Resolución de Gerencia General

Nº 063-2009-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA	:	Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA	:	Concesionaria Vial del Perú S.A.
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. mediante el Oficio Nº 2217-09-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento de las Cláusulas 7.2, 7.3 y 4.11 del Anexo I del Contrato de Concesión.

Lima, 12 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 07-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante Nota Nº 1504-09-GOSITRAN, cuyo adjunto es el Informe Nº 970-09-GS-OSITRAN, de fecha 05 de noviembre de 2009, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de setiembre de 2005 el Estado Peruano y la Sociedad Concesionaria COVIPERU suscribieron el Contrato de Concesión del Tramo Vial Pucusana – Cerro Azul – Ica (Red Vial 6).

2. El 28 de marzo de 2008, mediante Oficio Nº 749-08-GS-OSITRAN, OSITRAN remitió a COVIPERU la agenda de inspección Nº 023-08 para los días 02 y 03 de abril del 2008, a efectos de realizar la verificación del Mantenimiento Rutinario de los Sub Tramos: Cerro Azul – Pampa Clarita (0+620 al 20+301) e Intercambio Chincha Alta – Emp San Andrés (53+387 – 94+560), en adelante "Sub Tramos Existentes".

3. Realizada la inspección, los representantes de OSITRAN y COVIPERU procedieron a la suscripción del Acta Nº 026-08 Inspección–Operaciones, consignándose las deficiencias detectadas en dicha inspección.

4. Con Carta C.334.08 del 10 de abril 2008, COVIPERU presenta un "Programa de Mantenimiento Rutinario–Complementario" con la finalidad de programar el levantamiento de los defectos observados en el Acta Nº 026-08 Inspección–Operaciones.

5. Mediante Oficio Nº 828-08-GS-OSITRAN del 23 de abril del 2008, OSITRAN remitió a COVIPERU la notificación de "Detección de Parámetros Insuficientes (PCI)" Nº 003-GS-08, conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión.

6. Transcurrido el plazo para la subsanación de la PCI Nº 003-GS-08, con Oficio Nº 1323-08-GS-OSITRAN del 28 de mayo 2008, OSITRAN comunicó a COVIPERU la fecha para la verificación del levantamiento de los defectos observados, a realizarse el día 30 de mayo de 2008.

7. Realizada la nueva inspección, se procedió a la suscripción del Acta Nº 040-08 Inspección–Operaciones, registrándose las deficiencias todavía no levantadas.

8. Mediante Oficio Nº 1407-08-GS-OSITRAN del 04 de junio 2008, OSITRAN remite a COVIPERU la "Notificación de Incumplimiento (NI)" Nº 001-GS-08, señalando los defectos no levantados.

9. Con Carta C.577.08 del 13 de junio de 2008, COVIPERU presenta su descargo respecto a la "Detección de Parámetros de Condición Insuficiente" en los Sub Tramos Existentes, solicitando que las observaciones se consideren levantadas y dejar sin efecto la notificación PCI: Nº 003-GS-08 y la notificación NI: Nº 001-GS-08.

10. Mediante el Acta de Reunión Nº 29-08, del 16 de julio del 2008, COVIPERU informa que para la tercera semana de agosto dará inicio al arreglo de la calzada y bermas de los tramos a ser desafectados; para ello presentará una propuesta técnica. Con respecto al levantamiento de las observaciones de los Niveles de Servicio del Sub Tramo 1, 6 y Tramos a ser desafectados, OSITRAN reitera el pedido de informar oportunamente la conclusión de los trabajos de mantenimiento por cada uno de los tramos observados.

11. Mediante Carta C.761.08, del 22 de julio del 2008, COVIPERU presenta un cuadro del levantamiento de las observaciones de la notificación de parámetros de los Tramos a ser desafectados y adjunta una propuesta para subsanar los defectos en la calzada y bermas denominado por el Concesionario como "Mantenimiento más que Rutinario", donde propone un tratamiento superficial fresando 1" y recapear 1" de la carpeta asfáltica, un sellado ó parchado de las fisuras y el bacheo manual de las bermas, con la finalidad de subsanar las observaciones de la notificación y mejorar la transitabilidad del usuario.

12. Mediante el Acta de Reunión Nº 31-08, del 23 de julio de 2008, COVIPERU informó sobre el levantamiento del resto de las observaciones en los Tramos a ser desafectados y se acordó que el Concesionario y el Supervisor fijarán una fecha para su verificación.

13. En el Acta de Inspección Nº 060-08, del 08 de agosto del 2008, se indicó que COVIPERU ha cumplido con levantar los defectos notificados, quedando por levantar las observaciones de fisuras y grietas en calzada y bermas dentro del programa técnico presentado. Como consta en el documento citado en el numeral siguiente, COVIPERU evaluó la forma de levantar las observaciones de la calzada y bermas "proponiendo" una mejor alternativa para atender las deficiencias notificadas con lo cual lograría espaciar a un periodo mayor los trabajos de mantenimiento posterior. Como acuerdo se indica que el Concesionario debe presentar el cronograma de ejecución el 15 de agosto del 2008.

14. Mediante Carta C.862.08, del 18 de agosto de 2008, COVIPERU presenta el expediente técnico de la obra para la reparación de calzada y bermas de los Tramos a ser desafectados, incluyendo el plan de tránsito provisorio y su cronograma de ejecución. En el expediente

para el "Mantenimiento más que Rutinario" a ejecutar en los Tramos a ser desafectados, se indica que el inicio de los trabajos será el 18 de setiembre 2008 y concluirán el 09 de enero del 2009.

15. El 06 de mayo de 2009, se presenta a la Gerencia de Supervisión, el Informe Nº 390-09-GS-OSITRAN, mediante el cual, se da cuenta del presunto incumplimiento por parte de la empresa COVIPERU.

16. Mediante el Oficio Nº 2217-09-GS-OSITRAN, se notificó a la empresa concesionaria del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador por el presunto incumplimiento de las Cláusulas 7.2, 7.3 y 4.11 del Anexo I del Contrato de Concesión señalado que:

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

17. COVIPERU mediante la Carta Nº C.0379.09 recibido el 14 de julio de 2009, solicita se le otorgue 5 días de plazo adicional para la remisión de sus descargos.

18. Mediante el Oficio Nº 2407-09-OSITRAN de fecha 15 de julio de 2009, OSITRAN otorga la ampliación de plazo solicitado por COVIPERU.

19. Con fecha 23 de julio de 2009, la empresa COVIPERU remite su Escrito de Descargos, donde solicita la Suspensión del Procedimiento toda vez que se encontraba pendiente de resolución arbitral, un proceso seguido entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y COVIPERU, en la Cámara de Comercio de Lima, que de acuerdo a la empresa concesionaria tendría la misma materia.

20. Mediante el Oficio Nº 2798-09-GS-OSITRAN se le comunica a la empresa COVIPERU que se había iniciado un periodo de pruebas, solicitándosele información adicional respecto de la solicitud de suspensión del procedimiento.

21. Con fecha 21 de agosto de 2009, mediante el Oficio Nº 2799-09-GS-OSITRAN, OSITRAN solicita a la Cámara de Comercio de Lima, la remisión de una comunicación respecto de las actuaciones realizadas, identificándose además a los sujetos, hechos y fundamentos de la pretensión demandada.

22. Mediante el Oficio Nº 013-2009/SA-CA-CCL, de fecha 28 de agosto de 2009, el Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, remitió la información solicitada.

23. Con fecha 27 de agosto de 2009, mediante la Carta Nº C.0431.09, COVIPERU señala que ha solicitado al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima la autorización correspondiente para remitir la información relacionada con el Proceso Arbitral, no obstante ello remite información relacionada con el Trato Directo con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

24. Mediante la Carta Nº C.433.09 recibida el 02 de setiembre, la empresa COVIPERU remite la información solicitada mediante el Oficio Nº 2798-09-GS-OSITRAN.

República de Panamá Nº 3659
El Palomar - San Isidro
: (511) 440-5115
: (511) 421-4739
mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

II. ANÁLISIS

- <u>De la Obligación contractual</u>:

25. La cláusula 7.2 del Contrato de Concesión, respecto de las labores de mantenimiento señala lo siguiente:

> *"7.2.- La SOCIEDAD CONCESIONARIA efectuará las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, que sean necesarias de acuerdo a lo establecido en el Anexo I del Contrato, respetando igualmente la normatividad vigente sobre mantenimiento de carreteras en todo en lo que no se oponga a los parámetros contractuales.*
>
> *En los Sub-Tramos:*
> *1) Puente Pucusana–Ingreso Cerro Azul,*
> *4) Pampa Clarita – Intercambio Chincha Alta, y*
> *6) Empalme San Andrés-Guadalupe,*
>
> *Los parámetros de condición y serviciabilidad indicados en el Anexo I del presente Contrato, serán exigibles una vez recibidas las Obras de Puesta a Punto.*
>
> *En los Sub-Tramos nuevos a ser construidos en las Actividades Preparatorias Primera y Segunda Etapa, las obligaciones establecidas en el Anexo I del presente contrato, serán exigibles después de la recepción de las Obras correspondientes.*
>
> *En los Sub-Tramos existentes entre los kilómetros 0+620 al 20+301 (Cerro Azul – Pampa Clarita) y 53+387 al 94+560 (Intercambio Chincha Alta – Empalme San Andrés), mientras no se hayan terminado las Obras de Construcción del Tramo que los reemplazará, la SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a realizar un Mantenimiento Rutinario con el objetivo de asegurar un tráfico fluido.*
>
> *Para estos efectos, la SOCIEDAD CONCESIONARIA presentará al REGULADOR un plan de trabajo anual y referencial de Mantenimiento en dichos Sub-Tramos precisando las actividades de Mantenimiento Periódico y Rutinario, dentro de los treinta (30) Días de la Toma de Posesión del Derecho de Explotación de la Concesión, extendiéndose la responsabilidad de la SOCIEDAD CONCESIONARIA sobre los mismos hasta que éstos sean devueltos según lo previsto en el segundo párrafo de la Cláusula 5.18.*
>
> *Dentro de los sesenta (60) Días de la Toma de Posesión de los Bienes de la Concesión, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar al REGULADOR y al CONCEDENTE un programa anual y referencial de Conservación del Tramo que incluya las políticas y el cronograma de las operaciones a realizar, con sus respectivas mediciones y su justificación técnica, todo ello de conformidad con los Estudios Técnicos y las disposiciones del Contrato. El programa deberá garantizar el tránsito ininterrumpido durante su ejecución.*

República de Panamá Nº 3659
El Palomar - San Isidro
(511) 440-5115
(511) 421-4739
info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

El referido programa contendrá el documento Nº 5, presentado como parte de la Propuesta Técnica, de conformidad con el Artículo 56 de las Bases, debiendo, por tanto, respetar los lineamientos contenidos en dicho documento. En el caso del primer programa anual y referencial de Conservación presentado para el primer año calendario de Concesión el programa deberá comprender las actividades a realizarse desde la Toma de Posesión hasta el 31 de diciembre de dicho año. La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar un nuevo programa anual referencial de Conservación del Tramo al REGULADOR, dentro de los primeros quince (15) Días Calendario del mes de diciembre del año anterior al que corresponda su ejecución. De la misma forma en el caso del último Año de Concesión, el programa de Conservación deberá comprender las actividades a realizarse hasta la fecha de vencimiento de la Concesión.

La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá presentar durante los primeros siete (7) Días de cada mes, un informe con la descripción de las actividades de Mantenimiento ejecutadas en el mes inmediato anterior, indicando las variaciones respecto de lo establecido en el programa de Conservación anual y su justificación.

El incumplimiento de la presentación anual del programa de Conservación en los términos, condiciones y plazos mencionados, dará lugar a la imposición de una penalidad ascendente a seis (06) UIT, cuya aplicación se repetirá cada veinte (20) Días adicionales que se prolongue el incumplimiento. Asimismo, el incumplimiento en la presentación de los informes mensuales en los términos, condiciones y plazos mencionados, dará lugar a la imposición de una penalidad ascendente a una (01) UIT, cuya aplicación se repetirá cada cinco (05) Días adicionales que se prolongue el incumplimiento.

Este programa podrá ser objeto de ajustes y evaluaciones periódicas sea a pedido de las Partes o de oficio por el REGULADOR.

26. Asimismo, la Cláusula 7.3 del Contrato de Concesión, respecto del plazo en que deben ser cumplidas las obligaciones relacionadas con las labores de mantenimiento señala lo siguiente:

"Mantenimiento

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

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

27. Finalmente, respecto de las Notificaciones de Parámetros de Condición Insuficiente y de Incumplimiento, el Numeral 4.11 del Anexo I del Contrato de Concesión señala:

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

- **De la tipificación efectuada por OSITRAN:**

28. Mediante el Oficio Nº 2217-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa COVIPERU, que el presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas en las Cláusulas 7.2, 7.3, y 4.11 del Anexo I del Contrato de Concesión, se encontraba tipificado en el Artículo 15.2º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)[1], el cual señala lo siguiente:

> ***Artículo 15º.- No realizar el mantenimiento de los bienes de la concesión***
>
> *La Empresa Concesionaria que* ***no realice las actividades necesarias para mantener los bienes de la concesión*** *en condiciones adecuadas para su utilización durante y al término del Contrato de Concesión:*
> *(...)*
>
> ***15.2*** *Cuando realice labores de mantenimiento* ***sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas, incurrirá en infracción grave.***

(El subrayado y negrita es nuestro)

- **De los descargos presentados:**

29. A continuación se procederá a analizar la solicitud de suspensión del procedimiento y los descargos presentados por la empresa COVIPERU:

[1] Aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial *"El Peruano"* el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo Nº 077-2005-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial *"El Peruano"* el 15 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo Nº 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial *"El Peruano"* el 18 de enero de 2007.

a) De la solicitud de suspensión del procedimiento
b) Respecto de los alcances de la obligación contractual sujeta a arbitraje.
c) Respecto del incumplimiento de COVIPERU.

a) De la solicitud de suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador

30. En el escrito de descargos, la empresa concesionaria COVIPERU solicita la suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador, debido a que se encuentra pendiente de resolución un proceso arbitral con el MTC, que se sigue bajo el Expediente Nº 1530-162-2008 ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, referido a la interpretación del Contrato de Concesión sobre los alcances de las obligaciones de mantenimiento de cargo de COVIPERU, en los Sub-Tramos 2, 3 y 5.

31. Al respecto, el Artículo 139 de la Constitución Política del Perú, consagra como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional que: "*Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución....*"

32. Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo a lo informado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en la demanda presentada por la empresa concesionaria COVIPERU, la Pretensión Principal consiste en "*Que el Tribunal declare que las obligaciones de mantenimiento de los Sub-Tramos 2, 3 y 5 de cargo de COVIPERU solamente comprenden el Mantenimiento Rutinario, tal como se desprende de una adecuada interpretación del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica.*"

33. Al respecto, el Procedimiento Administrativo Sancionador iniciado contra la empresa concesionaria COVIPERU, abarca el presunto incumplimiento respecto a las labores de Mantenimiento Rutinario realizadas en los tramos Cerro Azul- Pampa Clarita (Km. 0+620 al Km. 20+301) e Intercambio Chincha Alta - Emp. San Andrés (Km. 53+387 al Km. 94+560), sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión, contenidas dentro de la definición del Mantenimiento Rutinario.

34. En efecto, según consta tanto en la Notificación de Detección de Parámetros de Condición Insuficiente, así como en la Notificación de Incumplimiento, los defectos encontrados, pertenecen todos y cada uno de ellos al alcance de las labores del Mantenimiento Rutinario, como se puede apreciar a continuación:

Calzada:
- Huecos
- Fisuras
- Grietas
- Baches
- Hundimiento

Bermas:
- Reducción del ancho de la superficie de berma

- Huecos
- Parches
- Existencia de material suelto
- Existencia de obstáculos
- Falta de roce y desbroce de maleza

Drenaje
- Obstrucción al libre escurrimiento hidráulico

Señalización horizontal:
- Exceso de desgaste de las líneas o marcas del pavimento

Señalización Vertical:
- Deterioro en el mensaje de la Señal
- Deterioro de los soportes de las señales
- Deterioro de los postes kilométricos

Elementos de Encarrilamiento y defensa (guardavías):
- Elementos faltantes
- Deterioro y limpieza de las defensas metálicas

Puentes:
- Deficiencia en las juntas extremas o intermedias
- Deterioro de veredas

35. Tal como se puede apreciar, la atención de los defectos detectados (consignados en el Acta Nº 026-08), se encuentran dentro del alcance del Mantenimiento Rutinario, que está definido en el Contrato de Concesión, para proteger y mantener en buenas condiciones de funcionalidad la infraestructura vial, acorde con los niveles de servicio exigidos para la vía y comprende, entre otras, las siguientes actividades:

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

36. Por lo tanto, si en el proceso arbitral, no se ha sometido a discusión, ni viene siendo cuestionada la obligación de prestar mantenimiento Rutinario, el mismo que de conformidad con el Contrato de Concesión constituye una obligación a cargo del Concesionario, no resulta procedente suspender el procedimiento administrativo sancionador.

b) Respecto de los alcances de la obligación contractual sujeta a arbitraje.

37. Respecto a este punto la empresa concesionaria en el numeral 2.2 de su escrito de descargos, señala lo siguiente:

> "2.2. *Sobre el particular, y como pasaremos a demostrar, las observaciones de mayor relevancia a las que hace mención OSITRAN corresponden en realidad a actividades previstas dentro de los alcances de un Mantenimiento Periódico y no de un Mantenimiento Rutinario como se ha sostenido, dado que el estado de conservación en que se encontraba la carpeta asfáltica de los sub tramos a devolver (Sub tramos 2,3 y 5). Ello fue manifestado en su oportunidad por COVIPERU al MTC, mediante Carta Nº 143.08, en la que se indicó que, no obstante los trabajos de Mantenimiento Rutinario que venía efectuando la Sociedad Concesionaria en dichos sub tramos, se requería ejecutar trabajos de Mantenimiento Periódico en razón a la deficiencia estructural de la vía.*
>
> *Es por esta razón que, considerando que el Contrato de Concesión no establece la obligación de efectuar un Mantenimiento en dichos sub tramos, nos vimos obligados a iniciar un procedimiento arbitral conforme a lo indicado en el principal del presente escrito."*

38. Sobre el particular, de acuerdo a lo indicado en los numerales precedentes, las observaciones materia del presente proceso administrativo sancionador, corresponden en su integridad a actividades de Mantenimiento Rutinario.

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

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

c) Respecto del incumplimiento de COVIPERU.

41. Respecto a este punto, en el numeral 3.2 del escrito de descargos, COVIPERU manifiesta los siguiente:

> "...
>
> *Por tanto, no corresponde la medición de parámetros en los Sub tramos 2, 3 y 5 conforme al Anexo 1 del Contrato. En tal sentido, los parámetros aplicados por OSITRAN y consignados en el Acta Nº 026-08-Inspección Operaciones y el Acta Nº 040-08-Inspección Operaciones no debieron ser utilizados para el caso de los sub*

tramos en cuestión, sino que se debió verificar que el Mantenimiento Rutinario efectuado permitiera el tráfico fluido de vehículos, siendo aplicables únicamente dichos parámetros cuando los nuevos sub tramos entren en operación.

..."

42. Sobre el particular cabe señalar, tal como se indicó en el Informe Nº 390-GS-09-OSITRAN, que la cláusula 7.2 del Contrato establece que los parámetros de condición y serviciabilidad indicados en el Anexo I del Contrato, serán exigibles una vez recibida las Obras de Puesta a Punto, únicamente para los casos de los Sub-Tramos 1, 4 y 6.

43. En efecto, la regla general está contenida en la cláusula 7.1, según la cual el Concesionario se obliga a efectuar la Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial del Tramo, desde la Toma de Posesión del Derecho de Explotación hasta la caducidad de la Concesión..

44. Por lo tanto, la obligación de efectuar el Mantenimiento Rutinario en los tramos materia del presente informe, debe realizarse desde la fecha de Toma de Posesión del Derecho de Explotación..

45. Asimismo, COVIPERU en el numeral 3.5 de su Escrito de Descargos, COVIPERU señala:

"3.5 *De acuerdo al propio texto de la Cláusula 7.2 del Contrato, para los sub tramos en cuestión no se aplican dichos niveles de calidad, por lo que el Mantenimiento Rutinario que se efectúe sólo debía cumplir con asegurar el "tráfico fluido", sin que este término se encuentre definido en el Contrato.*

..."

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

47. Aún en el supuesto negado que no sean exigibles su atención, la obligación de efectuar el Mantenimiento Rutinario, que comprende la realización de las actividades listadas en la definición mencionada, se encuentra firme y debe ser realizada, como ya se indicó anteriormente, desde la toma de posesión en el caso de los tramos materia del presente informe.

48. De otro lado, en el punto 3.8 del escrito de descargos, la empresa concesionaria sostiene lo siguiente:

"3.5 *Como es posible apreciar de las definiciones antes citadas, si bien la definición de Mantenimiento Rutinario del Contrato de Concesión comprende entre otros, "parchados, tratamiento de fisuras, bacheos y sellos", debe entenderse que estas*

actividades serán parte de un Mantenimiento Rutinario, en la medida que la vía haya tenido en su momento un adecuado nivel de conservación mediante un mantenimiento periódico o de una Puesta a Punto.

49. Sobre este aspecto cabe señalar, tal como se precisó en el Informe Nº 390-09-GS- OSITRAN, que no sólo la Puesta a Punto permite alcanzar los índices de Serviciabilidad exigibles para una vía, sino que la correcta planificación y ejecución de los trabajos de Mantenimiento Rutinario permiten que los niveles de servicio de transitabilidad y seguridad, puedan mantenerse dentro del estándar requerido. En ese sentido, el adecuado mantenimiento de las señales se tránsito, el pintado de la señalización horizontal, la limpieza de alcantarillas y bermas, el sellado de fisuras y bacheo de calzada (trabajos contemplados en el Mantenimiento Rutinario) permite mantener los Niveles de Servicio de los Sub Tramos Existentes, dentro del rango de seguridad y transitabilidad exigido en el Contrato de Concesión.

50. Cabe señalar teniendo en cuenta todo lo mencionado en los párrafos anteriores, que la empresa concesionaria realizó las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, pero incumpliendo las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión, y detalladas en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes.

51. Lo anterior se evidencia con la remisión por parte de OSITRAN a la empresa concesionaria COVIPERU de la Notificación de Incumplimiento Nº 001-GS-08, que se efectuó luego de haber enviado inicialmente la Notificación de Parámetro de Condición Insuficiente, dado que luego de los plazos establecidos en este último, la empresa concesionaria no levantó las observaciones plasmadas en dicha notificación, realizando trabajos de bacheo sin seguir las especificaciones del Manual AIPPCR/PIARC.

52. Según lo antes mencionado, y de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio Nº 2217-09-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Grave, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 15.2º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).

53. Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo a lo que establece el Artículo 61º del RIS, y teniendo en consideración que la empresa COVIPERU se encuentra en la escala de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales mayores a 20 mil UIT y menores de 50 mil UIT, la multa a ser determinada podría alcanzar un monto máximo de 180 UIT.

54. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de la infracción tipificada en el Artículo 15.2º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde determinar la sanción aplicable conforme a lo señalado en el Artículo 4º del RIS y a los criterios señalados en el numeral 3) del Artículo 230º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

Av. República de Panamá Nº 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel.: (511) 440-5115
Fax: (511) 421-4739
E-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

En aplicación del principio de razonabilidad para graduar la sanción, se realiza teniendo en cuenta:

i) **La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición de la comisión de infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y el beneficio ilegalmente obtenido.-** En el presente caso, cabe tener en cuenta que de acuerdo al Informe Nº 390-09-GS-OSTRAN, en el incumplimiento de efectuar las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión, y en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes, en lo que se refiere al Estado Peruano y OSITRAN no es posible cuantificar una afectación directa y en lo que se refiere a los usuarios finales, el mismo informe señala que la disminución de los Niveles de Servicio de la Vía, falta de señalización horizontal y vertical, guardavías dañados, huecos en calzada y bermas, fisuras, grietas, etc., afecta directamente en los costos de operación vehicular, seguridad y tiempo del usuario. En tal sentido, COVIPERU realizó las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión pero incumpliendo las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión, y detalladas en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes.

Asimismo, cabe recordar que conforme al Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361° del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. En esta medida, se advierte que la conducta de la concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado al usuario final, por cuanto al realizar las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión, y detalladas en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes, afectó directamente en los costos de operación vehicular, seguridad y tiempo, lo cual no pasaría en el caso de haber ejecutado las labores de Mantenimiento Rutinario, conforme lo establece el Contrato de Concesión.

Por otro lado, se debe mencionar que de la revisión efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se ha verificado que no existe antecedente, de sanción o conducta similar en años anteriores, para con la empresa concesionaria COVIPERU, **por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva.**

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos** por la empresa concesionaria, el numeral 6 del Informe Nº 390-09-GS-OSITRAN señala que, "*El beneficio directo del Concesionario está en NO efectuar el gasto en Mantenimiento*

Rutinario, costo incluido como parte de la Conservación de la vía desde la Toma de Posesión. El posible ahorro de recursos es aproximadamente de US$ 115,000[2] por cada mes no ejecutado."

Sobre el particular, cabe mencionar que de acuerdo al Acta de Inspección Nº 060-08 del 08 de agosto del 2008, se constató que COVIPERU había cumplido con levantar los defectos notificados, quedando por levantar las observaciones de fisuras y grietas en calzada y bermas dentro del programa técnico presentado. COVIPERU evaluó la forma de levantar las observaciones de la calzada y bermas "proponiendo" una mejor alternativa para atender las deficiencias notificadas con lo cual lograría espaciar a un periodo mayor los trabajos de mantenimiento posterior, la cual fue presentada mediante la Carta Nº C.862.08, del 18 de agosto de 2008.

Al respecto cabe señalar, que de acuerdo a lo señalado en el numeral 4.21 del Informe Nº 390-09-GS-OSITRAN, COVIPERU reportó la conclusión de los mencionados trabajos, que fue verificada por OSITRAN, mediante el Acta de Reunión de Trabajo "in situ" Nº 011-09, de fecha 06 de abril de 2009.

Por lo tanto, al haber levantado las observaciones consignadas en la Notificación de Incumplimiento, el beneficio indicado en el informe anteriormente mencionado, habría sido compensado, en el sentido de que la empresa concesionaria, tuvo que ejecutar las labores correspondientes para el levantamiento de las observaciones mencionadas, por lo tanto, no se evidenciarían en la actualidad, dichos beneficios, ya que las labores de Mantenimiento Rutinario se habrían culminado posteriormente a la fecha de la notificación mencionada.

ii) **Teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se ha podido observar, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente los trabajos de Mantenimiento Rutinario que debía realizar, no obstante ello, incumplió con dicha obligación. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia por parte de la empresa concesionaria COVIPERU para el cumplimiento de la obligación contractual aludida.

iii) **La finalidad de la Sanción Pecuniaria.-** Tal como se ha mencionado anteriormente para la aplicación de una sanción administrativa, como son las multas, debe tenerse en cuenta que la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, por lo que en el presente caso corresponde imponer una multa que sea capaz de disuadir a la empresa concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas.

55. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión recomienda imponer como sanción una multa ascendente a diez (10) UIT a la empresa COVIPERU, por realizar las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, sin cumplir con las condiciones

[2] *Fuente: Flujo de Caja Referencial COVIPERU, de los documentos de Cierre Financiero. (CFG)*

técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión y en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes, evidenciado con la remisión por parte de OSITRAN, de la Notificación de Incumplimiento Nº 001-GS-08, contenida en el Oficio Nº 1407-08-GS-OSITRAN.

56. Luego de la revisión del informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución;

57. De conformidad con el Numeral 15 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución Nº 008-2006-CD-OSITRAN, la Gerencia General;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la empresa COVIPERU realizó las labores de Conservación y Mantenimiento de la infraestructura vial de la Concesión, sin cumplir con las condiciones técnicas estipuladas en las Cláusulas 7.2 y 7.3 del Contrato de Concesión y en el Volumen 1 del Manual de Conservación de Carreteras de la AIPCR/PIARC, Edición 1994, conforme lo establece el Contrato de Concesión en los Sub Tramos 2, 3 y 5 existentes, evidenciado con la remisión por parte de OSITRAN, de la Notificación de Incumplimiento Nº 001-GS-08, contenida en el Oficio Nº 1407-08-GS-OSITRAN; dicho incumplimiento está tipificado en el artículo 15.2º del el RIS como una infracción GRAVE.

SEGUNDO: Imponer a la empresa COVIPERU como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a diez (10) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º de el RIS.

TERCERO: Notificar la presente Resolución a la empresa COVIPERU.

CUARTO: Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General

Reg. Sal. GG- Nº 21773-09