



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 022-2014-CD-OSITRAN

Lima, 17 de junio de 2014

VISTOS:

La solicitud de revocación presentada por la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., y el Informe N° 051-14-GAJ-OSITRAN, de la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, así como los demás documentos que obran en el expediente; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 04 de agosto de 2005, el Estado Peruano actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, suscribió con la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., – en adelante el Concesionario o Entidad Prestadora- el Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil;

Que, mediante sendos informes, la Empresa Supervisora CESEL Ingenieros - en adelante CESEL- informó a la Gerencia de Supervisión, el incumplimiento del Concesionario de determinadas obligaciones contractuales relacionadas a Fisuras, Espesores y Rugosidad de capas de pavimento en el Sub Tramo Iberia – Iñapari;

Que, con fecha 22 de abril de 2008, mediante Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión remitió a la Entidad Prestadora la Nota N° 306-08-GS-OSITRAN, a fin de que en un plazo máximo de tres (03) días útiles presente un “Cronograma de Actividades” que permita subsanar las Fisuras, Espesores y Rugosidad de capas de pavimento en el Sub Tramo Iberia – Iñapari, detectados por la empresa Supervisora Cesel;

Con fecha 24 de abril de 2008, la Entidad Prestadora remitió a OSITRAN el Oficio N° 290-CIST3-OSITRAN, a través del cual señala la imposibilidad de poder atender, en el plazo máximo de tres (03) días útiles, el “Cronograma de Actividades” que permita subsanar, en los sectores observados del Tramo Iberia – Iñapari, las Fisuras, Rugosidad y Espesores en capas de pavimento, adjuntando un Cronograma de Actividades distinto al que solicitó la Gerencia de Supervisión;

Que, con fecha 05 de mayo de 2008, mediante el Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión comunicó al Concesionario que podía estar incurriendo en la infracción tipificada en el artículo 45° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN¹, -en adelante RIS de OSITRAN- puesto que no había absuelto el requerimiento formulado por OSITRAN, así como tampoco había presentado el cuestionamiento técnico al Informe de CESEL;

Que, al no cumplir con remitir el Cronograma de Actividades requerido por el Regulador, con fecha 03 de diciembre de 2008, mediante el Oficio N° 3607-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión inicio el procedimiento administrativo sancionador correspondiente;

¹ Incluyendo sus modificatorias, aprobadas por Resoluciones de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN y 005-2007-CD-OSITRAN.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, con fecha 06 de febrero de 2009, luego de tramitado el procedimiento sancionador, se notificó a la Entidad Prestadora la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, a través de la cual se determinó que, al no acatar las observaciones de OSITRAN, el Concesionario incurrió en Infracción Grave, tipificada en el numeral 45.2 del artículo 45° del RIS de OSITRAN, imponiendo como sanción una multa de (40) UIT y comunicándole que la misma debía ser pagada en el plazo establecido en el artículo 75° del RIS;

Que, con fecha 27 de febrero de 2009, la Entidad Prestadora interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que declare nula la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN;

Que, con fecha 21 de abril de 2009, mediante Oficio Circular N° 044-2009-SCD-OSITRAN, se notificó a la Entidad Prestadora la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN, a través de la cual se declaró fundado en parte el Recurso de Apelación, únicamente en el extremo que consideró al Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN² como parte del incumplimiento incurrido, confirmando los demás extremos de la citada Resolución con la multa impuesta;

Que, con fecha 08 de enero de 2010, esto es, aproximadamente nueve (9) meses desde que se le notificó la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, que agota la vía administrativa, el Concesionario presentó a la Secretaria General del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, una solicitud de arbitraje contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respecto al "Espesor del Tratamiento Superficial Bicapa – (TSB)", apreciándose (del tenor del Laudo Arbitral) que, con fecha 02 de junio de 2010, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, y que con fecha 16 de junio de 2010, el Concesionario presentó su demanda arbitral;

Que, con fecha 14 de noviembre de 2011, mediante Resolución N° 2, el Tribunal Arbitral resolvió disponer una medida cautelar a favor del Concesionario, ordenando al Estado Peruano, sea a través del MTC o del OSITRAN o de cualquier otra dependencia, se abstenga de requerir y/o disponer la ejecución coactiva de cualquier sanción o multa que tenga como sustento u origen directo o indirecto el incumplimiento de las observancias de la propuesta técnica referidas al espesor del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB);

Que, con fecha 11 de setiembre de 2012, el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima declaró fundada la demanda arbitral del Concesionario, respecto al cumplimiento de su propuesta técnica, en lo referente al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa – (TSB);

Que, con fecha 08 de enero de 2014, invocando el artículo 203° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Concesionaria solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN la revocación de la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN, sustentando su postura en el alcance del Laudo Arbitral;

² Por cuanto, conforme se indicó en el numeral 57 de la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, "no cabe que dicho oficio sea considerado como parte del incumplimiento incurrido, pues solo se trató de una advertencia que, como tal, no conlleva una obligación que cumplir, por lo que se considera que éste extremo debería declararse fundado. No obstante, ello no menoscaba la responsabilidad de la Entidad Prestadora respecto al cumplimiento de la obligación expresamente señalada en el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN".





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, con fecha 20 de febrero de 2014, en Sesión de Consejo Directivo N° 498-2014-CD-OSITRAN, los representantes del Concesionario presentaron su Informe Oral y alegatos respecto a los alcances de su solicitud de revocación, ante los señores miembros del Consejo Directivo de OSITRAN;

Que, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, la revocación constituye uno de los tres mecanismos de revisión de oficio de los actos administrativos (los otros dos lo constituyen la nulidad de oficio y la rectificación de errores materiales), a través del cual, la autoridad reevalúa un pronunciamiento emitido originalmente de manera válida, a la luz de circunstancias sobrevinientes;

Que, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 203.1 del artículo 203° de la LPAG, nuestra legislación proscribe la revocación administrativa de actos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos de los administrados, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; catalogando como tipos de revocación, a la revocación misma, las modificaciones, y las sustituciones de actos administrativos;

Que, no obstante, de manera excepcional, el numeral 203.2 del referido artículo de la LPAG comprende tres (3) casos en los que la Administración queda facultada a efectuar la revocación de actos administrativos, precisándose que estos operan con efectos a futuro, siendo uno de esos supuestos el referido a la concurrencia de elementos de juicio sobrevinientes que podrían dar lugar a la revocación del acto administrativo cuando, luego de apreciar estos elementos, se llegue a la conclusión que la revocación favorece legalmente al administrado y no genera perjuicios a terceros, del cual se deriva la posibilidad de revocar actos administrativos desfavorables o de gravamen;

Que, los argumentos esgrimidos por el Concesionario tanto en su solicitud de revocación como en sus alegatos³, se concentran en señalar que, el presupuesto de hecho del acto sancionador contenido en la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmado por la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, ha devenido en ilegal debido a los efectos del Laudo Arbitral (Expediente N° 1784-003-2010), que declara que no ha existido incumplimiento de su obligación contractual consistente en el espesor del tratamiento superficial bicapa, siendo consecuencia de esto la inexistencia de la obligación de cumplir con la subsanación de las observaciones requeridas por OSITRAN respecto del TSB del pavimento del Tramo Inambari – Iñapari. Así, en función a dicho Laudo, el Concesionario sostiene que procede revocar la sanción, conforme a lo establecido en el artículo 203.2.3 de la LPAG;

Que, al respecto, en primer término, es importante tener presente que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 61° de la LPAG, la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas que de aquella se derivan, por lo que se reconoce con carácter restringido, no admitiéndose como válida la competencia administrativa derivada de manera extensiva o analógica de alguna disposición legal;

Que, concordantemente con lo anterior, el principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico y en especial en el ámbito del derecho administrativo sancionador⁴,

³ Presentados con fecha 20 de febrero de 2014, en Sesión de Consejo Directivo N° 498-2014-CD-OSITRAN.

⁴ Artículo 230°, inciso 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

establece que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado;

Que, en el presente caso, el artículo 6° de la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN, establece que este Regulador ejerce, entre otras, la atribución fiscalizadora, la cual comprende la potestad de imponer sanciones a las Entidades Prestadoras que se encuentran en el ámbito de su competencia - como es el caso de la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.-, por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. En esa misma línea, el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, prevé que la facultad fiscalizadora y sancionadora de los Organismos Reguladores (como OSITRAN), comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

Que, asimismo, acorde con los principios de la potestad sancionadora señalados anteriormente, el artículo 3° de la Ley 27332 prevé que la facultad normativa de los Organismos Reguladores comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito.

Que, es así que, una infracción administrativa tiene su origen en la Ley y es declarada como tal porque el Estado considera que agrede un orden digno de protección jurídica. A diferencia de las cláusulas de incumplimiento y de las penalidades contractuales y de los mecanismos de resolución de conflictos (Trato Directo y Arbitraje) comprendidos en los contratos de concesión, que buscan garantizar el cumplimiento de una obligación y resolver una controversia de carácter patrimonial, para un caso concreto (una concesión en particular), las infracciones administrativas tienen una vocación general en el entendido de querer proteger un orden general de interés público, dentro del ordenamiento jurídico;

Que, de acuerdo a las normas legales glosadas anteriormente, ninguna Entidad puede asignarse potestad sancionadora atribuida a OSITRAN, siendo en este caso la reserva de la ley un concepto absoluto, debido a ello, ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y mucho menos el Concesionario administrado, tienen asignada potestad sancionadora en materia de Infraestructura de Transporte de Uso Público, por tanto, tampoco están facultados a someter Trato Directo y posterior Arbitraje una decisión administrativa del Regulador, y máxime una que contiene una sanción administrativa. Igualmente, ningún Tribunal Arbitral tiene asignada dicha potestad sancionadora conferida al Regulador, tanto porque ello no constituye una materia arbitrable (no se encuentra sometida a su jurisdicción), como porque dicha potestad es una expresión del *ius imperium* del Estado, que en el caso de la regulación económica de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ha sido atribuida exclusivamente al OSITRAN;

Que, en ese orden de ideas, el hecho que el Laudo Arbitral emitido el 11 de setiembre de 2012 a favor de la Concesionaria tenga la condición de cosa juzgada, *per se* no afecta la legitimidad





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

de la sanción administrativa impuesta por el Regulador, a través de la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN de fecha 16 de abril de 2009, por cuanto es evidente que el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse, bajo ningún punto de vista, sobre la legalidad o ilegalidad de la sanción administrativa impuesta por el OSITRAN, y la sanción tampoco podía haber sido materia de la controversia arbitral, y mucho menos, haber sido dejada sin efecto por el referido Laudo, ya que la competencia para ejercer la potestad sancionadora ha sido otorgada, única y exclusivamente, a este Regulador;

Que, adicionalmente, cabe indicar que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral se circunscribe a declarar el cumplimiento del Concesionario con relación a lo ofertado en su Propuesta Técnica, en lo referente al ESPESOR del TSB, advirtiéndose que, a partir de dicha declaración, se deriva el pronunciamiento favorable del Tribunal, respecto a las demás pretensiones planteadas por el Concesionario;

Que, sin embargo, tal como se desprende del expediente sancionador, la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, sancionó a la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., por no acatar las observaciones de OSITRAN, al no absolver el requerimiento formulado por el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, infracción tipificada en el artículo 45° numeral 45.2 del RIS⁵ de OSITRAN. Dicho en otras palabras, el Regulador sancionó al Concesionario por no presentar el Cronograma de Actividades requerido por la Gerencia de Supervisión;

Que, de esta manera, queda claro que la infracción que se imputó al Concesionario y que mereció la sanción impuesta por la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, obedeció al hecho de no haber presentado el Cronograma de Actividades requerido mediante el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN⁶, en el plazo de tres (3) días otorgado por la Gerencia de Supervisión. Vale decir, el supuesto de hecho por el que se sancionó a la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., no fue por incumplir su obligación contractual relativa al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB), discutido en el proceso arbitral, sino por no presentar el Cronograma de Actividades requerido por el Regulador;

Que, por esta razón, el argumento esgrimido por el Concesionario en el sentido que, el supuesto incumplimiento contractual (devenido en inexistente por mandato del Laudo Arbitral) motivó la sanción administrativa que se le impuso (por lo que tal sanción ha devenido en ilegal en virtud del Laudo Arbitral), carece de sustento, toda vez que ello supondría afirmar que OSITRAN sancionó al Concesionario por incumplir con su obligación respecto al espesor de tratamiento superficial bicapa, cuando eso no fue así. Al mismo tiempo, no tiene razón alguna asumir que existe una relación entre uno y otro hecho, ya que el Laudo Arbitral, por obvias razones, no se ha pronunciado (y tampoco podía) sobre el supuesto de hecho que derivó en la sanción contenida en la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN;

Que, sin perjuicio de lo anterior, también resulta relevante destacar que, del Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, se advierte que las observaciones de la Gerencia de Supervisión que dieron lugar al requerimiento del Cronograma de Actividades, comprende los parámetros de: FISURAS, RUGOSIDAD, y ESPESOR tanto del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB) como de la Base

⁵ Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.

⁶ Sustentado en la Nota N° 306-08-GS-OSITRAN.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Estabilizada, y no única y exclusivamente al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB), que esgrime el Concesionario como argumento de ilegalidad absoluta de la sanción impuesta, en función al Laudo Arbitral;

Que, para validar esta situación técnica, a través del Memorando N° 071-2014-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización que precise si el Laudo Arbitral recaído en el Expediente N° 1754-003-2010, en virtud del cual la Sociedad CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR TRAMO 3 S.A. sustenta su solicitud de revocación, ha determinado directa o indirectamente que el Concesionario cumplió a cabalidad con sus obligaciones respecto a la RUGOSIDAD y el ESPESOR (del Tratamiento Superficial Bicapa y de la Base Estabilizada) observadas por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización;

Que, en atención a dicho requerimiento, mediante Memorando N° 689-2014-CSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización señaló que el Laudo únicamente se pronuncia sobre el cumplimiento de obligaciones del Concesionario respecto al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB);

Que, en tal sentido, considerando que las observaciones a la infraestructura efectuadas por CESEL, que dieron lugar al requerimiento del Cronograma de Actividades efectuado por la Gerencia de Supervisión, se encontraban relacionadas no sólo al parámetro de ESPESOR del TSB, sino también al parámetro de ESPESOR de la Base Estabilizada y los parámetros de FISURAS y RUGOSIDAD; es evidente que tampoco resulta correcto lo afirmado por el Concesionario, cuando señala que en función a dicho Laudo, nunca existió incumplimiento de todas sus obligaciones contractuales, toda vez que, el incumplimiento del ESPESOR de la Base Estabilizada, y los parámetros de FISURAS Y RUGOSIDAD observados por CESEL, no fueron desvirtuados por el Laudo Arbitral;

Que, por las razones antes expuestas, no existen motivos atendibles para considerar que el Laudo Arbitral invocado por el Concesionario como sustento exclusivo de su solicitud de revocación, pueda evidenciar objetivamente que la sanción administrativa ya no tiene mérito o que fue indebidamente impuesta, al tener la sanción administrativa una naturaleza y origen distinto respecto del régimen aplicable a los incumplimientos contractuales y de la solución de controversias, razón por la cual el Laudo Arbitral no constituye un elemento de juicio sobreviniente que, excepcionalmente, faculte a este Consejo Directivo para revocar el acto administrativo contenido en la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, destacándose que, al no cumplirse el primer presupuesto establecido en la LPAG, carece de objeto pronunciarse sobre el cumplimiento de las demás condiciones establecidas en la norma sustantiva, para la revocación del acto de gravamen;

Que, lo concluido en el presente caso, de ningún modo implica un desconocimiento o desacato del alcance del Laudo Arbitral, por parte del Regulador, pues (como se señala en el escrito de revocación del Concesionario), mediante Nota N° 001-2013-GS-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, al pronunciarse sobre la implementación de la Recomendación N° 12 del Informe N° 697-2011-CG/OEA-EE, de la Contraloría General de la República, (en lo que respecta al Espesor del TSB), señalaron que, habiéndose emitido un Laudo Arbitral sobre el Espesor del TSB, corresponde dar cumplimiento al mismo, en lo que toca a ese parámetro. Del mismo modo, el Concedente viene dando cumplimiento al Laudo, pues con fecha 23 de octubre de 2012, emitió el Certificado de Correcta Ejecución de Obra, levantando la observación (de la Aceptación de Obra) pendiente respecto al Espesor del TSB;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, sin perjuicio de lo anterior, no está de más recordar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, la acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148° de la Constitución Política, tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo, y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados;

Que, en ese sentido, el artículo 3° del referido cuerpo legal consagra el principio de exclusividad del proceso contencioso administrativo, destacando que las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales;

Que, por ello, agotada la vía administrativa con la emisión de la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, si el Concesionario consideraba que dicho acto administrativo de gravamen era ilegal, desconocía o lesionaba sus intereses legítimos, debió acudir al Poder Judicial en el plazo legalmente establecido⁷, interponiendo una demanda contencioso administrativa, a fin de lograr la revocación o nulidad del mismo, más aún cuando el artículo 8° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, establece que lo resuelto en la vía administrativa es de cumplimiento obligatorio para las partes, salvo mandato judicial que expresamente señale lo contrario;

Que, de esta manera, la postura del Concesionario no sólo resulta inviable porque no se cumplen las condiciones habilitantes dispuestas en la LPAG, sino también porque implicaría generar incentivos para conductas contrarias al cauce legal y al marco institucional establecido, y más aún, al interés público que debe cautelar este Organismo Regulador, al ejercer sus funciones;

Que, por lo expuesto, acorde con los señalado en el Informe N° 051-14-GAJ-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Jurídica, que este órgano colegiado hace suyo, incorporándolo íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución, este Órgano Colegiado considera que la solicitud de revocación planteada por la CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR TRAMO 3 S.A., respecto de la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN, no cumple con los requisitos de excepción previstos en la LPAG para el ejercicio de la facultad de revocación, por lo que debe ser desestimada, al igual que la medida cautelar solicitada;

Que, corresponde a la Gerencia de Administración y Finanzas evaluar y realizar todas las acciones que resulten necesarias para continuar con el cobro de la multa impuesta al Concesionario por la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.

Que, estando a lo anterior, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, y la Ley N° 27332, por Acuerdo de Consejo Directivo adoptado su sesión de fecha 17 de junio de 2014;

⁷ Al respecto, el artículo 19° de la Ley N° 27584, establece:

Artículo 19°.-

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

1. Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del Artículo 4° de esta Ley, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Desestimar la solicitud de revocación planteada por la CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR TRAMO 3 S.A., respecto de la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN. Asimismo, declarar improcedente la medida cautelar solicitada.

Artículo 2°.- Disponer que la Gerencia de Administración y Finanzas realice todas las acciones que dentro del marco legal, resulten necesarias para continuar con el cobro de la multa impuesta al Concesionario por la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 051-14-GAJ-OSITRAN, a la Concesionaria Interoceánica Sur tramo 3 S.A., así como también al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de ente Concedente. Asimismo, ponerlo en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines correspondientes.

Artículo 4°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y el Informe N° 051-14-GAJ-OSITRAN, en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y difúndase.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 20912

Pág. 8 de 8

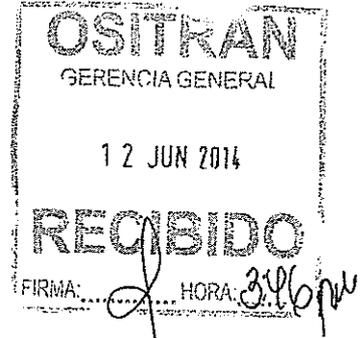


INFORME N° 051-14-GAJ-OSITRAN

JUAN RAFAEL VERA PEÑA
Gerente General

JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Solicitud de revocación de acto administrativo
Referencia : Escrito s/n de fecha 08-01-2014
Fecha : 12 de junio de 2014



OSITRAN GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° 382-2014-66

PARA : SCA
ACCIONES A SEGUIR : 2/06/2014
+ informe técnico

I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto a la solicitud presentada por la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. para que se revoque la Resolución de Gerencia General N° 006-09-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.

II. ANTECEDENTES

- 2. Con fecha 04 de agosto de 2005, el Estado Peruano actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, suscribió con la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., - en adelante el Concesionario o Entidad Prestadora- el Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil.
3. Con fecha 05 de julio de 2007, mediante Carta TP.061900.479.07.JS, la Empresa Supervisora CESEL Ingenieros² - en adelante CESEL- remitió a la Gerencia de Supervisión el primer Informe Especial TP.061900.12.07.SP, referido al Control de Calidad de la Obra, en especial de la Obra Alternativa de Pavimentos: Medición de Espesores, Medición de Rugosidad, entre otros. En el mencionado informe, se indicó los sectores observados con respecto a la medición de la Rugosidad (Km. 652+000 al Km. 653+000, Km. 703+000 al Km. 704+000, Km. 704+000 al Km. 705+000 y Km. 705+000 al Km. 706+000) y con respecto a los espesores tanto del Tratamiento Superficial Bicapa como de la Base Estabilizada (Km. 650+000 al 685+000, Km. 687+000 al 689+000, Km. 690+000 al Km. 704+000 y Km. 707+000 al Km. 710+000).
4. Con fecha 07 de agosto de 2007, mediante Carta TP.061900.514.07.JS, CESEL remitió a la Gerencia de Supervisión el Informe Especial TP.061900.15.07.SP², complementario al antes citado Informe de Control de Calidad de la Obra, identificando sectores con espesores de Tratamiento Superficial Bicapa (TSB) menores a 2.5 cm, y en sectores evaluados del Km. 650+000 al Km. 710+000, tramos con base suelo-cemento con espesores por debajo de los 20.0 cm. previstos e, incluso, con la tolerancia de un cm. establecida en las Especificaciones Técnicas. Asimismo, identificó sectores que no cumplían con la cuantificación de la rugosidad basada en el concepto del valor de la media deslizante para un intervalo de 1 Km. (Carril izquierdo Km. 652+000 - 653+000 IRI 4,23 m/km., Km. 705+000 - 706+000 IRI 4,13 m/km.) (Carril



1 Empresa Supervisora, encargada de la Supervisión del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari - Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil.

2 En este punto, cabe señalar que con fecha 11-08-2007, mediante Carta N° TP.061900.522.07.JS, CESEL remitió el aludido Informe N° TP.061900.15.07.SP a la Entidad Prestadora.

Derecho Km. 703+000 – 704+000 IRI 4,09 m/km., Km. 704+000 – 705+000 IRI 4,10 m/km., 705+000 – 706+000 IRI 4,06 m/km).

5. Con fecha 11 de abril de 2008, mediante Carta TP.061900.768.08.JS, CESEL presentó al OSITRAN el Informe de Suelos y Pavimentos TP.06.1900.010.SP, en el cual indica los resultados de la evaluación de los Niveles de Servicios Individuales del Sub Tramo Iberia – Iñapari, entre otros, para los parámetros Rugosidad y Espesores. Dicha evaluación fue llevada a cabo en el período comprendido entre los meses de febrero y marzo de 2008. En esta ocasión, CESEL también identificó sectores con espesores de Tratamiento Superficial Bicapa, menores a 2.5 cm, distinto a lo ofertado por la Entidad Prestadora en su Propuesta Técnica.
6. Con fecha 22 de abril de 2008, mediante Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión remitió a la Entidad Prestadora la Nota N° 306-08-GS-OSITRAN, a fin de que en un plazo máximo de tres (03) días útiles presente un "Cronograma de Actividades" que permita subsanar las Fisuras, Espesores y Rugosidad de capas de pavimento en el Sub Tramo Iberia – Iñapari.
7. Con fecha 24 de abril de 2008, la Entidad Prestadora remitió a OSITRAN el Oficio N° 290-CIST3-OSITRAN, a través del cual señala la imposibilidad de poder atender, en el plazo máximo de tres (03) días útiles, el "Cronograma de Actividades" que permita subsanar, en los sectores observados del Tramo Iberia – Iñapari, las Fisuras, Rugosidad y Espesores en capas de pavimento, adjuntando un Cronograma de Actividades distinto al que solicitó la Gerencia de Supervisión.
8. Con fecha 05 de mayo de 2008, mediante el Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión comunicó al Concesionario que podía estar incurriendo en la infracción tipificada en el artículo 45° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN³, -en adelante RIS de OSITRAN- puesto que no había absuelto el requerimiento formulado por OSITRAN, así como tampoco había presentado el cuestionamiento técnico al Informe de CESEL.
9. Con fecha 07 de mayo de 2008, a través del Oficio 295-CIST3-OSITRAN, la Entidad Prestadora remitió a OSITRAN el Informe de Evaluación de Fisuras, Rugosidad y Espesores de Capa de Pavimento Sub Tramo Iberia – Iñapari, señalando, entre otros, que ello es en respuesta a la Nota de la Gerencia de Supervisión N° 306-08-GS-OSITRAN⁴, de fecha 21 de abril de 2008, y el Informe de CESEL N° TP 061900.010.SP, de fecha 11 de abril de 2008.
10. Con fecha 13 de mayo de 2008, la Entidad Prestadora remitió nuevamente a OSITRAN el precitado Oficio, adjuntando en esta oportunidad, un Anillado que incluye un cronograma de acciones a implementar, la evaluación de las fisuras, medición de la rugosidad y unos cuadros de evaluación de pavimento. En la misma fecha, mediante Oficio N° 1138-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión corrió traslado del informe a CESEL, a efectos que presente un Informe Especial.
11. Con fecha 28 de mayo de 2008, mediante Carta TP.061900.830.08.JS, CESEL, en cumplimiento de lo dispuesto por la Gerencia de Supervisión, remitió a OSITRAN el Informe Especial TP.061900.012.08.SP, en el que efectúa precisiones técnicas relacionadas a los descargos presentados por la Entidad Prestadora en el Informe de Evaluación de Fisuras, Rugosidad y Espesores, citado anteriormente.



³ Incluyendo sus modificatorias, aprobadas por Resoluciones de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN y 005-2007-CD-OSITRAN.

⁴ En la aludida Nota, el Coordinador In Situ y el Coordinador Central del Tramo 3, así como el Gerente Adjunto de Supervisión, recomendaron al Gerente de Supervisión, que notifique a la Entidad Prestadora para que en el más breve plazo, restituya los Niveles de Servicio y complete el Espesor del Tratamiento Superficial Bicapa.



12. Con fecha 03 de diciembre de 2008, mediante el Oficio N° 3607-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión inicio el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, notificando a la Entidad Prestadora, el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Apéndice 3 Anexo I del Contrato de Concesión, relacionado con la rugosidad y espesores de capa de pavimento del Tramo 3: Inambari – Iñapari.
13. Con fecha 18 de diciembre de 2008, OSITRAN recibió los descargos de la Entidad Prestadora, formulados en la Carta N° 381-CIST3-OSITRAN. En sus descargos, la Entidad Prestadora sostuvo:
 - a. Que no corresponde que sea sancionada, toda vez que la evaluación y exigencia de los niveles de servicio únicamente debe ser efectuado, luego de culminadas las Obras y estando al hecho que el Tramo Iberia - Iñapari, aún se encuentra en Obra, no corresponde evaluar en esta etapa los niveles de servicio.
 - b. Que la "Conservación" es definida por el numeral 1.6 del Contrato de Concesión, como 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. Esta incluye el Mantenimiento Rutinario, el Mantenimiento Periódico y el Mantenimiento de Emergencia de todos aquellos elementos de la infraestructura vial.
 - c. Que OSITRAN está obligado a abstenerse de aplicar una sanción si resulta innecesaria, porque no hay un daño que reparar.
 - d. Que no habiéndose acreditado, ni en el Informe remitido por CESEL ni en la documentación remitida por el Regulador, que los supuestos incumplimientos de los niveles de servicio hayan causado daños y perjuicios al Concedente o cualquier Usuario de la Infraestructura, no corresponde que OSITRAN, le imponga sanción alguna.
14. Con fecha 31 de diciembre de 2008, OSITRAN recibió una ampliación de descargos de la Entidad Prestadora, formulados mediante la Carta N° 384-CIST3-OSITRAN. En su ampliación de descargos, la Entidad Prestadora añadió:
 - a. Que siendo insuficiente el plazo de tres (3) días para presentar un Cronograma de Actividades de Subsanación, se comprometió y presentó después de 30 días un Cronograma de Acciones a Implementar, por lo que no existe un incumplimiento de lo requerido por OSITRAN.
 - b. Que el numeral 5.1 del Anexo I del Contrato de Concesión es claro en establecer que los niveles de servicio no serán evaluados sino hasta el momento en el que la totalidad de las Obras de la Concesión, sea culminada.
15. Con fecha 20 de enero de 2009, la Gerencia de Supervisión remitió a la Gerencia General el Informe N° 041-09-GS-OSITRAN, en el que dicho Órgano Instructor concluyó señalando lo siguiente:
 - a. Que la Entidad Prestadora incumplió lo establecido en el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión y, con su Propuesta Técnica de la Etapa de Concurso a la cual se obligó, al constatarse que no cumplió con los Parámetros de Condición y Servicialidad Exigibles a las Concesiones Viales.
 - b. Que la Entidad Prestadora no acató las observaciones del Regulador, al no presentar el Cronograma de Actividades, que llevaba a la subsanación de las observaciones efectuadas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales detectadas por CESEL.



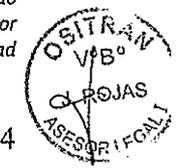
- c. Que la Entidad Prestadora incurrió en infracción grave al no acatar las observaciones de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el artículo 45° numeral 45.2, del RIS de OSITRAN.

Asimismo, recomendó al Órgano Resolutivo imponer como sanción a la Entidad Prestadora, una multa de cuarenta (40) UIT's por no acatar las observaciones de OSITRAN, al no absolver el requerimiento formulado ni tampoco presentado un cuestionamiento técnico al Informe de CESEL, dispuesto por el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN y el Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN respecto del incumplimiento de las obligaciones establecidas en Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión y de su Propuesta Técnica ofertada en la etapa de concurso.

16. Con fecha 06 de febrero de 2009, luego de tramitado el procedimiento sancionador correspondiente, se notificó a la Entidad Prestadora la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, a través de la cual se determinó que, al no acatar las observaciones de OSITRAN, el Concesionario incurrió en Infracción Grave, tipificada en el numeral 45.2 del artículo 45° del RIS de OSITRAN, imponiendo como sanción una multa de (40) UIT y comunicándole que la misma debía ser pagada en el plazo establecido en el artículo 75° del RIS.
17. Con fecha 27 de febrero de 2009, la Entidad Prestadora interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que declare nula la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN.
18. Con fecha 21 de abril de 2009, mediante Oficio Circular N° 044-2009-SCD-OSITRAN, se notificó a la Entidad Prestadora la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN, a través de la cual se declaró fundado en parte el Recurso de Apelación, únicamente en el extremo que consideró al Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN⁵ como parte del incumplimiento incurrido, confirmando los demás extremos de la citada Resolución con la multa impuesta.
19. Con fecha 08 de enero de 2010, esto es, aproximadamente nueve (9) meses desde que se le notificó la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, que agota la vía administrativa, el Concesionario presentó a la Secretaria General del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, una solicitud de arbitraje respecto al "Espesor del Tratamiento Superficial Bicapa – (TSB)", apreciándose (del tenor del Laudo Arbitral) que, con fecha 02 de junio de 2010, se llevó a cabo a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, y que con fecha 16 de junio de 2010, el Concesionario presentó su demanda arbitral.
20. Con fecha 14 de noviembre de 2011, mediante Resolución N° 2, el Tribunal Arbitral resolvió disponer una medida cautelar a favor del Concesionario, ordenando al Estado Peruano, sea a través del MTC o del OSITRAN o de cualquier otra dependencia, se abstenga de requerir y/o disponer la ejecución coactiva de cualquier sanción o multa que tenga como sustento u origen directo o indirecto el incumplimiento de las observancias de la propuesta técnica referidas al espesor del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB).
21. Con fecha 11 de setiembre de 2012, el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Lima declaró fundada la demanda arbitral del Concesionario, respecto al cumplimiento de su propuesta técnica, en lo referente al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa – (TSB).
22. Con fecha 08 de enero de 2014, invocando el artículo 203° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Concesionaria solicitó al Consejo Directivo de OSITRAN la revocación de la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la



⁵ Por cuanto, conforme se indicó en el numeral 57 de la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, "no cabe que dicho oficio sea considerado como parte del incumplimiento incurrido, pues solo se trató de una advertencia que, como tal, no conlleva una obligación que cumplir, por lo que se considera que éste extremo debería declararse fundado. No obstante, ello no menoscaba la responsabilidad de la Entidad Prestadora respecto al cumplimiento de la obligación expresamente señalada en el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN".



Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN, sustentando su postura en el alcance del Laudo Arbitral.

23. Con fecha 20 de febrero de 2014, en Sesión de Consejo Directivo N° 498-2014-CD-OSITRAN, los representantes del Concesionario presentaron su Informe Oral y alegatos respecto a los alcances de su solicitud de revocación, ante los señores miembros del Consejo Directivo de OSITRAN.

III. ANÁLISIS

24. Con la finalidad de evaluar la solicitud de revocación planteada por el Concesionario, el presente informe se ha estructurado de la siguiente manera:

- A. La revocación en materia administrativa.
- B. Los argumentos del Concesionario.
- C. Evaluación de la Administración.
 - Cuestión Previa: De la potestad sancionadora.
 - Evaluación de los supuestos habilitantes para la revocación.
- D. Precisiones Finales.

A. LA REVOCACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA

25. De acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, la revocación constituye uno de los tres mecanismos de revisión de oficio de los actos administrativos (los otros dos lo constituyen la nulidad de oficio y la rectificación de errores materiales), a través del cual, la autoridad reevalúa un pronunciamiento emitido originalmente de manera válida, a la luz de circunstancias sobrevinientes.
26. El artículo 203 de la LPAG, al regular la figura de la revocación, establece expresamente lo siguiente:

"203.1 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

203.2. Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

203.3. La revocación prevista en este numeral solo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor".

[Subrayado es agregado]

27. Como se puede advertir, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 203.1 del artículo 203° de la LPAG, nuestra legislación proscribe la revocación administrativa de actos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos de los administrados, por razones de



oportunidad, mérito o conveniencia⁶; catalogando como tipos de revocación, a la revocación misma, las modificaciones, y las sustituciones de actos administrativos.

28. No obstante, de manera excepcional, el numeral 203.2. del referido artículo de la LPAG comprende tres (3) casos en los que la Administración queda facultada a efectuar la revocación de actos administrativos, precisándose que estos operan con efectos a futuro. Uno de esos supuestos es el referido a la concurrencia de elementos de juicio sobrevinientes que podrían dar lugar a la revocación del acto administrativo cuando, luego de apreciar estos elementos, se llegue a la conclusión que la revocación favorece legalmente al administrado y no genera perjuicios a terceros.
29. Respecto a la figura de la revocación, conviene tener presente lo que señala doctrina. Al respecto, Dromi⁷ apunta lo siguiente:

"La revocación es, pues, la declaración unilateral de un órgano en ejercicio de la función administrativa por la que extingue, sustituye o modifica un acto administrativo por razones de oportunidad o ilegitimidad". Puede ser total o parcial, con sustitución del acto extinguido o sin ella.

Jurídicamente se caracteriza porque se realiza a través de un acto administrativo autónomo e independiente. Es una nueva declaración, de un órgano en función administrativa, generadora de efectos jurídicos directos e inmediatos. Es facultativa cuando se funda en razones de oportunidad; es obligatoria cuando se funda en razones de ilegitimidad.

[El Subrayado es nuestro]

30. Por su parte, Fraga⁸ señala:

"La revocación es el retiro unilateral de un acto válido y eficaz, por un motivo superveniente (...). En nuestro concepto la doctrina más autorizada sobre el particular es la que considera que el fundamento de la revocación estriba en el cambio de uno de los presupuestos del acto jurídico original, es decir en la mutación superviniente de las exigencias del interés público que deben satisfacerse sobre la actividad administrativa.

Para aclarar estos conceptos debe tenerse presente que los actos jurídicos que realiza la Administración deben guardar una doble correspondencia: con la Ley que rige dichos actos, y con el interés público que con ellos va a satisfacerse. La conformidad del acto con la ley constituye el concepto de legitimidad. La conformidad del Acto con el interés público hace nacer el concepto de oportunidad".

[El Subrayado es nuestro]

⁶ Sobre el contenido de los conceptos de oportunidad, mérito o conveniencia, MORÓN señala: "Podrían intentarse diversas acepciones para estas voces. Para algunos, un acto afectado en su mérito es aquel que no guarda la adecuación necesaria de medios para lograr los fines públicos que el acto administrativo tiende a lograr. El acto afectado en su oportunidad está referido al que se encuentra fuera del tiempo adecuado o del propósito perseguido. Mientras que la inconveniencia refiere inutilidad o carencia de provecho para la finalidad pública. Pero este esfuerzo hace más compleja la valoración de aquello que la justificación de la revocación. En esa línea creemos como parte de la doctrina, que la oportunidad, la conveniencia y la eficacia, del acto administrativo constituyen, bajo la designación genérica de mérito un solo elemento a tener en cuenta para explicar la revocación.

De este modo, la apreciación del mantenimiento del acto estará sujeto a que, durante su vigencia, el desarrollo de la actividad conserve su mérito, esto es, su congruencia con la conveniencia, oportunidad y eficacia para lograr sus fines propios". En el artículo titulado: "La Revocación de Actos Administrativos, Interés Público y Seguridad Jurídica". Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 62, 2011. Págs. 419 a 455.

⁷ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, 8ª Edición. Editorial de Ciencia y Cultura – Buenos Aires. 2000. pág. 287.

⁸ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, 40ª edición. Editorial Porrúa - México. 2000. págs.304 a 311.



31. Cabe indicar que, si bien en los casos de excepción previstos en la LPAG no se hace mención explícita a los actos desfavorables o de gravamen (en principio se menciona de manera expresa a los actos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos de los administrados), dicha posibilidad se deriva implícitamente del artículo 203.1⁹, y más claramente del artículo 203.2.3 de la LPAG, al facultarse la revocación de actos administrativos, cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.
32. En efecto, la posibilidad de que se pueda revocar un acto de gravamen en general, y en particular, una sanción administrativa, también ha sido reconocida en la doctrina de nuestro medio. Al respecto, Morón²⁰ señala lo siguiente:

"Tal como ha sido concebida la revocación en la Ley, resulta una facultad residual basada en norma expresa o un pacto previo al acto, mediante el cual se le priva de efectos no obstante ser un acto válido por razones de interés público. Así, entendida, la revocación permite a la administración, adaptarse constantemente a las necesidades del momento para su consonancia con el interés público.

En este sentido, la norma prevé sólo tres posibilidades para la actuación de la revocación en el Derecho administrativo nacional:

(...)

La revocación de actos desfavorables (art. 203.2.3).

Tratándose de actos de gravamen o desfavorables a los administrados se entiende que pueda volverse atrás, por razón de algún elemento de juicio objetivo sobreviniente a la decisión que ha creado una, obligación o sanción al administrado, y que con su evidencia, se aprecia que resulta injustificado. En ningún caso se trata de favorecer ilegalmente al administrado, ni de modo arbitrario o basado exclusivamente en el mérito o la conveniencia, sino cuando aparezcan razones sobrevinientes objetivas que así lo hagan necesario".

Adicionalmente, el citado autor²¹, apunta:

"Cuando el artículo 203.1 de la ley afirma que los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio o por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, está poniendo un límite explícito a la variabilidad de dichos actos administrativos, a fin de privilegiar la seguridad jurídica del titular de ese derecho. Sin embargo, esto no se puede hacer extensivo a los actos administrativos que no son favorables a los administrados, ya que estos son los gravosos o aquellos que de cara al ciudadano son neutros. De este artículo se puede derivar implícitamente que el legislador permite la revocación de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia de aquellas decisiones que no contienen una declaración o constitución de derechos a favor de algún administrado. (...).

En ese orden de ideas, proceden sin limitación la revocabilidad de los actos administrativos generales, de los actos de administración interna, la de los actos denegatorios, la de los actos interpretativos, la de los silencios negativos y la de los actos de gravamen. (...).

⁹ Al respecto, conviene traer a colación a IÑIGO SANZ RUBIALES, quien en relación al caso español, señala: "Esta posibilidad de revocatoria [léase de actos de gravamen o desfavorables] no se reconocía de forma expresa por la vieja Ley de procedimiento de 1958, antecesora de la vigente: por eso resultaba difícil reconocer la revocabilidad general de los actos administrativos (...). No obstante lo anterior la revocabilidad de los actos desfavorables se pudo deducir de la interpretación sensu contrario del viejo principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos que si tenía su plasmación en diversos preceptos de la Ley de Procedimiento de 1958 (...)". En el artículo titulado: "Revocación de Sanciones Administrativas por Motivos de Oportunidad". Revista de Administración Pública. 1999. N° 144: Págs. 359 a 385.

²⁰ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Quinta Edición. mayo 2006. Págs. 537 – 538.

²¹ MORON URBINA, Juan Carlos. "La Revocación de Actos Administrativos, Interés Público y Seguridad Jurídica". Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N° 62, 2011. Págs. 419-455.



En ningún caso se trata de favorecer ilegalmente al administrado de modo arbitrario, basado exclusivamente en el cambio de criterio subjetivo de las autoridades, o de dar preferencias indebidas al ciudadano. Por ello, estas revocaciones proceden aparejadas de una debida motivación que explicita sus razones”.

[Subrayado es nuestro]

33. En suma, en nuestro ordenamiento jurídico, la revocación es una facultad excepcional de la Administración, en virtud de la cual se declara el retiro de actos administrativos, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, asociados a motivos de interés público sobrevinientes, ya sea a consecuencia de un cambio en la situación legal que originó el acto, o por producirse una nueva valoración del interés público originalmente considerado; resaltándose que, como condiciones habilitantes para la revocación de los actos administrativos de gravamen, la norma establece: a) la apreciación de elementos de juicio sobrevinientes, b) se favorezca legalmente a los destinatarios del acto, y c) no se genere perjuicios a terceros.
34. Igualmente, es importante tener presente la distinción conceptual entre la figura de la revocación y la nulidad, pues no sólo difieren en cuanto a las causales que autorizan su aplicación, sino que además, su procedimiento y efectos son distintos. Para tal efecto, conviene citar nuevamente a Morón, quién señala:

“Nuestro Derecho ha acogido la revocación pero la diferencia del retiro o de la extinción del acto administrativo fundado en su antijuricidad producida en su formación, para lo cual reserva la figura de la nulidad de oficio prevista en el artículo 202 de la Ley. De esta manera nuestro ordenamiento establece importantes diferencias entre la revocación y la nulidad en tres aspectos: La causal que la justifica, la naturaleza del acto y sus efectos. Como bien afirma Fraga:

[...] a pesar de que tanto la revocación como la anulación producen el efecto de anular un acto anterior del mundo jurídico, existe entre ambas instituciones una característica sustancial que las distingue. En efecto mientras que la anulación está destinada a destinar un acto inválido, o sea, un acto que, desde su origen tiene un vicio de legitimidad, la revocación sólo procede respecto de actos válidos, es decir de actos que en su formación dejaron satisfechas todas las exigencias legales. Además y derivado de esa diferencia, aparecen otras que se refieren a los motivos, a la naturaleza del acto y a sus efectos y que complementan el concepto tanto de la revocación como el de la anulación. Mientras que el motivo de la primera es posterior al acto original y se refiere a consideraciones de oportunidad, o sea a la coincidencia del acto en momentos sucesivos con el interés público, la anulación deriva del vicio original de ilegalidad del acto primitivo (...).”

[Subrayado es agregado]

35. De lo reseñado anteriormente, se concluye que la LPAG ha acogido en su artículo 203º la figura jurídica de la revocación, como una forma de extinción del acto administrativo, distinguiéndola de la figura de la nulidad comprendida en el artículo 202º, siendo aplicable ésta última a los casos de extinción del acto administrativo fundados en su antijuricidad producida en su formación. Así, conforme señala la doctrina¹², la nulidad opera con efectos retroactivos, entre tanto, la revocación lo hace con efectos a futuro, pues, en definitiva ésta no constituye más que un cambio de parecer de la Administración, respecto a la oportunidad o conveniencia para el interés público, de mantener los efectos del acto. De esta forma, los límites que enfrenta cada una son distintos, toda vez que, en el caso de la nulidad, lo que está en cuestión es el acto mismo y su capacidad para producir efectos jurídicos válidos; en cambio en la revocación, no se duda



¹² FRAGA, Gabino. DERECHO ADMINISTRATIVO 40ª edición. Editorial Porrúa - México. 2000. Págs.304 a 311.

de la aptitud jurídica del acto, sino que lo revisado es su conformidad o conveniencia actual con relación al interés público.

36. En cuanto a la autoridad competente facultada para evaluar y, de ser el caso, declarar la revocación de los actos administrativos, el artículo 203.3° de la LPAG dispone expresamente que sólo podrá ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados para presentar sus alegatos y evidencia en su favor. En el presente caso, la decisión corresponde al Consejo Directivo de OSITRAN, dado que constituye la más alta autoridad de la Entidad.
37. A la luz de lo anterior, a continuación se efectuará el análisis de la solicitud de revocación planteada por el Concesionario, respecto al acto administrativo contenido en la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.

B. LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

38. Los argumentos esgrimidos por el Concesionario tanto en su solicitud de revocación como en sus alegatos¹³, se concentran en señalar que, el presupuesto de hecho del acto sancionador contenido en la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmado por la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, ha devenido en ilegal debido a los efectos del Laudo Arbitral (Expediente N° 1784-003-2010), que declara que no ha existido incumplimiento de su obligación contractual consistente en el espesor del tratamiento superficial bicapa, siendo consecuencia de esto la inexistencia de la obligación de cumplir con la subsanación de las observaciones requeridas por OSITRAN respecto del TSB del pavimento del Tramo Inambari – Iñapari, por lo que en virtud de lo establecido en el artículo 203.2.3 de la LPAG, procede revocar la sanción.
39. Como sustento de su postura, el Concesionario expone, entre otros, los siguientes argumentos:

"... procede la revocación debido a que se cumplen los tres presupuestos señalados para la aplicación de la causal de revocación antes señalada en los términos siguientes:

- a) *Se trata de un elemento sobreviniente a la emisión del acto a ser revocado: Esto es muy claro, luego de impuesta la sanción, se determinó que la misma nunca tuvo fundamento, es decir nunca fue legal. Por tanto, procede declarar la revocación a fin de hacer valer la legalidad clarificada por la emisión del Laudo Arbitral, que precisó con fuerza de cosa juzgada que nunca existió incumplimiento y por tanto nunca se debió sancionar a la Concesionaria.*
- b) *Mediante la revocación se va favorecer a los destinatarios del acto (La Concesionaria): En concreto, se va a evitar un grave perjuicio a la Concesionaria. Es necesario revocar la sanción y que se produzcan sus efectos ya que sería abiertamente ilegal e injusto que se nos aplique una multa cuando ya se ha determinado que nunca existió el supuesto incumplimiento contractual que motivó su imposición. Por tanto OSITRAN debe emitir la revocación correspondiente, a fin de favorecer nuestro derecho, por corresponder de acuerdo al Laudo Arbitral.*
- c) *La revocación de la sanción no causará perjuicios a terceros. Efectivamente, si el Consejo Directivo de OSITRAN decide revocar las resoluciones que contienen la sanción, no existirá perjuicio alguno ni a la Concesionaria ni a la Supervisora, ni al Estado, así como tampoco a los usuarios del servicio. Por el contrario como ya lo ha dispuesto el Laudo, los niveles del TSB del Tramo concesionado están perfectamente operativos de acuerdo a la propuesta presentada por la Concesionaria.*



¹³ Presentados con fecha 20 de febrero de 2014, en Sesión de Consejo Directivo N° 498-2014-CD-OSITRAN.

Por todo lo anterior, es conveniente para el interés público y el mantenimiento de la legalidad, que OSITRAN determine la revocación de la sanción contenida en la Resolución 006-2009 y confirmada por la Resolución 012-2009, toda vez que se ha producido la causal señalada en la norma citada de la LPAG”.

40. De lo expresado por el Concesionario, se observa que éste considera que el Laudo Arbitral constituye un elemento de juicio sobreviniente que cumple con los requisitos habilitantes previstos en el numeral 203.2.3 de la LPAG; destacando que luego de impuesta la sanción, se determinó (en virtud al Laudo), que la misma nunca tuvo fundamento, es decir nunca fue legal, y que por tanto, procede declarar la revocación a fin de hacer valer la legalidad clarificada por la emisión del Laudo Arbitral, que estableció con fuerza de cosa juzgada, que nunca existió incumplimiento y por tanto nunca se le debió sancionar.
41. Es decir, para el Concesionario, el Laudo Arbitral es el elemento de juicio sobreviniente en virtud del cual la ausencia de un incumplimiento contractual imputable al Concesionario (determinado así por el propio Laudo), se vincula a una ausencia de la sanción administrativa que se le impuso al Concesionario (lo cual se tendría que declarar así como consecuencia de lo declarado en el Laudo), de tal forma que si no existe incumplimiento contractual tampoco debe existir responsabilidad administrativa.

C. EVALUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Cuestión Previa: El ejercicio de la potestad sancionadora

42. En primer término, es importante tener presente que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 61° de la LPAG, la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas que de aquella se derivan, por lo que se reconoce con carácter restringido, no admitiéndose como válida la competencia administrativa derivada de manera extensiva o análogica de alguna disposición legal.
43. Concordantemente con lo anterior, el principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento jurídico y en especial en el ámbito del derecho administrativo sancionador¹⁴, establece que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado.
44. Particularmente, en el presente caso, el artículo 6° de la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN, establece que este Regulador ejerce, entre otras, la atribución fiscalizadora, la cual comprende la potestad de imponer sanciones a las Entidades Prestadoras que se encuentran en el ámbito de su competencia - como es el caso de la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.-, por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. En esa misma línea, el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, prevé que la facultad fiscalizadora y sancionadora de los Organismos Reguladores (como OSITRAN), comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.
45. Asimismo, acorde con los principios de la potestad sancionadora señalados anteriormente, el artículo 3° de la Ley 27332 prevé que la facultad normativa de los Organismos Reguladores comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los



¹⁴ Artículo 230°, inciso 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de liberta

reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito.

46. La naturaleza y origen de las infracciones que generan la aplicación de sanciones administrativas por parte del OSITRAN, en aplicación del Derecho Administrativo Sancionador y en ejercicio de las Potestad Sancionadora del Estado, es totalmente distinto a los mecanismos que tratan sobre los incumplimientos y penalidades contractuales y sobre la resolución de controversias (Trato Directo y Arbitraje), contemplados en los contratos de concesión.
47. Ciertamente, en palabras de Nieto³⁵:

"El objeto directo del Derecho Administrativo Sancionador es un ilícito específico – la infracción administrativa – para la que la ley establece una sanción, que es atribuida en concreto a un sujeto por la Administración a través de un procedimiento especial (el procedimiento sancionador) en el que se determina la infracción con todas sus circunstancias materiales así como el autor con sus circunstancias personales. En nuestro Derecho actual es nota esencial de las infracciones que se encuentren descritas en una ley (principio de legalidad, reserva legal y mandato de tipificación legal)".

48. Asimismo, como bien señala Cassagne:

"El poder de configurar sanciones puede devenir tanto de la ley como de la legislación delegada (...) y esa potestad sancionadora (...) no puede ser objeto de pacto en el contrato administrativo habida cuenta la indisponibilidad e irrenunciabilidad que caracteriza la figura de la potestad.

49. De lo expuesto, se tiene claro que, a diferencia de los mecanismos que tratan sobre los incumplimientos contractuales y sobre la resolución de controversias (Trato Directo y Arbitraje) comprendidos en los contratos de concesión, que tienen su origen en la autonomía de las Partes sobre derechos de libre disposición, el régimen de sanciones administrativas tiene su origen única y exclusivamente en la Ley, siendo la propia Ley (o por remisión al Reglamento) la que identificando un ilícito específico, tipifica una infracción administrativa y le adscribe la aplicación de una sanción.
50. Una infracción administrativa tiene su origen en la Ley y es declarada como tal porque el Estado considera que agrede un orden digno de protección jurídica. A diferencia de las cláusulas de incumplimiento y de las penalidades contractuales y de los mecanismos de resolución de conflictos (Trato Directo y Arbitraje) comprendidos en los contratos de concesión, que buscan garantizar el cumplimiento de una obligación y resolver una controversia de carácter patrimonial, para un caso concreto (una concesión en particular), las infracciones administrativas tienen una vocación general en el entendido de querer proteger un orden general de interés público, dentro del ordenamiento jurídico.
51. Considerando lo expuesto anteriormente, ninguna Entidad puede asignarse potestad sancionadora atribuida a OSITRAN, siendo en este caso la reserva de la ley un concepto absoluto; debido a ello, considerando que ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y mucho menos el Concesionario administrado, tienen asignada potestad sancionadora en materia de Infraestructura de Transporte de Uso Público, es claro que tampoco están facultados a someter Trato Directo y posterior Arbitraje, una decisión administrativa del Regulador, y mucho menos, una que contiene una sanción administrativa. Igualmente, ningún Tribunal Arbitral tiene asignada dicha potestad sancionadora conferida al Regulador, tanto



³⁵ NIETO, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Editorial TECNO. 2005. Pág.194.

porque ello no constituye una materia arbitrable¹⁶ (no se encuentra sometida a su jurisdicción), como porque dicha potestad es una expresión del *ius imperium* del Estado¹⁷, que en el caso de la regulación económica de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, ha sido atribuida exclusivamente al OSITRAN.

52. Dicho esto, el hecho que el Laudo Arbitral emitido el 11 de setiembre de 2012 a favor de la Concesionaria, tenga la condición de cosa juzgada, *per se* no afecta la legitimidad de la sanción administrativa impuesta por el Regulador, a través de la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN de fecha 16 de abril de 2009, por cuanto es evidente que el Tribunal Arbitral no puede pronunciarse, bajo ningún punto de vista, sobre la legalidad o ilegalidad de la sanción administrativa impuesta por el OSITRAN, y la sanción tampoco podía haber sido materia de la controversia arbitral, y mucho menos, haber sido dejada sin efecto por el referido Laudo, ya que la competencia para ejercer la potestad sancionadora ha sido otorgada, única y exclusivamente, a este Regulador.
53. Evidentemente, al tener la sanción administrativa una naturaleza y origen distinto respecto del régimen aplicable a los incumplimientos contractuales y de la solución de controversias, en el caso que se decida no retirar el acto administrativo de gravamen, contenido en la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN, de ningún modo constituye un desacato o incumplimiento del Laudo Arbitral por parte de este Regulador; reiterándose que, el alcance del Laudo Arbitral, no afecta ni puede afectar la sanción administrativa impuesta por el Regulador.

Evaluación de los supuestos habilitantes para la revocación

54. Considerando lo antes expuesto, lo que corresponde determinar a continuación es si la existencia del Laudo Arbitral en mención cumple con los supuestos habilitantes para el ejercicio de la revocación en materia administrativa.
55. Como quedó señalado anteriormente, la LPAG permite la posibilidad de la revocación de los actos administrativos de gravamen, siempre que se cumpla copulativamente con las condiciones habilitantes establecidas en la norma, esto es, que la revocación se sustente en: a) elementos de juicio sobrevinientes, b) se favorezca legalmente a los destinatarios del acto, y c) no se genere perjuicios a terceros. Por consiguiente, en caso que no se cumpla con alguno de los supuestos habilitantes previstos, la revocación resultará inviable, careciendo de objeto la evaluación de la condición restante.
56. En el caso materia de análisis, el Concesionario considera que el Laudo Arbitral constituye un elemento de juicio sobreviniente que cumple con los requisitos habilitantes previstos en el numeral 203.2.3 de la LPAG; pues a su entender, luego de impuesta la sanción, se determinó [en virtud del Laudo] que la misma nunca tuvo fundamento, es decir nunca fue legal, y que por tanto, procede declarar la revocación a fin de hacer valer la legalidad clarificada por la emisión del Laudo Arbitral, que precisó con fuerza de cosa juzgada que nunca existió incumplimiento y por tanto nunca se debió sancionar al Concesionario.



¹⁶ Sobre el particular, el Decreto Legislativo N° 1071, establece:

"Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral".

¹⁷ Al respecto, se debe tener presente lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2011-AA.



57. Al respecto, corresponde verificar si efectivamente, el Laudo Arbitral constituye un elemento de juicio sobreviniente, para habilitar la revocación administrativa de la sanción impuesta por el Regulador. A tal efecto, el Laudo establece:

"PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda formulada por la CONCESIONARIA Interoceánica Sur Tramo 3, en tal sentido, DECLÁRESE EL CUMPLIMIENTO de dicha parte en relación a lo ofertado en su Propuesta Técnica, en lo referente al espesor del TSB, atendiendo a las Especificaciones Técnicas determinadas y material disponible para la ejecución de la Obra.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda formulada por la CONCESIONARIA Interoceánica Sur Tramo 3, en tal sentido, ORDÉNESE al Ministerio de Transportes y Comunicaciones levantar las observaciones que ha formulado al espesor del Tratamiento Superficial Bicapa ejecutado en la obra.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda formulada por la CONCESIONARIA Interoceánica Sur Tramo 3, en tal sentido, ORDÉNESE al Ministerio de Transportes y Comunicaciones devolver las Cartas Fianzas presentadas por la CONCESIONARIA Interoceánica Sur tramo 3, para garantizar el trabajo ejecutado del Tratamiento Superficial Bicapa ejecutado en la Obra.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda formulada por la CONCESIONARIA Interoceánica Sur Tramo 3, en tal sentido, ORDÉNESE al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que reconozca y pague el costo de mantenimiento de las Cartas Fianzas al mes de mayo de 2010 e intereses más el costo por el período que seguirán manteniendo dichas Cartas Fianzas hasta que dicha parte levante las observaciones al espesor ejecutado, los referidos intereses y el costo de mantenimiento de las cartas fianzas serán calculados en la etapa de ejecución del laudo.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la demanda formulada por la CONCESIONARIA Interoceánica Sur Tramo 3, en tal sentido, ORDÉNESE al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que pague a favor de la CONCESIONARIA Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., la suma de S/. 83, 722.69 (Ochenta y tres mil setecientos veintidós y 69/100 nuevos soles), más IG.V., correspondiente a los gastos arbitrales a su cargo, de conformidad con lo dispuesto en el convenio arbitral".

[Subrayado es nuestro]

58. Tal como se puede observar, el pronunciamiento del Tribunal Arbitral se circunscribe a declarar el cumplimiento del Concesionario con relación a lo ofertado en su Propuesta Técnica, en lo referente al ESPESOR del TSB, advirtiéndose que, a partir de dicha declaración, se deriva el pronunciamiento favorable del Tribunal, respecto a las demás pretensiones planteadas por el Concesionario.

59. Sin embargo, tal como se desprende del expediente sancionador, la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, sancionó a la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., por no acatar las observaciones de OSITRAN, al no absolver el requerimiento formulado por el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, infracción tipificada en el artículo 45° numeral 45.2 del RIS¹⁸ de OSITRAN. Dicho en otras palabras, el Regulador sancionó al Concesionario por no presentar el Cronograma de Actividades requerido por la Gerencia de Supervisión.

60. Específicamente, a través del Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, requirió expresamente al Concesionario:

¹⁸ Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.



"Me dirijo a usted en atención a las cartas a), b) y c), mediante el cual, la Empresa Supervisora CESEL Ingenieros S.A., comunica a esta Gerencia los resultados del monitoreo sobre las Fisuras, Rugosidad y Espesores de capas de pavimento.

Al respecto, remito adjunto la Nota N° 306-08-GS-OSITRAN elaborado por los Coordinadores del Tramo 3, donde describen los sectores observados en el Tramo Iberia – Iñapari por Fisuras, Rugosidad y Espesores en capas de pavimento.

En ese sentido, manifestamos nuestra conformidad con la citada Nota N° 306-08-GS-OSITRAN. Orientada a que vuestra representada cumpla no los niveles de servicio establecidos en el Contrato de Concesión, así como de su Propuesta Técnica ofertada en la etapa del concurso.

Para tal fin, requerimos que en un plazo máximo de tres (03) días útiles de recibido el presente, nos remita un Cronograma de Actividades que permita subsanar las referidas observaciones en el más breve plazo.

Finalmente, debemos señalar que, en caso que su representada no atienda el presente requerimiento, podría incurrir en la infracción tipificada en el artículo 45° - No acatar las observaciones de OSITRAN, del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN".

[Subrayado es nuestro]

61. De esta manera, queda claro que la infracción que se imputó al Concesionario y que mereció la sanción impuesta por la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, obedeció al hecho de no haber presentado el Cronograma de Actividades requerido mediante el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN¹⁹, en el plazo de tres (3) días otorgado por la Gerencia de Supervisión. Vale decir, el supuesto de hecho por el que se sancionó a la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., no fue por incumplir su obligación contractual relativa al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB), discutido en el proceso arbitral, sino por no presentar el Cronograma de Actividades requerido por el Regulador.
62. Como quedó señalado líneas arriba, una infracción administrativa tiene su origen en la Ley y es declarada como tal porque el Estado considera que agrede un orden digno de protección jurídica. A diferencia de las cláusulas de incumplimiento y de penalidades contractuales y de los mecanismos de resolución de conflictos (Trato Directo y Arbitraje) comprendidos en los contratos de concesión, que buscan garantizar el cumplimiento de una obligación y resolver una controversia de carácter patrimonial, para un caso concreto (una concesión en particular), las infracciones administrativas tienen una vocación general en el entendido de querer proteger un orden general de interés público, dentro del ordenamiento jurídico.
63. Por esta razón, esta Gerencia discrepa con la posición del Concesionario en el sentido que el supuesto incumplimiento contractual (devenido en inexistente por mandato del Laudo Arbitral) motivó la sanción administrativa que se le impuso (por lo que tal sanción ha devenido en ilegal en virtud del Laudo Arbitral); toda vez que ello supondría afirmar que OSITRAN sancionó al Concesionario por incumplir con su obligación respecto al espesor de tratamiento superficial bicapa, cuando eso no fue así. Al mismo tiempo, no tiene razón alguna asumir que existe una relación entre uno y otro hecho, ya que el Laudo Arbitral, por obvias razones, no se ha pronunciado (y tampoco podía) sobre el supuesto de hecho que derivó en la sanción contenida en la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN.



¹⁹ Sustentado en la Nota N° 306-08-GS-OSITRAN.

64. Sin perjuicio de lo anterior, también resulta relevante destacar que, del Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, se advierte que las observaciones de la Gerencia de Supervisión que dieron lugar al requerimiento del Cronograma de Actividades, comprende los parámetros de: FISURAS, RUGOSIDAD, y ESPESOR tanto del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB) como de la Base Estabilizada, y no única y exclusivamente al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB), que esgrime el Concesionario como argumento de ilegalidad absoluta de la sanción impuesta, en función al Laudo Arbitral.
65. Para validar esta situación técnica, a través del Memorando N° 071-2014-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización que precise si el Laudo Arbitral recaído en el Expediente N° 1754-003-2010, en virtud del cual la Sociedad CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR TRAMO 3 S.A. sustenta su solicitud de revocación, ha determinado directa o indirectamente que el Concesionario cumplió a cabalidad con sus obligaciones respecto a la RUGOSIDAD y el ESPESOR (del Tratamiento Superficial Bicapa y de la Base Estabilizada) observadas por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.
66. En atención a dicho requerimiento, mediante Memorando N° 689-2014-CSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización señaló que el Laudo únicamente se pronuncia sobre el cumplimiento de obligaciones del Concesionario respecto al ESPESOR del Tratamiento Superficial Bicapa (TSB).
67. En tal sentido, considerando que las observaciones a la infraestructura efectuadas por CESEL, que dieron lugar al requerimiento del Cronograma de Actividades efectuado por la Gerencia de Supervisión, se encontraban relacionadas no sólo al parámetro de ESPESOR del TSB, sino también al parámetro de ESPESOR de la Base Estabilizada y los parámetros de FISURAS y RUGOSIDAD; es evidente que tampoco resulta correcto lo afirmado por el Concesionario, cuando señala que en función a dicho Laudo, nunca existió incumplimiento de todas sus obligaciones contractuales, toda vez que, el incumplimiento del ESPESOR de la Base Estabilizada, y los parámetros de FISURAS Y RUGOSIDAD observados por CESEL, no fueron desvirtuados²⁰ por el Laudo Arbitral.
68. Por las razones antes expuestas, no existen motivos atendibles para considerar que el Laudo Arbitral invocado por el Concesionario como sustento exclusivo de su solicitud de revocación, pueda evidenciar objetivamente que la sanción administrativa ya no tiene mérito o que fue indebidamente impuesta, al tener la sanción administrativa una naturaleza y origen distinto respecto del régimen aplicable a los incumplimientos contractuales y de la solución de controversias, razón por la cual el Laudo Arbitral no constituye un elemento de juicio sobreviniente que, excepcionalmente, faculte al Consejo Directivo de OSITRAN para revocar el acto administrativo contenido en la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN. Al no cumplirse el primer presupuesto establecido en la LPAG, carece de objeto pronunciarse sobre el cumplimiento de las demás condiciones establecidas en la norma sustantiva, para la revocación del acto de gravamen.
69. Lo concluido en el presente caso, de ningún modo implica un desconocimiento o desacato del alcance del Laudo Arbitral, por parte del Regulador, pues (como se señala en el escrito de revocación del Concesionario), mediante Nota N° 001-2013-GS-GAL-OSITRAN, las Gerencias de Supervisión y Asesoría Legal de OSITRAN, al pronunciarse sobre la implementación de la Recomendación N° 12 del Informe N° 697-2011-CG/OEA-EE, de la Contraloría General de la República, (en lo que respecta al Espesor del TSB), señalaron que, habiéndose emitido un Laudo



²⁰ Conforme se advierte de los antecedentes del Informe de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 489-2014-GSF-OSITRAN, remitido a esta Gerencia de Asesoría Jurídica, mediante Memorando N° 251-2014-GSF-OSITRAN, dichas observaciones (Espesor de Base Estabilizada, Rugosidad y Fisuras) fueron subsanadas por el Concesionario, después de concluido el proceso administrativo sancionador (con el agotamiento de la vía administrativa). Lo cual, evidentemente, de ningún modo desvirtúa la sanción impuesta; por el contrario, evidencia la existencia de los incumplimientos contractuales observados por CESEL, que dieron origen al requerimiento del "Cronograma de Actividades" realizado por el Regulador, que el Concesionario no cumplió con remitir en el plazo de (3) días indicado en el Oficio N°947-08-GS-OSITRAN, por lo cual fue sancionado.



Arbitral sobre el Espesor del TSB, corresponde dar cumplimiento al mismo, en lo que toca a ese parámetro. Del mismo modo, el Concedente viene dando cumplimiento al Laudo, pues con fecha 23 de octubre de 2012, emitió el Certificado de Correcta Ejecución de Obra, levantando la observación (de la Aceptación de Obra) pendiente respecto al Espesor del TSB. En ese sentido, el OSITRAN ya ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el Laudo Arbitral presentado por el Concesionario.

D. PRECISIONES FINALES

70. Conviene anotar que, del propio Laudo Arbitral presentado por el Concesionario como sustento de su solicitud, se advierte que es recién con fecha 08 de enero de 2010, esto decir, aproximadamente nueve (9) meses después que se notificó la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN (que agota la vía administrativa), que la Concesionaria IIRSA SUR TRAMO 3 S.A. presentó a la Secretaria General del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la solicitud de arbitraje respecto al "Espesor del Tratamiento Superficial Bicapa – (TSB)".
71. No está demás recordar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, la acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148° de la Constitución Política²¹, tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo, y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.
72. En ese sentido, el artículo 3° del referido cuerpo legal consagra el principio de exclusividad del proceso contencioso administrativo, destacando que las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales.
73. Por ello, agotada la vía administrativa²² con la emisión de la Resolución N° 012-2009-CD-OSITRAN, si el Concesionario consideraba que dicho acto administrativo de gravamen era ilegal, desconocía o lesionaba sus intereses legítimos, debió acudir al Poder Judicial, en el plazo legalmente establecido²³, interponiendo una demanda contencioso administrativa, a fin de lograr la revocación o nulidad del mismo, más aún cuando el artículo 8° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, establece que lo resuelto en la vía administrativa es de cumplimiento obligatorio para las partes, salvo mandato judicial que expresamente señale lo contrario.
74. Debe quedar claro, conforme lo señala el Tribunal Constitucional²⁴, que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, y tampoco como un órgano que lo sustituye, sino como una alternativa que complementa al sistema judicial puesta a disposición de la sociedad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales; razón por la cual, si la CONCESIONARIA IIRSA SUR TRAMO 3 S.A. pretendía dejar sin efecto la sanción administrativa impuesta por el Regulador en ejercicio del *ius imperium* del Estado, necesariamente debía acudir al Poder Judicial.

²¹ Al respecto, el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, establece:

Acción contencioso-administrativa

Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

²² Conviene recordar que, desde una perspectiva formal, el agotamiento de la vía administrativa deja expedita la posibilidad de que el administrado pueda recurrir al Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo²³, mientras que desde una perspectiva material, dicho agotamiento impide que la controversia vuelva a discutirse en sede administrativa por acción del administrado.

²³ Al respecto, el artículo 19° de la Ley N° 27584, establece:

Artículo 19°.-

La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:

1. Cuando el objeto de la impugnación sean las actuaciones a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del Artículo 4° de esta Ley, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero.

²⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2011-AA.



75. En todo caso, si como afirma el Concesionario, éste tenía una discrepancia técnica respecto a su obligación relativa al cumplimiento del Espesor del TSB, debió recurrir al proceso arbitral correspondiente, antes que concluya el procedimiento administrativo sancionador, y más aún, antes que se agote la vía administrativa, pero tampoco lo hizo.
76. Por otro lado, a mayor abundamiento, cabe indicar que la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN agotó la vía administrativa, lo cual, en palabras de Morón²⁵, implica que dicha resolución sea intrínsecamente irrevocable:

"Otros actos no susceptibles por su naturaleza de Revocación

Existe igualmente una segunda categoría de actos que son intrínsecamente irrevocables, constituida por los que se enuncian a continuación:

(...)

Los actos que agotan la vía administrativa

Se trata de actos que cancelan el debate en sede administrativa, y por ende, lo dejan expeditos para su ingreso al ámbito jurisdiccional. Siendo de tal modo, resultaría contradictorio que la autoridad volviera sobre estos actos para revocarlos y con ello volver agotar la vía o reponer el tema a sede administrativa".

[Subrayado es nuestro]

77. Así, la postura del Concesionario no sólo resulta inviable porque no se cumplen las condiciones habilitantes dispuestas en la LPAG, sino también porque implicaría generar incentivos para conductas contrarias al cauce legal y al marco institucional establecido, y más aún, al interés público que debe cautelar este Organismo Regulador, al ejercer sus funciones.
78. Por todo lo expuesto, corresponde que se desestime la solicitud de revocación formulada por el Concesionario, así como la solicitud de medida cautelar formulada por el Concesionario al amparo del artículo 146° de la LPAG.
79. Finalmente, resulta pertinente recordar que corresponde a la Gerencia de Administración y Finanzas evaluar y realizar todas las acciones que resulten necesarias para continuar con el cobro de la multa impuesta al Concesionario por la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.

IV. CONCLUSIONES

80. La solicitud de revocación planteada por la CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR TRAMO 3 S.A., respecto de la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN, no cumple con los requisitos de excepción previstos en la LPAG para el ejercicio de la facultad de revocación, razón por la cual debe ser desestimada. Por la misma razón, corresponde desestimar la medida cautelar solicitada.
81. Corresponde a la Gerencia de Administración y Finanzas evaluar y realizar todas las acciones que resulten necesarias para continuar con el cobro de la multa impuesta al Concesionario por la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.



²⁵ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Quinta Edición. Mayo 2006, pág. 537.

V. RECOMENDACIONES

82. Desestimar la solicitud de revocación y la medida cautelar planteadas por la CONCESIONARIA INTEROCEÁNICA SUR TRAMO 3 S.A., respecto de la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.
83. Disponer que la Gerencia de Administración y Finanzas realice todas las acciones que resulten necesarias para continuar con el cobro de la multa impuesta al Concesionario por la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, confirmada por la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2009-CD-OSITRAN.

Atentamente,



JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

J.C.Rojas.Z./

