



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Nº 006-2010-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, 15 de enero de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 07-2009-GS-OSITRAN, el escrito de Reconsideración presentado por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERU) con fecha 14 de diciembre de 2009, y el Informe Nº 041-10-GS-OSITRAN;

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 Chíncha 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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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 N° 026-08 Inspección -Operaciones.
5. Mediante Oficio N° 828-08-GS-OSITRAN del 23 de abril del 2008, OSITRAN remitió a COVIPERU la notificación de "Detección de Parámetros Insuficientes (PCI)" N° 003-GS-08, conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión.
6. Transcurrido el plazo para la subsanación de la PCI N° 003-GS-08, con Oficio N° 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 N° 040-08 Inspección-Operaciones, registrándose las deficiencias todavía no levantadas.
8. Mediante Oficio N° 1407-08-GS-OSITRAN del 04 de junio 2008, OSITRAN remite a COVIPERU la "Notificación de Incumplimiento (NI)" N° 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: N° 003-GS-08 y la notificación NI: N° 001-GS-08.
10. Mediante el Acta de Reunión N° 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 N° 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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

13. En el Acta de Inspección N° 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 N° 390-09-GS-OSITRAN, mediante el cual, se da cuenta del presunto incumplimiento por parte de la empresa COVIPERU.
16. Mediante el Oficio N° 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:

"Habrá 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 N° C.0379.09 recibida 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 N° 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 N° 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

21. Con fecha 21 de agosto de 2009, mediante el Oficio N° 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 N° 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 N° 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 N° C.433.09 recibida el 02 de setiembre de 2009, la empresa COVIPERU remite la información solicitada mediante el Oficio N° 2798-09-GS-OSITRAN.
25. Mediante el Oficio N° 394-08-GG-OSITRAN recibido el 20 de noviembre de 2009, OSITRAN remite a la empresa COVIPERU, copia fedateada de la Resolución de Gerencia General N° 063-2008-GG-OSITRAN, en la cual se resuelve 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 N° 001-GS-08, contenida en el Oficio N° 1407-08-GS-OSITRAN, que está tipificado en el artículo 15.2° del el Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y sus modificaciones (en adelante RIS) como una infracción GRAVE.



26. El 14 de diciembre de 2009, la empresa COVIPERU presenta Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

III. CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

28. Para efectos de resolver, es necesario de manera previa, determinar la admisibilidad del Recurso de Reconsideración presentado por COVIPERU. Para ello se debe verificar que dicho recurso haya sido presentado: i) ante el órgano competente; ii) dentro del plazo legal; y iii) con una nueva prueba, de conformidad con lo establecido en el Artículo 71º del RIS, concordante con el Artículo 208º de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG).
29. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 71º del RIS, el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto materia de la impugnación, es decir ante la Gerencia General. El plazo para la presentación de dicho recurso, es de quince (15) días contados a partir del 20 de noviembre de 2009, fecha en que se notificó la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN adjunta al oficio N° 394-09-GG-OSITRAN.
30. En el presente caso, se constata que COVIPERU ha presentado su Recurso de Reconsideración dirigido a la Gerencia General, con fecha 14 de diciembre de 2009, con lo cual se considera cumplido este requisito.
31. Asimismo, en lo que respecta de la nueva prueba, el mencionado Artículo 71º del RIS señala lo siguiente:

"Artículo 71º.- Recurso de reconsideración

*El recurso de reconsideración se interpone ante la Gerencia General dentro del plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la resolución a través de la cual se hubiese impuesto la sanción y **deberá estar acompañado de una nueva prueba**. La Gerencia General tendrá un plazo de veinte (20) días contados a partir de la fecha de la recepción de la reconsideración para resolver el mencionado recurso.*

Transcurrido el plazo establecido sin que se hubiera obtenido el pronunciamiento respectivo, el interesado podrá considerar denegado su pedido pudiendo interponer el recurso de apelación."

(El subrayado es nuestro)

32. Como puede observarse, para la norma peruana no cabe la posibilidad que la autoridad administrativa pueda cambiar el sentido de un acto administrativo a sola petición, pues es de suponerse que la autoridad ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe aplicar al caso concreto; por ello, no es posible que se pretenda modificar el acto administrativo con tan solo presentar un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. En consecuencia, para hacer posible el cambio de criterio, la norma "...exige que se



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración¹.

33. En ese sentido, la doctrina administrativa señala que no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, la presentación del documento original cuando en el expediente obraba una copia simple, entre otras². (El subrayado es nuestro).
34. El Recurso de Reconsideración presentado por COVIPERU, de fecha 14 de diciembre de 2009, acompaña el siguiente documento como supuesta nueva prueba:
- Informe emitido por Construcción y Administración S.A. remitido mediante Carta N° C.197 GP-09 de fecha 11 de diciembre de 2009.
35. Al respecto, analizaremos cada uno de los argumentos señalados en el mencionado documento a fin de determinar en primer lugar si constituye nueva prueba y, de ser el caso, si se han presentado argumentos para declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto.

IV. ANÁLISIS

36. A continuación se procederá a analizar los argumentos presentados por la empresa concesionaria COVIPERU en su Recurso de Reconsideración:
- a) De la suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador
 - b) Del cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y el supuesto incumplimiento contractual



a) De la suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador

37. Respecto al literal a) en el numeral 3 de su Recurso de Reconsideración, la empresa concesionaria manifiesta lo siguiente:



"3. SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

....

3.2 OSITRAN mediante la resolución impugnada señala que no resulta procedente suspender el procedimiento administrativo sancionador iniciado, habida cuenta que en el aludido proceso arbitral no se



¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Séptima Edición, Revisada Actualizada, Gaceta Jurídica. Agosto 2003. Pág. 455

² Ibidem.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

habría sometido a discusión, ni vendría siendo cuestionada la obligación de prestar Mantenimiento Rutinario.

Al respecto, reiteramos nuestra solicitud de suspensión del presente procedimiento administrativo sancionador, habida cuenta que el procedimiento administrativo sancionador se encuentra directamente vinculado a la decisión a la que se arribe en el proceso arbitral iniciado en forma previa por las partes del Contrato de Concesión.

- 3-3 En efecto, y como hemos señalado anteriormente, en virtud del arbitraje en curso se definirán los alcances de la obligación contenida en el Contrato de Concesión respecto del tipo de mantenimiento que debe ser efectuado en los sub tramos a devolver, el mismo que de acuerdo a nuestra posición, contempla la realización de un Mantenimiento Rutinario que cumpla con asegurar un tráfico fluido, pero sin que ello signifique el cumplimiento de los niveles de servicio previstos en el Anexo I del Contrato de Concesión; ello en atención al texto del propio Contrato de Concesión y al estado preexistente de la vía, que requería la ejecución de un Mantenimiento Periódico previo que permitiera alcanzar dichos parámetros.
- 3-4 En este sentido, y de acuerdo a la interpretación del Contrato de Concesión efectuada por el Regulador mediante la resolución impugnada, la Sociedad Concesionaria estaría obligada a efectuar Mantenimiento Rutinario en dichos sectores de la vía, cumpliendo con los niveles de servicio contemplados en el Anexo I del Contrato de Concesión. Dicha interpretación resulta por demás contraria a la lógica de un Mantenimiento Rutinario, conforme pasaremos a exponer en párrafos siguientes y según ha sido sustentado mediante Carta N° 197 GP - 09, emitido por la empresa Construcción y Administración S.A. - CASA.
- 3-5 En este orden de ideas, el laudo arbitral que sea expedido repercutirá inevitablemente sobre el presente procedimiento sancionador, habida cuenta que de confirmarse nuestra posición en el sentido que el Mantenimiento Rutinario previsto por el Contrato de Concesión para dichos sectores debe solamente asegurar el tránsito fluido, y que por tanto no nos encontramos obligados a efectuar un Mantenimiento Periódico ni tampoco un Mantenimiento Rutinario en los términos planteados por OSITRAN en el presente procedimiento, no existiría obligación a nuestro cargo respecto de lo





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

que nos imputa OSITRAN, por lo que tampoco podría existir incumplimiento de la misma.

3.6 De continuarse la tramitación del presente procedimiento sin contar previamente con el pronunciamiento definitivo del Tribunal Arbitral, que interprete el Contrato de Concesión estableciendo los alcances del mismo, podría presentarse el negado pero posible supuesto en el cual el Tribunal Arbitral interprete el Contrato de Concesión en un sentido, y que sin embargo OSITRAN efectuó una lectura distinta del Contrato, determinando que COVIPERU ha incumplido sus obligaciones contractuales de mantenimiento. Por tal motivo, es necesario suspender el procedimiento administrativo sancionador -y no su conclusión o archivo- hasta que el Tribunal Arbitral interprete el Contrato de Concesión y establezca de manera definitiva los alcances de la obligación contractual cuyo supuesto incumplimiento es alegado por OSITRAN.

3.7 Cabe señalar que la continuación del presente procedimiento administrativo sin contar previamente con el pronunciamiento final del Tribunal Arbitral sobre un tema sobre el cual ha asumido competencia, significara que el Regulador se avoque a una causa que se encuentra en discusión en sede arbitral, vulnerándose el Numeral 2 del Artículo 139 de la Constitución Política del Perú que establece expresamente que ninguna autoridad podrá avocarse a causas pendientes ante el Órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones.

3.8 De igual forma, la continuación del procedimiento administrativo sin que se haya determinado previamente el alcance de las obligaciones cuyo incumplimiento se alega, significara la violación al Principio de Tipicidad, previsto en el Artículo 2 de la Constitución Política del Perú y en el Numeral 4 del Artículo 230 de la Ley No.27444, considerando que el alcance de las obligaciones de cargo de la Sociedad Concesionaria deberá ser establecido previamente, para posteriormente determinar la comisión o no de una infracción a dicha obligación.

3.9 Por lo expuesto, reiteramos nuestra solicitud de suspender el presente procedimiento administrativo sancionador, hasta que el Tribunal Arbitral, en use de la facultad de interpretación contractual prevista por el Contrato de Concesión, establezca los alcances de la obligación materia de discusión."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

38. Sobre el particular, como se ha venido mencionando a través de nuestros informes, 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.
39. Respecto a ello, cabe señalar que en los numerales 30 al 36 de la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN, se trató este argumento, tal como se transcribe a continuación:

"... 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 N° 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*





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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 N° 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*





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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.
- Replantedo 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.

40. Tal como se ha podido apreciar la Gerencia General de OSITRAN ya se manifestó, en la Resolución impugnada, respecto al presente punto argumentado por la empresa COVIERU.

b) Del cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y el supuesto incumplimiento contractual

41. Respecto de este literal, en el numeral 4 de su Recurso de Reconsideración, la empresa concesionaria manifiesta lo siguiente:

"4. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO Y EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

....

4.3 Al respecto debemos señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, los Niveles de Servicio previstos en el Anexo I del Contrato de Concesión no resultan de aplicación a los sub tramos a devolver, habida cuenta que el Contrato solo exige que estos aseguren el "trafico fluido" sin que puedan ser medidos dichos parámetros y que por tanto tampoco sean aplicables los

11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

procedimientos de medición previstos en el Anexo I, que generaron las notificaciones referidas en el párrafo precedente.

- 4.4 En este sentido, y de acuerdo a la Cláusula 7.2 del Contrato de Concesión, dichos niveles de servicio serán exigibles únicamente cuando entren en operación los nuevos sub tramos que reemplazaren a los existentes. La Cláusula 7.2 del Contrato de Concesión es clara en este sentido al señalar que:

En los Sub-Tramos nuevos a ser construidos en /as 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 a/ 94+560 (Intercambio Chincha Alta - Empalme San Andrés), mientras no se hayan terminado las Obras de Construcción del Tramo que los reemplazara, la SOCIEDAD CONCESIONARIA estará obligada a realizar un Mantenimiento Rutinario con el objetivo de asegurar un trafico fluido.

..."

(el subrayado y la negrita son nuestros)

- 4.5 Queda claro entonces que la Sociedad Concesionaria solo se encuentra obligada a realizar en los sub tramos a devolver un Mantenimiento Rutinario que asegure un trafico fluido, siendo exigibles los niveles de servicio del Anexo 1 únicamente a partir de la entrada en operación de los sub tramos que reemplacen a estos últimos. Por tal motivo, no resultan de aplicación los niveles ni los procedimientos previstos en el referido Anexo y que generaron las notificaciones antes aludidas.

..."

- 4.2. Al respecto, también la Resolución impugnada se ha pronunciado sobre lo que la empresa concesionaria argumenta en este punto, tal como se puede apreciar en los numerales 42 al 44 de ella como a continuación se aprecia:

"4.2. Sobre el particular cabe señalar, tal como se indicó en el Informe N° 390-GS-09-OSITRAN, que la cláusula 7.2 del Contrato establece que los parámetros de condición y serviciabilidad indicados en el Anexo I





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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."

43. Tal como se ha podido apreciar la Gerencia General de OSITRAN ya se manifestó, en la Resolución impugnada, respecto al presente punto argumentado por la empresa COVIERU.

44. Asimismo, en el numeral 4.11 de su Recurso de Reconsideración, la empresa concesionaria manifiesta lo siguiente:

"4. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE MANTENIMIENTO Y EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

...

4.11 En el presente caso y considerando el estado estructural en que dichos sub tramos fueron entregados por el Estado, y que su uso sería solamente temporal dado que serían reemplazados prontamente por los nuevos sub tramos, el Contrato no previó un Mantenimiento Periódico que recupere los niveles de servicio y tampoco un Mantenimiento Rutinario que preserve dichos niveles dado que estos no fueron alcanzados.

En este orden de ideas, resulta totalmente coherente lo dispuesto por la Cláusula 7.2 en el sentido de efectuar labores de Mantenimiento Rutinario en los sub tramos aludidos asegurando un tráfico fluido, pero sin que sean aplicables los niveles de servicio previstos en el Contrato.

45. Al respecto, también la Resolución impugnada se ha pronunciado sobre lo que la empresa concesionaria argumenta en este punto, tal como se puede apreciar en el numeral 49 de dicha resolución, como a continuación se aprecia:

"49. Sobre este aspecto cabe señalar, tal como se precisó en el Informe N° 390-09-GS- OSITRAN, que no sólo la Puesta a Punto permite



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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. "

46. Tal como se ha aprecia, la Gerencia General de OSITRAN ya se pronunció, en la Resolución impugnada, respecto al presente punto argumentado por la empresa COVIERU, así como en los puntos siguientes de su Recurso de Reconsideración que son similares sobre los que ya se ha pronunciado la Gerencia General.
47. Como se puede apreciar, las argumentaciones formuladas por COVIPERU en el Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN presentado con fecha 14 de diciembre de 2009, son similares con las realizadas en sus Descargos presentados con fecha 23 de julio de 2009 ante la notificación del Oficio N° 2217-09-GS-OSITRAN, y que fueron ya consideradas y evaluadas para la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN.
48. Por lo tanto, se considera que no hay argumentación diferente a la ya presentada, que deba ser nuevamente reevaluada, en vista de que la Gerencia General, ha considerado todos aquellos aspectos en el momento de emitir la resolución mencionada.
49. Con respecto al Informe emitido por Construcción y Administración S.A. remitido mediante Carta N° C.197 GP-09 de fecha 11 de diciembre de 2009, y presentado como nueva prueba, y tal como lo hemos señalado el numeral 49 de la Resolución impugnada, *"...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. Por lo tanto, tal como se puede apreciar, el argumento presentado por la empresa concesionaria en el Informe presentado como nueva prueba, ha sido materia de pronunciamiento considerado al momento de emitirse la mencionada Resolución, por lo tanto, no contribuye a producir convicción en la Administración, respecto de los hechos





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

alegados por el recurrente, por lo que no resulta procedente para habilitar un cambio de criterio.

51. Por lo expuesto, con relación al documento presentado como nueva prueba por la recurrente contiene argumentos que ya han sido materia de pronunciamiento, razón por la cual dicho instrumento no constituye nueva prueba;

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 063-2009-GG-OSITRAN, por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar la presente Resolución a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y comunicar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General (e)



Reg. Sal. N° GG-1460-10