al concesionario.

Tercer problema: ¿OSITRAN tenía facultad para establecer un PAS contra COVIPERÚ?

Finalmente, la última problemática a analizar es si OSITRAN tenía facultad para realizar un procedimiento administrativo sancionador en contra de COVIPERU. En principio, es necesario saber que el OSITRAN es un organismo técnico especializado del Estado peruano encargado de supervisar y fiscalizar la gestión y la operación de la infraestructura de transporte de uso público, así como de promover la competencia en el sector de transporte, ello según lo que se plantea en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.

Entre las facultades que ostenta OSITRAN, se pueden mencionar las siguientes:

- Supervisar y fiscalizar la prestación de servicios públicos de infraestructura de transporte de uso público.
- Emitir regulaciones y normas técnicas en materia de infraestructura de transporte de uso público.
- Fiscalizar y sancionar a las empresas concesionarias por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.
- Establecer mecanismos de conciliación entre las empresas concesionarias y los usuarios de los servicios de transporte.
- Resolver las controversias que surjan entre las empresas concesionarias y los usuarios de los servicios de transporte.

El OSITRAN, como organismo regulador del sector transporte en Perú, cuenta con la potestad sancionadora para imponer medidas disciplinarias y sanciones a

aquellos operadores o concesionarios que incumplan con las normas y obligaciones establecidas en los contratos de concesión o en la normativa vigente.

Entre las principales potestades sancionadoras de OSITRAN se encuentran:

- **Multas:** OSITRAN puede imponer multas a los operadores o concesionarios que cometan infracciones. Estas multas pueden variar en monto dependiendo de la gravedad de la infracción y el impacto en el servicio de transporte.
- **Apercibimientos y amonestaciones:** Además de las multas, OSITRAN puede emitir apercibimientos o amonestaciones a los infractores, como una medida disciplinaria para advertir o reprobar su conducta.
- **Suspensión temporal:** En casos graves de incumplimiento, OSITRAN puede ordenar la suspensión temporal de la concesión o autorización para operar, lo que implica la interrupción del servicio hasta que se subsanen las deficiencias o se cumpla con las condiciones establecidas.
- **Revocación de la concesión:** En situaciones extremas, cuando el incumplimiento es reiterado o de gravedad extrema, OSITRAN puede revocar la concesión otorgada al operador, lo que implica la finalización anticipada del contrato de concesión y la transferencia de la infraestructura a otro operador o al Estado.

Es importante destacar que OSITRAN debe seguir un procedimiento establecido por ley para imponer sanciones, el cual garantiza el derecho a la defensa y el debido proceso de los operadores o concesionarios. Además, las sanciones impuestas por OSITRAN pueden ser apeladas y revisadas por instancias superiores, como el Tribunal de Contrataciones del Estado

El Decreto Supremo N°044-2006-PCM ,Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, es la norma que faculta y establece las funciones y deberes del OSITRAN y es ahí donde se hace visible que esta entidad tiene como origen la necesidad de fiscalización a todo el sector transporte que sea involucrada en el

Perú; por lo tanto, se ha esclarecido que también tiene intervención en los temas contractuales pertinentes de sus administrados como es el caso de COVIPERÚ.

Ahora bien, sobre mi punto de vista respecto a esta problemática, considero que OSITRAN al ostentar potestad sancionadora configurada en una normativa vigente y que la establece como tal, tiene la facultad para iniciar PAS cuando se hayan dado las condiciones para hacerlo o cuando se encuentre en una situación que se necesita dilucidar. En tal sentido, el OSITRAN inició el PAS contra COVIPERÚ, tras identificar una presunta infracción a las normas o regulaciones en el ámbito de su competencia, y ello, estaba en función de sus facultades.

Es preciso recordar que COVIPERÚ tiene derecho a presentar su defensa y a ser escuchado durante el procedimiento. Puede proporcionar pruebas, alegar argumentos y presentar sus propios testimonios para rebatir los cargos presentados en su contra. Por lo tanto, no se puede ni siquiera asumir que la facultad de OSITRAN es absoluta, pues al estar en un estado de derecho también existen limitaciones que no pueden ser rebasadas y la potestad sancionadora debe ser sujeta a ello.

En Perú, existen varios organismos reguladores encargados de supervisar y regular diferentes sectores de la economía y la sociedad. Estos organismos tienen la responsabilidad de garantizar el cumplimiento de las normativas, promover la competencia y proteger los derechos de los consumidores. La delimitación de facultades de los organismos reguladores se establece en la legislación correspondiente y puede variar según el sector específico que se regule. En general, se busca asignar a cada organismo regulador competencias claras y definidas para evitar duplicidades y superposiciones en sus funciones.

La delimitación de facultades de los organismos reguladores tiene como objetivo principal promover la eficiencia, la transparencia y la imparcialidad en la toma de decisiones. Esto implica que cada organismo regulador debe contar con autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, evitando interferencias políticas o económicas que puedan comprometer su objetividad. En ese sentido, es fundamental contar con un marco legal y regulatorio que permita una adecuada supervisión y control de los organismos reguladores,

asegurando que cumplan con sus funciones de manera efectiva y en beneficio del interés público.

En conclusión, la delimitación de facultades de los organismos reguladores en Perú es un tema relevante en el ámbito de la regulación económica y social. Su adecuada definición y supervisión contribuye a fomentar un entorno de negocios transparente, competitivo y favorable para el desarrollo económico y social del país. En tal sentido, OSITRAN sí tenía la facultad de iniciar un PAS, pues es así como lo ha determinado la normativa peruana actual.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Conclusiones del presente informe jurídico:

- Se concluye que la solicitud de la suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador sí debió ser tomada en consideración, ya que tanto en el procedimiento administrativo y arbitral se cumplen con los requisitos señalados en el artículo 75 del TUO de la Ley N° 27444 respecto al conflicto con la función jurisdiccional. Ello, en vista de que existía identidad de sujetos, hechos y fundamentos en ambos procedimientos; por lo tanto, el OSITRAN sí debió dar un paso al costado y esperar a que el Tribunal Arbitral del caso decida el Laudo Arbitral.
- Asimismo, lo que se busca con la suspensión del PAS es poder dilucidar de una manera más rápida si en este caso se incumplió o no el Contrato de Concesión. Además, era pertinente el Laudo Arbitral, pues desde un examen técnico y especializado se podía determinar lo que el OSITRAN buscaba y no consiguió hacer.
- Sobre la facultad del OSITRAN de iniciar el PAS, se ha concluido que sí existían potestad sancionadora otorgada al regulatorio, y ello consta en una norma expresa. Sin perjuicio de ello, esta potestad no es absoluta y depende de los límites que se hayan otorgado al regulador respecto de sus facultades.

- OSITRAN debe respetar y honrar la potestad que el ordenamiento le ha entregado para supervisar y sancionar a sus administrados, pero todo ello tomado en consideración que no puede existir una extralimitación de funciones, pues habría un perjuicio directo al administrado.
- Finalmente, respecto al primer problema principal de este informe jurídico, COVIPERÚ no incumplió ninguna de las cláusulas que son identificadas por el OSITRAN, ya que solo tenía la obligación de cumplir con el mantenimiento rutinario de los sub tramos 2, 3 y 5 y cuidar que estos no carezcan de funcionalidad en su estructura vial y sean espacios en donde, en efecto, se lleve a cabo un servicio de calidad.
- Si bien OSITRAN está facultado como regulador de la Inversión Privada en los Servicios Públicos a supervisar el cumplimiento de los concesionarios que son parte de sus administrados como en el caso de este concesionario; sin embargo, esta facultad no puede ser ejecutada a la ligera y sin realizar una interpretación sistemática de los materiales específicos que son parte de la controversia como el presente Contrato de Concesión.
- COVIPERÚ solo debía cumplir con la obligación de ejecutar el mantenimiento rutinario, y no el periódico, pues ello no se deriva de su Contrato de Concesión.

Recomendaciones:

El objetivo de elaboración de desarrollo y análisis del presente informe jurídico ha sido conocer de una manera certera algunas falencias que se pueden presentar en la Administración Pública. En tal sentido, me permito recomendar que para evitar este tipo de situaciones nuevamente, el OSITRAN debe ejercer un rol de análisis y estudio sistemático de los contratos de concesiones. Asimismo, ha quedado demostrado que la ambigüedad de un documento y que

existan cláusulas abiertas o que no se especifiquen bien las obligaciones, puede ser contraproducente para ambas partes.

Por lo tanto, si se generan en el futuro mejores condiciones y se aclaran puntos controvertidos antes de que el Contrato se firme, puede reducir en su mayoría muchos de estos casos, lo cual es beneficioso no solo para el concesionario sino también para la Administración Pública.

Finalmente, es preciso mencionar que la mayoría de los actores privados que deciden apostar por construir infraestructura y/o encargarse de servicios públicos en nuestro país, son personas jurídicas extranjeras. En tal sentido, considero que esta situación, a veces desde el sector público, no se comprende y que acciones en donde los reguladores no desarrollan de manera adecuada sus facultades puede ser perjudicial para la promoción de la inversión extranjera.

BIBLIOGRAFÍA:

Arana, M. & Chamorro, M. (2015). Algunas Reflexiones sobre Ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, Modificación y Solución de Controversias. *Revista Derecho & Sociedad*, 91 - 102.

Borda, G. (2020). Manual de Contratos, Décimo Sexta Edición. *Editorial Perrot*.

Campos, A y Hinostraza, L. (2009). El Contrato de obra pública: Lo que no dice la ley de contrataciones y adquisiciones del estado. *Revista de Derecho Administrativo*, Año 3, p. 306.

Chamorro, M y Menchola, M. (2015). Algunas reflexiones sobre ejecución de los Contratos de Concesión: Interpretación, modificación y solución de controversias. *Editorial Derecho & Sociedad*.

Congreso de la República del Perú. (22 de enero de 2019). Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. [Decreto Supremo N° 004-2019-JUS]. DO: Diario oficial El Peruano

Danós Ordóñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 149-160. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

Danós Ordóñez, J. (2019). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 26-50. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22164>

Diez Picazo, L. (s.f). Funciones del Derecho Civil Patrimonial, volumen I. *Editorial Civitas*.

Guzmán.C. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Editorial Pacífico. pp. 260
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/05/LPAG-comentada-2013-Guzm%C3%A1n-Per%C3%BA.pdf>

Huapaya Tapia, R., & Alejos Guzmán, O. (2019). Los principios de la potestad sancionadora a la luz de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272. *Revista De Derecho Administrativo*, (17), 52-76. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22165>

Instituto Nacional de Vías. (2020). Manual de Capacidad y Niveles de Servicio para carreteras de dos carriles. Editorial del Ministerio de Transporte de Colombia.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones del Perú. (22 de marzo de 2006). *Manual técnico de Mantenimiento Rutinario para la Red Vial Departamental no*

pavimentada. [Resolución Directoral N° 015-2006-MTC]. DO:
https://www.sutran.gob.pe/wp-content/uploads/2015/08/manualmatenimiento_rutinario_para_la_red_vial_departamental_no_pavimentada.pdf

Morón, J.(2021). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS). Edición conmemorativa por los 20 años de vigencia de la LPAG. LIMA. Gaceta Jurídica. Recuperado de:
<https://drive.google.com/file/d/1fmNrFLgVv3RljEiEEwicS338tMeKs3xe/view?usp=sharing>

Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos, Madrid, 2008. pp. 1 - 45

Ortiz, C y Silva, D. (2022). Contratación Pública en Perú: Una breve revisión de su contexto. <https://revista.estudioidea.org/ojs/index.php/mj/article/view/217/281>

Palacios, C. (2017). Efecto de la inversión pública en la infraestructura vial sobre el crecimiento de la economía peruana entre los años 2000 y 2016. Facultad de Ciencias Económicas Unidad de Posgrado de la Facultad Mayor de San Marcos, 10 -65.
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/14570/Palacios_tc.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Reyes. A. (2016). *Tesis: El procedimiento sancionador en la contratación estatal y su repliegue ante un proceso arbitral o judicial.*
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8514>

Sandoval, O. (2021). El estado y el procedimiento administrativo sancionador Perú 2020. Repositorio Dspace, 20-50.
<http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/1239>

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

Soria, A y Osterling, M. (2013). Apuntes sobre el contrato de concesión privada. *Revista de la Universidad del Pacífico*.

Terrones, J. & Castillo, G. (2020). El régimen sancionador en las contrataciones con el Estado en contraposición a las garantías mínimas previstas en el régimen sancionador contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho & Sociedad*, 195 - 207.

Trelles de Belaunde, O. (2002). El Contrato Administrativo, el Contrato-Ley y los Contratos de Concesión de Servicios Públicos. *Revista jurídica THEMIS*, 237-251.

Zegarra Valdivia, Diego. “La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General”. *Revista de Derecho Administrativo* N° 9 (2010): 207-214.

Normas

Constitución Política del Perú

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

Decreto Supremo N°044-2006-PCM, Reglamento General del OSITRAN

Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, Reglamento de Sanciones e Infracciones del OSITRAN

Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos

Decreto Supremo N.° 410-2015-EF, norma que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos





RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 13 de mayo de 2010

Nº 015 -2010-CD-OSITRAN

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

Los Informes Nº 014 y 028-10-GAL-OSITRAN, el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 063-2009-GG-OSITRAN así como la solicitud de suspensión;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 El 20 de setiembre de 2005 el Estado Peruano y la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., en adelante COVIPERU o el Concesionario, suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – RS01 – Red Vial 6, en adelante el Contrato de Concesión.
- 1.2 Mediante Oficio Nº 749-08-GS-OSITRAN, de fecha 28 de marzo de 2008, de acuerdo al Plan de Supervisión 2008, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN anunció la inspección de Operaciones a realizarse los días 02 y 03 de abril del 2008, a efectos de realizar la verificación del Mantenimiento Rutinario de los Sub Tramos: Cerro Azul – Pampa Clarita (0+620 al 20+301) e Intercambio Chincha Alta – Emp San Andrés (53+387 – 94+560), en adelante los Sub Tramos. *Verificación Mantenimiento Sub tramos*
- 1.3 Producto de la inspección realizada, los representantes de OSITRAN y COVIPERU procedieron a la suscripción del Acta Nº 026-08 Inspección-Operaciones, consignándose las deficiencias detectadas en dicha inspección.
- 1.4 Con Carta C.334.08, de fecha 10 de abril de 2008, COVIPERU presenta un "Programa de Mantenimiento Rutinario-Complementario" con la finalidad de programar el levantamiento de los defectos observados en el Acta Nº 026-08 Inspección-Operaciones.
- 1.5 Mediante Oficio Nº 828-08-GS-OSITRAN, del 23 de abril de 2008, OSITRAN remitió a COVIPERU la "Notificación de Detección de Parámetro de Condición Insuficiente" (PCI) Nº 003-GS-08, conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión.





- 1.6 Con Oficio N° 1323-08-GS-OSITRAN, notificado con fecha 28 de mayo de 2008, se comunicó la realización de una Inspección de Operaciones No Programadas, con la finalidad de constatar las reparaciones de defectos señalados en la Notificación PCI N° 003-GS-08, la misma que se llevaría a cabo el día 30 de mayo de 2008.
- 1.7 Realizada la nueva inspección, se procedió a la suscripción del Acta N° 040-08 Inspección-Operaciones, registrándose las deficiencias todavía no levantadas.
- 1.8 Mediante Oficio N° 1407-08-GS-OSITRAN, del 04 de junio de 2008, OSITRAN remite a COVIPERU la "Notificación de Incumplimiento (NI)" N° 001-GS-08, la cual detalla los Parámetros de Condición Insuficiente que no han sido subsanados en los Sub Tramos, por lo que, en cumplimiento del numeral 4.11 del Anexo I del Contrato de Concesión, COVIPERU deberá ejecutar los trabajos correspondientes.
- 1.9 Con Carta C.577.08, recibido el 13 de junio de 2008, COVIPERU presenta su descargo respecto a la "Detección de Parámetros de Condición Insuficiente" en los Sub Tramos, solicitando que las observaciones se consideren levantadas y dejar sin efecto la Notificación PCI N° 003-GS-08 y la Notificación NI N° 001-GS-08.
- 1.10 Con Carta C.761.08, recibida el 22 de julio de 2008, COVIPERU presenta un cuadro del levantamiento de las observaciones de la notificación de parámetros de los Sub Tramos a ser desafectados y adjunta una propuesta para subsanar los defectos en la calzada y bermas denominado por el Concesionario como "Mantenimiento más que Rutinario", donde propone un tratamiento superficial fresando 1" y recapear 1" de la carpeta asfáltica, un sellado ó parchado de las fisuras y el bacheo manual de las bermas, con la finalidad de subsanar las observaciones de la notificación y mejorar la transitabilidad del usuario.
- 1.11 Mediante Carta C.862.08, recibida el 18 de agosto de 2008, COVIPERU presenta el expediente técnico de la obra para la reparación de calzada y bermas de los Sub Tramos a ser desafectados, incluyendo el plan de tránsito provisorio y su cronograma de ejecución.
- 1.12 Con Informe N° 390-09-GS-OSITRAN, de fecha 06 de mayo de 2009, se da cuanta a la Gerencia de Supervisión el presunto incumplimiento por parte de la empresa COVIPERU por insuficiente Mantenimiento en los Sub-Tramos.
- 1.13 Mediante Oficio N° 2217-09-GS-OSITRAN, del 02 de julio de 2009, se notificó al Concesionario el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador por el presunto incumplimiento de las Cláusulas 7.2, 7.3 y del Numeral 4.11 del Anexo I del Contrato de Concesión señalado que: → Ver





"Habría incumplido con la obligación de efectuar las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, que son necesarias de acuerdo a lo establecido en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión."

- 1.14 Con Carta N° C.0379.09, recibida el 14 de julio de 2009, COVIPERU solicita se le otorgue 5 días de plazo adicional para la remisión de sus descargos.
- 1.15 Mediante el Oficio N° 2407-09-OSITRAN, notificada el 17 de julio de 2009, OSITRAN otorga la ampliación de plazo solicitado por COVIPERU.
- 1.16 Con Escrito s/n de fecha 23 de julio de 2009, COVIPERU remite sus Descargos, donde solicita la Suspensión del Procedimiento toda vez que se encontraba pendiente de laudo arbitral, un proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y COVIPERU ante la Cámara de Comercio de Lima, el cual y de acuerdo a lo señalado por el Concesionario, se refiere a la misma materia. Arbitraje MTC y COVIPERU
- 1.17 Mediante Oficio N° 2798-09-GS-OSITRAN, notificada el 20 de agosto de 2009, se le comunica a COVIPERU del inicio de un periodo de pruebas, solicitándosele información adicional respecto del pedido de suspensión del procedimiento.
- 1.18 Con Oficio N° 2799-09-GS-OSITRAN, de fecha 21 de agosto de 2009, OSITRAN solicita a la Cámara de Comercio de Lima la remisión de una comunicación respecto de las actuaciones realizadas en el marco del proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Concesionario, en el cual se deberá identificar la identidad de los sujetos, hechos y fundamentos de la pretensión demandada.
- 1.19 Mediante Oficio N° 013-2009/SA-CA-CCL, de fecha 28 de agosto de 2009, el Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, remitió la información solicitada.
- 1.20 Con Carta N° C.0431.09, recibida el 27 de agosto de 2009, COVIPERU señala que ha solicitado al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima la autorización correspondiente para remitir la información relacionada con el Proceso Arbitral, no obstante ello remite información relacionada con el Trato Directo efectuado con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- 1.21 Mediante Carta N° C.433.09, recibida el 02 de setiembre de 2009, COVIPERU remite la información solicitada mediante el Oficio N° 2798-09-GS-OSITRAN.
- 1.22 Con Oficio N° 394-09-GG-OSITRAN, notificado el 20 de noviembre de 2009, OSITRAN remite a COVIPERU, copia de la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN, en la cual se resuelve declarar que COVIPERU realizó las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del

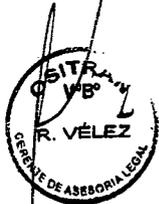




Contrato de Concesión y en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes, evidenciado con la remisión por parte de OSITRAN, de la Notificación de Incumplimiento N° 001-GS-08, contenida en el Oficio N° 1407-08-GS-OSITRAN, que está tipificado en el Numeral 15.2 del Artículo 15° del Reglamento de Infracciones y Sanciones como una infracción GRAVE.

- 1.23 Mediante Escrito s/n de fecha 14 de diciembre de 2009, COVIPERU presenta Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN, presentando como nueva prueba el Informe emitido por la empresa Construcción y Administración S.A. de fecha 11 de diciembre de 2009.
- 1.24 Con Oficio N° 016-2010-GG-OSITRAN, notificado el 22 de enero de 2010, se remite al Concesionario la Resolución de Gerencia N° 006-2010-GG-OSITRAN, mediante la cual se resolvió declarar IMPROCEDENTE el Recurso de Reconsideración interpuesto por COVIPERU toda vez que el Informe presentado como nueva prueba ha sido materia de pronunciamiento en la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN y por tanto no contribuye para producir un cambio de criterio.
- 1.25 Mediante Escritos s/n de fecha 12 de febrero de 2010, COVIPERU interpone Recurso de Apelación y solicita la suspensión del presente Procedimiento Administrativo Sancionador en base a los siguientes principales argumentos:

- Reiteran su solicitud de Suspensión del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, puesto que se considera que se encuentra pendiente de laudo el proceso arbitral seguido entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Concesionario ante la Cámara de Comercio de Lima, cuya materia de discusión se refiere a la determinación de los alcances de la obligación de Mantenimiento Rutinario en los Subtramos.
- Mantienen su posición respecto a que la obligación contractual establecida en la Cláusula 7.2 del Contrato de Concesión determina que el Concesionario debe realizar un Mantenimiento Rutinario con el único objetivo de asegurar un tráfico fluido, sin hacer referencia alguna al cumplimiento de niveles de servicio, entendiéndose en todo caso que la debida interpretación será determinada por el Tribunal Arbitral.
- Asimismo, señalan que, para que los Sub tramos en cuestión cumpla con los niveles de servicio previstos en el Anexo I, se requería un tratamiento mayor, es decir, se requería primero alcanzar dichos niveles a través de una Puesta a Punto o un Mantenimiento Periódico, para que recién después de ello sea posible que los niveles de servicio puedan ser mantenidos o preservados a través de un Mantenimiento Rutinario.





1.26 Con Informe N° 014-10-GAL-OSITRAN, de fecha 19 de marzo de 2010, la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN emite opinión legal sobre el Recurso de Apelación y la solicitud de suspensión del presente Procedimiento Administrativo Sancionador interpuestos por el Concesionario con su documento de fecha 12 de febrero de 2010, concluyendo lo siguiente:

- Corresponde acumular el Recurso de Apelación y la Solicitud de Suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador presentados por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A.
- Corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de Suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador presentada por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A
- Corresponde declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GS-OSITRAN, por las razones expuestas en el presente informe.
- Declarar agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

1.27 Mediante Oficio N° 008-10-SCD-OSITRAN, notificado el 26 de marzo de 2010, elaborado por disposición del Consejo Directivo, se invita al Concesionario a exponer oralmente sus argumentos respecto a la impugnación formulada, la misma que es respondida con el escrito s/n recibido con fecha 30 de marzo de 2010.

1.28 Con fecha 30 de marzo de 2010 el Concesionario hace uso de la palabra ante el Consejo Directivo, en el cual reitera sus argumentos respecto a la impugnación interpuesta y a su solicitud de suspensión del presente Procedimiento Administrativo Sancionador.

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

2.1 Los Artículos 207° y 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante 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.

2.2 El Oficio N° 016-10-GG-OSITRAN, que remite la resolución de Gerencia General N° 006-2010-GG-OSITRAN, fue recibido por el Recurrente con fecha 22 de enero de 2010. *Y esta resolución se apela*





- 2.3 De conformidad con la documentación que obra en el expediente, el Concesionario interpuso el recurso de apelación el día 12 de febrero de 2010, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, sustentándose en cuestiones de interpretación de pruebas producidas y de puro derecho.
- 2.4 Al respecto, considerando que el Concesionario presentó en la misma fecha de su escrito de apelación una solicitud de suspensión del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, en aplicación de lo establecido en establecido en el Artículos 145° de la LPAG¹, se considera necesario que ambos escritos deben ser resueltos de manera conjunta, dado que se encuentran directamente relacionados.
- 2.5 En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación de fondo del mismo, previo análisis del pedido de suspensión presentado por COVIPERU.

Procedo o no procedo?

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 3.1 De la lectura del recurso de apelación, de la solicitud de suspensión así como de la revisión del Expediente, se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:
 - a) Si corresponde suspender el presente Procedimiento Administrativo Sancionador. *Suspensión*
 - b) En caso se considere que no cabe suspender el presente procedimiento, si COVIPERU incumplió con su obligación de realizar el Mantenimiento Rutinario en los Sub Tramos conforme a lo señalado en el Contrato de Concesión. *Apelación*



IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

Si corresponde suspender el presente Procedimiento Administrativo Sancionador

- 4.1 A efectos de analizar la posición del Concesionario, corresponde revisar las definiciones incluidas en la Cláusula 1.5 del Contrato de Concesión:

¹ Artículo 145.- Impulso del procedimiento
La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento; determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

"Definiciones

1.5.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Área de la Concesión

(...)

En los Sub - Tramos 2, 3, 4, 5 y 6, el Área de la Concesión corresponderá al Derecho de Vía. (...)

Bienes Reversibles

Son los bienes muebles o inmuebles que de una u otra forma se encuentran incorporados a la Concesión, están afectados a ésta o constituyen bienes inseparables del objeto de la misma, sea que hubieren sido entregados por el CONCEDENTE al inicio o durante la Concesión, o los adquiridos o construidos por la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la vigencia de la Concesión. Dichos bienes son esenciales para la prestación del Servicio y serán revertidos a EL CONCEDENTE al término de la Concesión.

(...)

Conservación

Es el conjunto de actividades efectuadas con el objeto de preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales y funcionales originales de la infraestructura vial (aquellas con las que fue diseñada o construida) y de los Bienes de la Concesión. Este incluye el Mantenimiento Rutinario, el Mantenimiento Periódico y el Mantenimiento de Emergencia de todos aquellos elementos de la infraestructura.

(...)

Derecho de Vía

Es la franja de territorio de dominio público del Estado o en proceso de adquisición por parte de éste, dentro del cual se encuentra el Área de la Concesión y los demás Sub - Tramos, la carretera, sus accesos o servicios complementarios, tales como Estaciones de Peaje, Estaciones de Pesaje, obras de arte, drenaje, muros de contención, obras de acceso a la Vía, señalización, veredas, puentes, los servicios y zonas de seguridad y las previsiones para futuras obras de ensanche. El Derecho de Vía se entrega en el estado que se encuentra a la fecha de Toma de Posesión de los Bienes de la Concesión.

3 tipos de pavimentos

(...)

Índices de Serviciabilidad

Son los recomendados en los Manuales AASHTO y en las herramientas de evaluación de pavimentos como el HDM y Especificaciones Generales (EG - 2000), tal como están señalados en el Anexo I.

(...)

Mantenimiento

Comprende las actividades rutinarias, periódicas o de emergencia destinadas a la Conservación de los Bienes de la Concesión:





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

3570

Ver ←

Mantenimiento Rutinario: Básicamente los términos precisados en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, así como en el AASHTO y el Instituto de Asfalto, los mismos que hacen referencia a aquellas actividades que se realizan con el propósito de proteger y mantener en buenas condiciones de funcionalidad la infraestructura vial, a efectos de atender adecuadamente el tráfico acorde con los niveles de servicio exigidos para esta vía.

Comprende, entre otras, las siguientes actividades:

- Limpieza de calzada y bermas, alcantarillas, cunetas, señales, guardavías y otros elementos de la infraestructura vial. ✓
- Conservación de elementos de puentes y obras de arte. ✓
- Repintado de la señalización horizontal en zonas puntuales. ✓
- Repintado y arreglo de las áreas verdes. ✓
- Parchado, tratamiento de fisuras, bacheos y sellos. ✓
- Control de vegetación o de arena. ✓
- Mantenimiento de señales verticales. ✓
- Estabilización de taludes y control de la erosión de los mismos. ✓
- Control y manejo de sedimentos. ✓

Mantenimiento Periódico: Básicamente los términos precisados en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, así como en el AASHTO y el Instituto de Asfalto, los mismos que hacen referencia a tareas de mantenimiento mayor preventivas, que se efectúan con el propósito de asegurar la funcionalidad e integridad del camino tal como fue diseñado. Son tareas previsibles en el tiempo, periódicas, cuya ejecución es determinada por la inadecuación de algún índice que establece las capacidades estructurales de la Vía. Comprende entre otras, la renovación del pavimento (revestimiento del asfalto delgado; tratamiento superficial o capa de resellado, riego niebla lechada u otros); mantenimiento de la rugosidad del pavimento, mantenimiento de alcantarillas, cunetas, obras de arte y de señalizaciones; así como seguridad vial complementaria. El Mantenimiento Periódico también es conocido como "Rehabilitación Superficial".

(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.2 Por su parte, la Sección V del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"Toma de posesión de los Bienes"

5.2.- El CONCEDENTE y la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberán suscribir el Acta Final de Entrega de los Bienes dentro de los noventa (90) Días Calendario





de la suscripción del presente Contrato, en la que se dejará constancia que la **SOCIEDAD CONCESIONARIA** ha tomado posesión de las áreas de terreno disponibles comprendidas en el Área de la Concesión y en el Derecho de Vía establecidos para el Tramo Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – RS01S, así como de los Bienes Reversibles y del inventario vial que serán destinados a la ejecución del Contrato en lo que respecta a este tramo, especificando sus características, ubicación, estado de conservación, funcionamiento y rendimiento. Una copia del Acta deberá ser entregada al REGULADOR.

(...)

5.6.- Los Bienes Reversibles con los que cuente el **CONCEDENTE** para la Explotación de la infraestructura vial, deberán ser entregados en la fecha de Toma de Posesión de los Bienes de la Concesión en el lugar y estado de conservación en que se encuentren, sin perjuicio de lo señalado en la Cláusula 5.1.

5.7.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a realizar actividades destinadas a preservar, en el plazo fijado para la Concesión, la condición de los Bienes Reversibles utilizados en la Construcción y Explotación de la infraestructura vial.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada también a realizar actividades rutinarias, periódicas y de emergencia de Mantenimiento, considerándose la introducción de nuevas tecnologías y, en general, todos aquellos trabajos que procuren mantener la operatividad de los Bienes Reversibles y eviten un impacto ambiental negativo.

(...)

Devolución de los Bienes

5.18.- (...)

De la misma forma, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá devolver al CONCEDENTE todos aquellos sectores de la carretera que van siendo desafectados de la Concesión. Dicha devolución deberá realizarse a los veinte (20) días de la fecha en la cual se culminara la ejecución del nuevo tramo del Derecho de Vía que pasará a explotar la SOCIEDAD CONCESIONARIA. Para tal efecto la SOCIEDAD CONCESIONARIA y el CONCEDENTE suscribirán la respectiva Acta de Reversión de los Bienes, en la cual se dejará constancia que los mencionados sectores desafectados se encuentran libres de baches, limpios y que cuenten con la señalización horizontal y vertical correspondiente, permitiendo el tráfico fluido. (...)

(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.3 En cuanto a los parámetros de desempeño a cumplirse durante la etapa de Explotación, las Cláusulas 8.12 y 8.13 del Contrato de Concesión, en concordancia con lo establecido en la Sección VII, señalan lo siguiente:





"8.12.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá desarrollar sus actividades, en los Sub - Tramos que se encuentran en Servicio, de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 7.2 y en el documento de Procedimientos para la Conservación, la Explotación y el Control de la gestión del Tramo, el mismo que forma parte del Contrato en calidad de Anexo I.

8.13.- El REGULADOR estará a cargo de la verificación del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Anexo I del Contrato. (...)"
(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.4 De acuerdo a lo señalado por el Concesionario en sus escritos de apelación y de solicitud de suspensión del proceso, no corresponde proseguir con el Procedimiento Administrativo Sancionador iniciado puesto que se encuentra pendiente de laudo el proceso arbitral seguido entre el MTC y COVIPERU referido a la determinación de los alcances de la obligación referidas al Mantenimiento Rutinario en los Sub tramos.

4.5 Según el Concesionario, el hecho que el Regulador esté realizando un procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento de las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión y del Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, representa una violación al mandato establecido en el inciso 2 del Artículo 139° de la Constitución referido a que es un principio y derecho de la función jurisdiccional que "ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones".

4.6 Al respecto, corresponde resolver si lo señalado por el Concesionario resulta correcto, debiendo observar el alcance del mencionado precepto constitucional así como lo desarrollado en la normativa que rige a este Organismo Regulador.

4.7 En primer término, sin obviar lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, que reconoce tanto la jurisdicción arbitral como la protección que la Constitución otorga a la función jurisdiccional; es importante observar si es que el presente Procedimiento Administrativo Sancionador puede ser considerado como un acto de interferencia de las funciones que puede detentar el Tribunal Arbitral, según los alcances del precepto constitucional. Este análisis se hace sin perjuicio de verificar si, en efecto, un Tribunal Arbitral puede interpretar o no lo señalado en el Contrato de Concesión.

4.8 Al respecto, Morón señala que el principio y derecho de la función jurisdiccional (o arbitral, según le presente caso) desarrollado en el inciso 2 del Artículo 139° de la Constitución "(...) no es más que la que la acción de desplazar la competencia de otra autoridad para conocer de un caso que originalmente estaba siendo conocido por aquel"².

Impulso

² MORÓN, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición 2009, p. 312.





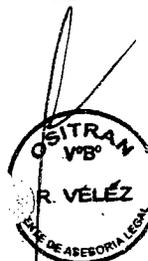
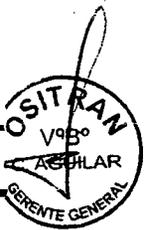
PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

- 4.9 Asimismo, el citado autor señala que "(...) debe tenerse presente que la conducta prohibida es la de los tribunales superiores o autoridades ajenas al Poder Judicial para "sacar un proceso tramitado o a tramitarse en un tribunal inferior de su competencia". Como se puede apreciar, para su configuración requiere un verdadero cambio de la competencia para resolver el asunto, una "succión hacia arriba de las competencias que la avocación comporta encuentra su manifestación propia entre los órganos de un mismo Ente u organización sujetos a una relación jerárquica"³.
- 4.10 Como se observa, para que en el presente caso se dé el supuesto establecido en el inciso 2 del Artículo 139° de la Constitución, se requiere que la autoridad administrativa desplace de su competencia al Tribunal Arbitral respecto a determinar el alcance del Mantenimiento Rutinario que se debe realizar en los Sub-Tramos 2, 3 y 5 de la Concesión, aspecto que como es claro percibir, no es analizado por este Organismo mediante el Procedimiento Administrativo Sancionador iniciado de oficio.
- 4.11 Conforme a las potestades que el Contrato de Concesión otorga al Regulador, esta Entidad no sólo debe fiscalizar el cumplimiento por parte del Concesionario de lo establecido en el Anexo I del Contrato de Concesión, sino que además se encuentra facultado de acuerdo a Ley para supervisar y aplicar sanciones al Concesionario en caso que éste incumpla con sus obligaciones⁴.
- 4.12 Es en base a lo señalado en el párrafo anterior y a lo desarrollado en la Sección VII del Contrato de Concesión que el Regulador estimó conveniente iniciar el presente Procedimiento Administrativo Sancionador al observar el incumplimiento de COVIPERU respecto de sus obligaciones contractuales.
- 4.13 Por ello, en este extremo, se debe desestimar lo argumentado por el Concesionario toda vez que la potestad sancionadora que detenta OSITRAN en el presente PAS no colisiona con los aspectos materia de controversia en sede arbitral, puesto que, conforme se indica más adelante, el incumplimiento del Concesionario que es objeto

Cláusulas 13.7, 13.8 y 13.9 del Contrato de Concesión



³ Ídem, p. 313.

⁴ Sobre el particular, las Cláusulas 13.7, 13.8 y 13.9 del Contrato de Concesión señalan lo siguiente:

"13.7.- Entre otras actividades, corresponderá al REGULADOR fiscalizar el cumplimiento por parte de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de las siguientes obligaciones:

(...)

c) Controlar el cumplimiento de lo establecido en el Anexo I del Contrato.

(...)

De la Potestad Sancionadora

13.8.- El REGULADOR estará facultado para aplicar sanciones a la SOCIEDAD CONCESIONARIA en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la Ley N° (26917) los reglamentos que dicte sobre la materia.

13.9.- Para el ejercicio de la potestad sancionadora que le confiere este Contrato, el REGULADOR se sujetará a las disposiciones que sobre la materia emita, en uso de sus potestades regulatoria y normativa. La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá proceder al pago de las multas dentro del plazo que las referidas disposiciones establezcan.

Las disposiciones contempladas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por el REGULADOR 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."





de sanción administrativa se refiere únicamente a labores de Mantenimiento Rutinario listadas en el propio Contrato de Concesión.

- 4.14 No obstante que se ha comprobado que no existe identidad entre las materias objeto de proceso arbitral y el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se debe analizar la actuación de OSITRAN a la luz de lo señalado en la normativa general y especial que rige a este Organismo Regulador.
- 4.15 Así, de manera general, el Artículo 64° de la LPAG, señala lo siguiente:

"Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso."

- 4.16 Por su parte, el segundo párrafo del Artículo 81° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, indica a la letra:

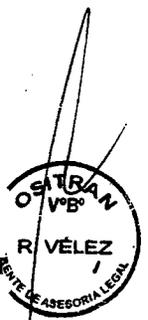
"Artículo 81.- Ejecutabilidad de las Resoluciones y Decisiones del OSITRAN y Suspensión de Procedimientos.

(...)

Los ORGANOS DEL OSITRAN suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del ORGANOS DEL OSITRAN correspondiente, precise de un pronunciamiento previo del Poder Judicial."

- 4.17 Respecto a los alcances del Artículo 64° de la LPAG, Morón señala lo siguiente:

"(...) Se suscita esta figura cuando, anticipadamente a la resolución administrativa sobre alguna materia de su competencia, resulta necesario





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

345

obtener la decisión en la vía judicial sobre una cuestión litigiosa o contenciosa cuya competencia es natural del órgano jurisdiccional.

Cuando la tramitación de cualquier procedimiento administrativo se suscita una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de Derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, corresponde a la Administración inhibirse del conocimiento del procedimiento, suspender este y transferir el asunto al Poder Judicial para que declare el derecho definitorio del litigio. Si la Administración lo considera pertinente, tiene la facultad de recabar la información de la instancia judicial para dilucidar si existen los supuestos para que opere esta abstención.⁵

- 4.18 Como se observa, cabe la suspensión de un procedimiento administrativo cuando se tenga conocimiento de la tramitación de un proceso en sede jurisdiccional o arbitral sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento que emita la Autoridad Administrativa.
- 4.19 Sin embargo, conforme al numeral 64.2 del Artículo 64° de la LPAG, para que la Autoridad Administrativa suspenda el proceso que viene llevando a cabo, se requiere observar que la cuestión litigiosa efectuada en sede jurisdiccional o arbitral contenga necesariamente una estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos con el procedimiento administrativo. En caso estos supuestos concurrentes no se presenten, no corresponderá a la Administración la suspensión del proceso, debiendo de esa manera continuar con el proceso que es de su competencia.
- 4.20 Dicho esto, cabe resaltar que conforme al pedido de información solicitado tanto al Concesionario como al Tribunal Arbitral que viene conociendo la controversia suscitada entre las Partes así como la posterior aclaración formulada por COVIPERU, se observó que la materia controvertida en sede arbitral se encuentra referida a las obligaciones que insume el Mantenimiento Rutinario en los Sub Tramos 2, 3 y 5 de la Concesión.
- 4.21 No obstante ello, debe precisarse que, conforme se indicó en las Resoluciones de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN y N° 006-2010-GG-OSITRAN, no se ha sometido a discusión dentro del referido proceso arbitral, sobre la obligación del Concesionario de realizar Mantenimiento Rutinario en los Sub Tramos.
- 4.22 En efecto, considerando que el Contrato de Concesión establece no sólo la obligación del Concesionario de efectuar las labores de Mantenimiento y Conservación de la infraestructura vial otorgada en Concesión, desde la Toma de Posesión del Derecho de Explotación hasta la caducidad de la misma, conforme a los parámetros de Conservación establecidos en el Anexo I del Contrato; sino además la obligación del Regulador de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el citado anexo, se estima que el inicio del Procedimiento Administrativo



⁵ Loc. Cit.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

Sancionador no requiere ser suspendido puesto que éste se origina en la evaluación de los parámetros de Conservación a los que se comprometió el Concesionario desde la suscripción del Contrato de Concesión.

- 4.23 Además, conforme a lo señalado por la Gerencia General en sus Resoluciones N° 063-2009-GG-OSITRAN y N° 006-2010-GG-OSITRAN, las cuales a su vez se basan en lo informado por la Gerencia de Supervisión, los defectos detectados en los tramos Cerro Azul – Pampa Clarita (Km. 0+620 al Km. 20+301) e Intercambio Chincha Alta – Emp. San Andrés (Km. 53+387 al Km. 94+560), los cuales constan tanto en la "Notificación de Detección de Parámetro de Condición Insuficiente" (PCI) N° 003-GS-08 y en la "Notificación de Incumplimiento (NI)" N° 001-GS-08, pertenecen todos y cada uno a las labores de Mantenimiento Rutinario que establece el Contrato de Concesión, con lo cual no resulta procedente suspender el proceso sancionador, dado que la materia objeto del presente proceso no resulta idéntica al objeto materia de proceso arbitral, con lo cual no se cumplen los requisitos establecidos en el Artículo 64° de la LPAG.
- 4.24 Finalmente, se considera que la supuesta afectación al Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del Artículo 230° de la LPAG que alega COVIPERU no resulta tal, toda vez que el numeral 15.2 del Artículo 15° del RIS⁶ tipifica el incumplimiento contractual incurrido por el Concesionario. Asimismo, cabe resaltar que el propio Contrato de Concesión⁷ establece que todo incumplimiento del Concesionario relacionado con las obligaciones establecidas en el Anexo I del Contrato será pasible de las sanciones administrativas por parte del Regulador, por lo que corresponde desestimar lo argumentado por COVIPERU.

Si COVIPERU incumplió con su obligación de realizar el Mantenimiento Rutinario en los Sub Tramos conforme a lo señalado en el Contrato de Concesión

- 4.25 Una vez que se ha considerado que no corresponde suspender el presente proceso, se debe analizar si el Concesionario incumplió o no con las obligaciones establecidas en la Sección VII y en el Anexo I del Contrato de Concesión, conforme lo señalado por

⁶ "Artículo 15.- No realizar el mantenimiento de los bienes de la concesión

La Empresa Concesionaria que no realice las actividades necesarias para mantener los bienes de la concesión en condiciones adecuadas para su utilización durante y al término del Contrato de Concesión:

15.1 Cuando no brinde mantenimiento a los bienes de la concesión, incurrirá en infracción muy grave.

15.2 Cuando realice labores de mantenimiento sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas, incurrirá en infracción grave."

⁷ Las Cláusulas 7.8 y 7.9 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"Sanciones

7.8.- El incumplimiento por parte de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de las obligaciones establecidas en el Anexo I del Contrato dará lugar a la aplicación de sanciones administrativas por parte del REGULADOR.

Las sanciones a aplicarse serán las que el REGULADOR ha establecido de conformidad con la Ley N° 26917, normas modificatorias y complementarias y la Resolución del Consejo Directivo de OSITRAN N° 023-2003-CD/OSITRAN de fecha 24 de diciembre de 2003 que aprueba el Reglamento de Infracciones y Sanciones o normas que la modifiquen o sustituyan.

7.9.- La subsanación del incumplimiento notificado no anula la aplicación de las sanciones correspondientes a las infracciones derivadas del incumplimiento."



la Gerencia General mediante las Resoluciones N° 063-2009-GG-OSITRAN y N°006-2010-GG-OSITRAN.

4.26 Sobre este aspecto, además de las definiciones de Mantenimiento y Conservación citadas anteriormente, es conveniente revisar lo señalado en la Sección VII del Contrato de Concesión:

"Programa de Conservación

7.1.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga a efectuar la Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial del Tramo, incluyendo el Mantenimiento de la estaciones de pesaje, desde la Toma de Posesión del Derecho de Explotación hasta la caducidad de la Concesión.

7.2.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA efectuará las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, que sean necesarias de acuerdo a lo establecido en el Anexo I del Contrato, respetando igualmente la normatividad vigente sobre mantenimiento de carreteras en todo en lo que no se oponga a los parámetros contractuales.

En los Sub-Tramos:

- 1) Puente Pucusana-Ingreso Cerro Azul,
- 4) Pampa Clarita - Intercambio Chincha Alta, y
- 6) Empalme San Andrés-Guadalupe,

Los parámetros de condición y serviciabilidad indicados en el Anexo I del presente Contrato, serán exigibles una vez recibidas las Obras de Puesta a Punto.

En los Sub-Tramos nuevos a ser construidos en las Actividades Preparatorias Primera y Segunda Etapa, las obligaciones establecidas en el Anexo I del presente contrato, serán exigibles después de la recepción de las Obras correspondientes.

En los Sub-Tramos existentes entre los kilómetros 0+620 al 20+301 (Cerro Azul - Pampa Clarita) y 53+387 al 94+560 (Intercambio Chincha Alta - Empalme San Andrés), mientras no se hayan terminado las Obras de Construcción del Tramo que los reemplazará, la SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a realizar un Mantenimiento Rutinario con el objetivo de asegurar un tráfico fluido.

Para estos efectos, la SOCIEDAD CONCESIONARIA presentará al REGULADOR un plan de trabajo anual y referencial de Mantenimiento en dichos Sub-Tramos precisando las actividades de Mantenimiento Periódico y Rutinario, dentro de los treinta (30) Días de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación de la Concesión, extendiéndose la responsabilidad de la SOCIEDAD





CONCESIONARIA sobre los mismos hasta que éstos sean devueltos según lo previsto en el segundo párrafo de la Cláusula 5.18.

(...)

Mantenimiento

7.3.- Las labores y actividades de Mantenimiento que deban ser realizadas por la SOCIEDAD CONCESIONARIA a partir de la fecha de Toma de Posesión del Derecho de Explotación de la Concesión respecto de aquellos Bienes de la Concesión a que se refiere la Cláusula 5.2 se efectuarán de conformidad con los Procedimientos para la Conservación, la Explotación y el Control de la Gestión del Tramo, los mismos que se encuentran establecidos en el (Anexo I) del presente Contrato.

La obligación de la SOCIEDAD CONCESIONARIA de realizar las labores y actividades de Mantenimiento de la vía será exigible desde que el CONCEDENTE entregue los Bienes de la Concesión necesarios para tal fin, hasta el final de la Concesión."

(El subrayado y resaltado es nuestro)

originalmente

4.27 Como se indicó anteriormente, el Concesionario mantiene su posición respecto a las labores que por Mantenimiento Rutinario debe efectuar en los Sub Tramos 2, 3 y 5, en lo referido a que i) la Cláusula 7.2 del Contrato de Concesión determina que el Concesionario debe realizar un Mantenimiento Rutinario con el único objetivo de asegurar un tráfico fluido, sin hacer referencia alguna al cumplimiento de niveles de servicio, entendiéndose en todo caso que la debida interpretación será determinada por el Tribunal Arbitral; y ii) para que los Sub tramos en cuestión cumplieran con los niveles de servicio previstos en el Anexo-I, se requería un tratamiento mayor al Mantenimiento Rutinario.

T

4.28 Sobre el particular, debe resaltarse que la Gerencia General, a través de las Resoluciones N° 063-2009-GG-OSITRAN y N°006-2010-GG-OSITRAN ya se han manifestado sobre el particular.

4.29 Así, respecto al argumento de COVIPERU que la obligación del Mantenimiento Rutinario sólo debe asegurar un tráfico fluido, los numerales 46 y 47 de la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN señalan lo siguiente:

"46. Respecto de lo señalado por la empresa concesionaria, si bien es cierto que en el Contrato de Concesión, no existe una definición de tráfico fluido, es necesario precisar que la definición de Mantenimiento Rutinario, hace referencia expresa a dicho concepto, indicando que el concesionario, debe atender adecuadamente el tráfico acorde con los Niveles de Servicio" exigidos para la vía, listando para ello, las labores y actividades que lo comprenden.

47. Aún en el supuesto negado que no sean exigibles su atención, la obligación de efectuar el Mantenimiento Rutinario, que comprende la realización de las





actividades listadas en la definición mencionada, se encuentra firme y debe ser realizada, como ya se indicó anteriormente, desde la toma de posesión en el caso de los tramos materia del presente informe."

- 4.30 En adición a lo mencionado por la Gerencia General, se considera que lo esgrimido por el Concesionario no limita, colisiona ni lo exonera de la obligación contraída por éste de cumplir con los niveles de servicio establecidos en el Anexo I, la misma que se precisa en diversas partes del Contrato de Concesión suscrito, conforme se ha indicado anteriormente.
- 4.31 Lo indicado permite verificar que el alcance de la controversia que viene revisándose en sede arbitral no implica que el Concesionario deje de realizar las actividades de Mantenimiento Rutinario que señala el Contrato de Concesión, con lo cual se comprueba que no existe identidad entre dicho proceso arbitral y el presente PAS.
- 4.32 De otro lado, en cuanto al argumento de COVIPERU que para lograr los niveles de servicio contenidos en el Anexo I del Contrato requieren un tratamiento mayor al Mantenimiento Rutinario, los numerales 39 y 40 de la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN señalan lo siguiente:

"39. Con relación a ello, el Regulador realizó observaciones en los Tramos a ser desafectados, requiriendo su subsanación dentro de los alcances del mantenimiento rutinario. Es decir, la exigencia para el levantamiento de las observaciones, era suficiente para realizar los trabajos de sellado total de fisuras y el parchado de huecos, de manera tal que se garantice el tráfico fluido por la vía en cuestión.

40. Por lo tanto, la decisión de la empresa concesionaria de realizar un trabajo considerado por ella, de mayor envergadura, en función a sus evaluaciones, no la exime de las responsabilidades que se generen por la falta de atención oportuna del Tramo, la misma que ha quedado acreditada con los documentos señalados en los Antecedentes del presente informe."

- 4.33 Sobre este aspecto se concuerda plenamente con lo señalado por la Gerencia General puesto que, de la revisión del Expediente, se aprecia que la verificación realizada por este Organismo tuvo por objeto examinar que COVIPERU venía cumpliendo con las labores de Mantenimiento Rutinario en los Sub Tramos y que las observaciones realizadas en su momento se circunscriben únicamente a dicho tipo de mantenimiento, todo ello dentro del marco establecido en el Contrato de Concesión.

→ solo Mantenimiento rutinario

- 4.34 Así, conviene recordar que las Cláusulas 7.6 y 8.12 del Contrato de Concesión establecen la obligación del Regulador de verificar que el Concesionario viene cumpliendo con los niveles de servicio establecidos en el Anexo I del Contrato y por tanto le corresponde efectuar las observaciones que correspondan, sin perjuicio de





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

aplicar las sanciones administrativas que correspondan, conforme lo señala la Cláusula 7.8 del Contrato de Concesión.

- 4.35 Asimismo, se concuerda en lo señalado por la Gerencia General en el hecho que si el Concesionario considera que debe cumplir con tareas distintas a las que tenía prevista en los Sub Tramos, ello no lo exime de cumplir con las obligaciones asumidas desde la Toma de Posesión del Derecho de Explotación, tal y como se señala expresamente en la Cláusula 7.1 del Contrato de Concesión.
- 4.36 En vista que el Concesionario ha mantenido los mismos argumentos que fueron objeto de análisis en los pronunciamientos efectuados por la Gerencia General mediante las Resoluciones N° 063-2009-GG-OSITRAN y N° 006-2010-GG-OSITRAN, con las cuales concordamos, no se genera convicción suficiente para cambiar de criterio adoptado por la Gerencia General.
- 4.37 De la evaluación del Expediente así como de lo alegado por el Concesionario, corresponde mantener lo resuelto por la Gerencia General mediante las Resoluciones N° 063-2009-GG-OSITRAN y N° 006-2010-GG-OSITRAN y por tanto declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y por tanto CONFIRMAR la sanción de diez (10) UIT's impuesta a COVIPERU a través de la Resolución N° 063-2009-GG-OSITRAN realizó las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión y en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes.



POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en los Informes N° 014 y 028-10-GAL-OSITRAN, en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 348, de fecha 13 de mayo de 2010;

SE RESUELVE:



PRIMERO.- ACUMULAR el Recurso de Apelación y la Solicitud de Suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador presentados por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A.

SEGUNDO.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de Suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador presentada por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

TERCERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación de fecha 12 de febrero de 2010 interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. contra la Resolución de Gerencia





PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

General N° 063-2009-GG-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

CUARTO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-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 diez (10) UIT's.

QUINTO.- DECLARAR agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

SEXTO.- NOTIFICAR a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. la presente resolución.

SÉTIMO.- PONER EN CONOCIMIENTO la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

OCTAVO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

NOVENO.- DISPONER que la Gerencia de Supervisión notifique la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas para que inicie las acciones de cobranza que correspondan

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.N° PD N° 9490-10

