



EXPEDIENTE : 24-2018-TSC-OSITRAN

APELANTE : ARNULFO MICHAEL VALDIVIA PORTUGAL

ENTIDAD PRESTADORA : CONCESIONARIA PERUANA DE VÍAS S.A.

ACTO APELADO : Resolución N° COV-GO-REC-02-2017

### RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 10 de junio de 2019

**SUMILLA:** *De acuerdo al Contrato de Concesión, la ejecución de labores de construcción así como las exoneraciones que deriven de ello, no exceptúa a la Entidad Prestadora de garantizar que la transitabilidad de los vehículos se realice de forma segura y en condiciones adecuadas.*

*En tal sentido, en caso se acredite que los daños ocasionados a un vehículo que transita por la vía concesionada, se debieron a que no se cumplió con garantizar dicha transitabilidad, la Entidad Prestadora será responsable ante el usuario por dichos daños.*

### VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por el señor ARNULFO MICHAEL VALDIVIA PORTUGAL (en adelante, señor VALDIVIA o el apelante) contra la decisión contenida en la Resolución N° COV-GO-REC-02-2017, emitida por CONCESIONARIA PERUANA DE VÍAS S.A. (en adelante, COVINCA o la Entidad Prestadora); y

### CONSIDERANDO:

#### I.- ANTECEDENTES:

- 1.- Mediante Hoja de Reclamación N° 000004 de fecha 29 de setiembre de 2017, el señor VALDIVIA manifestó lo siguiente:
  - i. Con fecha 23 de setiembre de 2017, mientras se dirigía por el kilómetro 1116 de la carretera Moquegua hacia Arequipa, su vehículo se despistó a consecuencia de la presencia de cascajo sobre la carretera.
  - ii. Producto de dicho despiste, su vehículo de marca Hyundai de placa N° AFJ-055 sufrió daños materiales, solicitando la reposición de los autopartes que se dañaron consecuencia del mismo.



- 2.- Mediante Resolución N° COV-GO-REC-16-2017, del 13 de octubre de 2017, COVINCA declaró infundado el reclamo presentado bajo los siguientes argumentos:
- i.- De acuerdo con la copia Certificada N° 090-2017-REGPOL-M/DIVPOS-C.L emitida por la Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP) en la cual se constata el Acta de Intervención Policial a las 18:30 horas del 23 de setiembre de 2017, el vehículo marca Hyundai de placa N° AFJ-055 de propiedad del señor VALDIVIA, se despistó a la altura del Kilómetro 1116 a consecuencia de que la pista se encontraba llena de piedras.
  - ii.- Se adjuntaron diez (10) fotografías que muestran un auto descarrilado fuera de la calzada.
  - iii.- Los documentos adjuntados por el señor VALDIVIA no evidencian que el accidente ocurrido a la altura del kilómetro 1116 sea atribuible a un accionar de COVINCA. Con relación a las fotografías, precisó que si bien se observan residuos de materia granular en la calzada, no acredita que dichos residuos se hayan encontrado antes de haberse producido el accidente.
  - iv.- El 21 y 22 de setiembre de 2017, estuvieron realizando trabajos de colocación granular entre los kilómetros 1116 y 1120, los cuales se realizaron sobre la berma, mas no en la calzada, sección de la vía por la cual deben de transitar los vehículos conforme a las normas de tránsito respectivas. El día 23 de setiembre de 2017, su personal no realizó trabajos en el referido sector por encontrarse en una capacitación de seguridad.
  - v.- Viene cumpliendo con las medidas mínimas de seguridad y procedimientos de ejecución de obras a fin de no solamente señalar la vía de forma adecuada, sino también dejar la calzada en el mejor nivel de transitabilidad y seguridad para los usuarios.
  - vi.- Por tanto, si bien se ha alegado que el accidente se produjo debido a los trabajos realizados en la vía, ello no ha sido probado de forma fehaciente ni que los casquillos de piedra haya sido el hecho generador del daño alegado por el señor VALDIVIA.
  - vii.- Sin perjuicio de ello, precisó que de conformidad con el numeral 3.4 del anexo 1 del Contrato de Concesión (índices de serviciabilidad), no tienen la obligación de realizar el mantenimiento rutinario en la carretera recibida, sino hasta después de la ejecución puesta a punto. No obstante, cumplen con realizar actividades de mantenimiento, tales como limpieza de calzada, señalización y dispositivos de seguridad vial a fin de garantizar el tránsito de los usuarios en la referida vía.



- viii.- De acuerdo con su reglamento, COVINCA en ningún caso asumirá responsabilidad por los actos propios de la víctima, actos de terceros o eventos que califiquen como caso fortuito o fuerza mayor.
- ix.- Finalmente, indicó que no puede hacerse responsable por el exceso de velocidad en que transitan los vehículos, ni por el hecho de que estos circulen por sectores de derecho de vía que no sean aptos para el tránsito regular.
- 3.- El 03 de noviembre de 2017, el señor VALDIVIA interpuso recurso de reconsideración contra la decisión contenida en la Resolución N° COV-GO-REC-16-2017 solicitando una indemnización por concepto de reparación y gastos administrativos, para lo cual señaló lo siguiente:
- i.- Corresponde que se declare la nulidad de la resolución recurrida, en la medida que no cuenta con sustento legal e incurre en falta de motivación.
  - ii.- Conforme lo indicado en la investigación policial, el accidente se produjo por la existencia de residuos de piedra y arena en el kilómetro 1116 de la carretera. En la referida investigación la Policía Nacional del Perú señaló que el accidente se produjo debido a los trabajos realizados por COVINCA, habiendo dejado residuos de piedra en la pista.
  - iii.- En efecto, del Informe N° 019-2017-REGPOL-M.-C.L.A. SIAT la Policía Nacional del Perú concluyó que el factor interviniente y predominante que originó el accidente, fue la presencia de gravilla, esto es, desechos de piedras pequeñas en regular cantidad que estuvieron presentes al momento del accidente a consecuencia de los trabajos a *medio terminar* de parte de COVINCA en las bermas laterales de la vía.
  - iv.- De conformidad con los elementos que conforman la responsabilidad civil extracontractual, COVINCA ha actuado con culpa, pues de acuerdo con el informe policial, la Entidad Prestadora tiene responsabilidad objetiva al utilizar elementos riesgosos y actividades peligrosas, existiendo así el nexo causal entre dicha actividad peligrosa y los daños ocurridos.
- 4.- A través de la Resolución N° COV-GO-REC-02-2017 del 18 de octubre de 2017, COVINCA declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por el señor VALDIVIA, reiterando los argumentos esbozados en la resolución que desestimó su reclamo, agregando lo siguiente:
- i.- No corresponde declarar la nulidad de la resolución recurrida, en la medida que COVINCA ha realizado un análisis sobre la base de los medios probatorios adjuntados por el señor VALDIVIA, así como respecto de los documentos relacionados con los



trabajos constructivos que realizó en la fecha que ocurrió el accidente, estando dicha resolución debidamente motivada.

- ii.- Respecto al Informe N° 019-2017-REGPOL-C.L.A. SIAT elaborado por la comisaria de Los Angeles de la Región Policial de Moquegua, precisó que dicho informe señaló que "aparentemente" el vehículo del señor VALDIVIA se accidentó por haber intentado frenar el mismo debido a la presencia de piedrecillas en la pista asfáltica, consecuencia de lo cual el vehículo derrapó ocasionado que perdiera el control del volante.
- iii.- Asimismo, de dicho Informe N° 019-2017-REGPOL-C.L.A.SIAT, se desprende que la PNP llegó a las siguientes dos conclusiones: i) el accidente se produjo "aparentemente" por la presencia de residuos en la vía; y, ii) los residuos encontrados en la vía fueron consecuencia del paso de vehículos pesados sobre la berma, lo cuales en horario nocturno y fuera de su horario de trabajo, lanzan residuos a la zona asfaltada.
- iv.- Por otro lado, en el Acta de Constatación Policial de fecha 27 de setiembre de 2017, se verificó el tipo de trabajo que se venía efectuando en la vía, así como las medidas de seguridad implementadas para alertar sobre dichos trabajos.
- v.- Asimismo, se dejó constancia que fueron vehículos los que habrían lanzado el material a la vía a consecuencia que invadieron las bermas en las cuales se habían realizado trabajos de construcción.
- vi.- En efecto, señaló que cumplieron no solo con informar sobre los trabajos que se venían realizando entre el kilómetro 988 y el kilómetro 1146, sino que además cumplieron con colocar las señalizaciones de restricción de tránsito correspondientes en las bermas en las cuales se encontraban ejecutando trabajos de construcción.
- vii.- Sin perjuicio de ello, han implementado actividades de mantenimiento rutinario para la transitabilidad en todos los sub tramos de la concesión, los cuales se refieren a la limpieza de la calzada, señalización y dispositivos de seguridad vial a fin de garantizar el tránsito de los usuarios de dicha vía, las cuales se realizan de forma controlada por su personal contratado.
- viii.- Los artículos 1330 y 1331 del Código Civil establecen que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; ocurriendo de igual manera con la prueba de los daños y perjuicios.
- ix.- Por otro lado, el señor VALDIVIA señaló que se habría actuado con culpa, existiendo responsabilidad objetiva, al haber realizado actividades peligrosas y riesgosas, por lo que de conformidad con el artículo 1970 del Código Civil, existiría nexo causal entre dicha actividad y los daños ocasionados al apelante. Sin embargo, no se ha



considerado el artículo 1972 del referido dispositivo, según el cual el autor del hecho no está obligado a reparar cuando el daño cuando este fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

- x.- En el presente caso, COVINCA no está obligado a la reparación, pues de conformidad con el Informe N° 019-2017-REGPOL-C.L.A.SIAT y el Acta de Constatación Policial de fecha 27 de setiembre de 2017, las piedras encontradas en la vía llegaron allí consecuencia del tránsito de vehículos pesados por la berma de dicha vía.
  - xi.- Por ello, en el presente caso no existe un vínculo directo que acredite que la aparente presencia de residuos en la vía se haya debido a una responsabilidad directa o a negligencia de su parte.
- 5.- Con fecha 21 de diciembre de 2017, el señor VALDIVIA interpuso recurso de apelación contra la decisión contenida en la Resolución N° COV-GO-REC-02-2017 reiterando los argumentos esbozados tanto en el reclamo con el recurso de reconsideración, agregando lo siguiente:
- i.- La resolución no se encuentra legal, ni debidamente motivada, de modo que adolece de causal de nulidad insubsanable.
  - ii.- Conforme a lo indicado en la investigación policial, se concluyó que el factor interviniente predominante (del accidente) fue la presencia de piedras pequeñas (gravilla) de lo que se desprende que si existió vínculo entre los hechos y la causa que la motivaron.
  - iii.- No se ha tomado en cuenta la Copia Certificada N° 090-2017-REG-DIVPOS-C.L., referida al Acta de Constatación Policial, en la cual se indicó que lo que produjo el accidente fueron las piedrecillas que estaban en la carretera en una longitud de 100 metros.
  - iv.- Teniendo en cuenta que COVINCA realizó trabajos sobre la berma, siendo este el motivo de la presencia de piedras en la carretera, se advierte que dicha Entidad Prestadora no cumplió con las normas de previsión, hecho que devino en el accidente.
  - v.- No se ha negado la existencia de piedras en la calzada y que las mismas se encontraban como consecuencia de los trabajos sobre la berma por parte de COVINCA; sin embargo, COVINCA manifiesta que la presencia de dichas piedras en la vía, se habría debido a que vehículos pesados trasladaron las mismas a la vía, habiendo señalado la Entidad Prestadora por qué no pudo prever tal situación.



- vi.- Si bien la PNP ha manifestado que la presencia de las piedras sobre la berma podrían haber sido consecuencia del paso de vehículos pesados, no se ha analizado por qué COVINCA no limpió la calzada.
- vii.- En el presente caso se han configurado los elementos de responsabilidad civil, es decir se acreditado el daño, el hecho generador, la relación de causalidad y los criterios de imputación
- 6.- El 16 de enero de 2018, COVINCA elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo, adjuntando su escrito de absolución en el que manifestó lo siguiente:
- i. Con relación a la falta de motivación alegada por el señor VALDIVIA, precisó que la evaluación del expediente de reclamo N° 004-2017-COV-GO-REC-OF.MO se ha tramitado conforme lo establecen los Reglamentos de Atención de Reclamos de CONVICA y OSITRAN respectivamente, cumpliendo así con cada una de las etapas conforme a ley.
- ii. Siendo así, tanto en la Resolución N° COV-GO-REC-16-2017 como N° COV-GO-REC-02-2017, se absolvió cada uno de los argumentos planteados por el señor VALDIVIA, analizando no solo cada una de las pruebas presentadas, sino también evaluando en el marco del Contrato de Concesión y leyes aplicables, por lo que lo señalado por el apelante en este extremo debe ser rechazado.
- iii. Respecto a las opiniones precisadas por el señor VALDIVIA, referidas a cómo debían de ser ejecutadas las obras, así como los materiales a utilizar; cabe señalar que el marco del Contrato de Concesión con COVINCA, la ejecución de obras cuenta con una supervisión directa de consorcio contratado y con la fiscalización constante de OSITRAN.
- iv. Sobre el proceso de ejecución de obras a puesta punto, señaló que la actividad de nivelación de bermas se compone de las actividades incluidas en el volumen II-Especificaciones Técnicas del Estudio de Ingeniería aprobado bajo Resolución Directoral N° 783-2015-MTC/20: i) sección 3001-Escarificado de base granular existente, ii) sección 305-Base Granular; y, iii) sección 405-Tratamiento superficiales.
- v. Asimismo, que cada una de estas etapas tienen diferentes duraciones, así como revisiones parciales por parte del supervisor para su aceptación, pues las actividades nunca se ejecutan en un solo periodo. De conformidad con las Especificaciones Técnicas en el EDI, respecto al acabado, limpieza y eliminación de sobrantes; una vez terminada la compactación de cada capa, se barrera la superficie del tratamiento para eliminar todo exceso de agregados que haya quedado suelto sobre la superficie,



operación que deberá continuarse aun después de que el tramo con el tratamiento haya sido abierto al tránsito.

- vi. En ese sentido, el señor VALDIVIA no puede temerariamente señalar que llevaron cascajo y piedras al lugar, cuando los días 21 y 22 de setiembre de 2017, se venían realizando trabajos de colocación de base granular entre los kilómetros 1116 y 1120, ocurriendo que dichos trabajos se realizaron sobre la berma y los elementos de construcción empleados fueron usados en estricto cumplimiento del EDI aprobado, no existiendo observación alguna de parte del consorcio supervisor.
  - vii. Sobre el argumento referido a que los trabajos se encontraban a medio terminar, existen etapas de ejecución de actividades que implican varios elementos de instalación, revisión de ensayos de calidad, así como la supervisión de la empresa contratada para ello. Por tanto, en el presente caso la actividad de nivelación de bermas se encontraba en etapa de colocación de la base granular, la cual a la fecha del accidente estaba finalizada y a la espera de la evaluación de calidad del producto, por lo que no se puede señalar que los trabajos se encontraban inconclusos pues cumplieron con terminar una etapa de la construcción.
  - viii. El señor VALDIVIA confirma lo indicado por la PNP respecto a que la gravilla se desperdiga por la calzada debido al paso de los vehículos de alto tonelaje por la berma.
  - ix. Ahora bien, de conformidad con el Glosario de Términos de Uso frecuente en proyectos de infraestructura vial aprobado por Resolución Directoral N° 18-2013-MTC-/14, la berma es una parte de la plataforma cuya función no es la de circulación de vehículos, sino la de realizar paradas en caso de emergencia, mientras que la superficie de la rodadura es la franja diseñada para la circulación de vehículos, siendo esta última la sección por donde deben transitar y no la berma.
  - x. De acuerdo con el Plan de Tránsito Provisorio aprobado mediante Oficio N° 2196-2016-JCRV-GSF-OSITRAN del 26 de mayo de 2016, durante la ejecución de las obras se disponen de dispositivos que informen al usuario de la ejecución de obras en la vía, tales como señalización y delimitadores, entre otros. Asimismo, dispusieron la entrega de volantes informativos en los peajes para ser entregados a los usuarios.
  - xi. Finalmente, no le puede atribuir responsabilidad directa o negligencia por el exceso de velocidad de los vehículos que transitan por la carretera, por el hecho de que estos circulen por sectores de derecho de vía que no sean aptos para el tránsito regular (como son las bermas) o cualquier evento de fuerza mayor.
- 7.- El 22 de mayo de 2019 se realizó la audiencia de vista de la causa contándose con la asistencia de COVINCA, quien expresó los argumentos de su defensa, quedando la causa al voto.



## II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

8.- Corresponde dilucidar en la presente resolución lo siguiente:

- i.- Determinar la procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la decisión contenida en la Resolución N° COV-GO-REC-02-2017 emitida por COVINCA.
- ii.- Determinar si corresponde amparar el reclamo presentado por el señor VALDIVIA.

## III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

### III.1.- EVALUACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 9.- La materia del presente procedimiento está referida al cuestionamiento del señor VALDIVIA por los daños que habría presentado su vehículo debido a la existencia de piedras en la vía concesionada a la altura del kilómetro 1116, supuesto de reclamo contenido en el literal d) del artículo 6 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de COVINCA<sup>1</sup> y en el literal d) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN<sup>2</sup> (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN); por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo<sup>3</sup>, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

#### <sup>1</sup> Reglamento de Reclamos de COVINCA

"(...)

De acuerdo con lo anterior, los usuarios podrán presentar reclamos en los siguientes casos:

(...)

- d) Reclamos relacionados con daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios, de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo del OSITRAN, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de COVINCA, sus funcionarios o dependientes".

#### <sup>2</sup> Reglamento de Reclamos del OSITRAN

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre.

- d) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios, de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes

#### <sup>3</sup> Reglamento de Reclamos del OSITRAN

"Artículo 10.- El Tribunal de Solución de Controversias

El Tribunal de Solución de Controversias, en virtud de un recurso de apelación, declara su admisión y revisa en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por las Entidades Prestadoras y por los Cuerpos Colegiados.

Asimismo, es competente para resolver las quejas que se presenten durante los procedimientos de primera instancia. Su resolución pone fin a la instancia administrativa y puede constituir precedente de observancia obligatoria cuando la propia resolución así lo disponga expresamente conforme a ley".



- 10.- De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de Reclamos de Atención y Solución de Reclamos de Usuarios de COVINCA<sup>4</sup> y el artículo 59 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN<sup>5</sup> (en adelante, el Reglamento de Reclamos del OSITRAN), el plazo con el que cuentan los usuarios para apelar las decisiones de COVINCA respecto a sus reclamos es de 15 días hábiles, contado desde el día siguiente de recibida la notificación.
- 11.- Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:
- i.- La Resolución N° COV-GO-REC-002-2017 fue notificada al señor VALDIVIA el 30 de noviembre de 2017.
  - ii.- El plazo máximo que el señor VALDIVIA tuvo para interponer el recurso de apelación venció el 21 de diciembre de 2017.
  - iii.- El señor VALDIVIA apeló con fecha 21 de diciembre de 2017, es decir, dentro del plazo legal establecido.
- 12.- De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 218 del TULO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>6</sup> (en adelante, TULO de la LPAG), al tratarse de cuestiones de puro derecho y diferente interpretación de las pruebas producidas respecto de la responsabilidad de COVINCA por los presuntos daños ocasionados al vehículo de la usuaria.
- 13.- Verificándose que el recurso de apelación cumple con los requisitos de admisibilidad y procedencia exigidos por el marco normativo, corresponde analizar los argumentos de fondo que lo sustentan.

**4 Reglamento de Reclamos de COVINCA**

***"Artículo 21.- Recurso de apelación"***

*Procede la apelación contra la resolución expresa. El recurso de apelación deberá interponerse ante la Gerencia de Operaciones de COVINCA en un plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución".*

**5 Reglamento de Reclamos del OSITRAN**

***"Artículo 59. Interposición y Admisibilidad del Recurso de Apelación"***

*El plazo para la interposición del recurso es de quince (15) días contados a partir de la notificación del acto recurrido o de aplicado el silencio administrativo".*

**6 TULO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

***"Artículo 218.- Recurso de apelación"***

*El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico".*



### III.2.- EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

#### Sobre la falta de motivación alegada por el señor VALDIVIA

- 14.- Sobre el particular, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento de Reclamos del OSITRAN, dentro del procedimiento de reclamos las empresas prestadoras tienen el carácter de "Entidad de la Administración Pública" conforme al numeral 8 del artículo I de la LPAG<sup>7</sup>, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento y en lo no previsto, las de la referida ley.
- 15.- Por consiguiente, según lo prescrito en el artículo del 3 del TUO de la LPAG, la motivación es uno de los requisitos de validez que COVINCA debe observar cuando adopta las decisiones respecto de los reclamos de sus usuarios<sup>8</sup>. Este requisito debe estar conforme al ordenamiento jurídico.
- 16.- De acuerdo con el artículo 10 de la LPAG, una causal de nulidad del acto administrativo es el defecto u omisión de uno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación a los que se refiere el artículo 14 de la misma norma.
- 17.- Asimismo, el numeral 6.1 del artículo 6 del TUO de la LPAG prescribe que la motivación deberá ser expresa, mediante:
  - a) Una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico; y,
  - b) La exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los hechos alegados, justifican el acto adoptado.
- 18.- En ese orden de ideas, en el presente caso se observa la Resolución N° COV-GO-REC-02-2017 se aprecia que ésta contiene un análisis de fondo de los hechos reclamados y contiene las razones jurídicas que sustentan la decisión adoptada, a partir de los cuales se concluyó que no corresponde atender el pedido del usuario. En ese sentido, se evidencia que la respuesta brindada al señor VALDIVIA fue debidamente motivada.
- 19.- Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos del señor VALDIVIA referidos a la alegada ausencia de motivación de la resolución apelada, cabiendo analizar a continuación

<sup>7</sup> TUO de la LPAG

"Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley. La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.

Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública.

(...)

8.- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

<sup>8</sup> Sobre este tema ver la Resolución Final emitida en el Expediente N° 012-2011-TSC-OSITRAN.



los argumentos de fondo del recurso de apelación presentado contra la decisión de COVINCA.

### **Sobre la normativa aplicable**

- 20.- Para el presente caso, se debe de tener en consideración el artículo 63 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código del Consumidor) prescribe que la protección al usuario de los servicios públicos regulados se rige tanto por las disposiciones de dicho cuerpo normativo como por las normas del sector, siendo el ente encargado de velar por su cumplimiento el organismo regulador<sup>9</sup>.
- 21.- Esto es concordante con el inciso 7 del artículo 32 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, según el cual los Organismos Reguladores tienen entre sus funciones la defensa de los intereses de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley<sup>10</sup>.
- 22.- El señor VALDIVIA es un consumidor, de acuerdo a la definición establecida en el artículo IV del Título Preliminar del Código de Consumidor, el cual señala que poseen dicha condición las personas que son destinatarios finales de los servicios que se les brinda, en beneficio propio o de su grupo familiar o social<sup>11</sup>.

#### **<sup>9</sup> Código del Consumidor**

*"Artículo 63.- Regulación de los servicios públicos*

*La protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo".*

#### **<sup>10</sup> Ley N° 29158**

*"Artículo 32.- Organismos Reguladores*

*Los Organismos Reguladores:*

*(...)*

*7.- Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley".*

#### **<sup>11</sup> Código del Consumidor**

*"Artículo IV.- Definiciones*

*Para los efectos del presente Código, se entiende por:*

##### **1.- Consumidores o usuarios**

- 1.1.- *Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor".*



- 23.- En ese sentido, la normativa aplicable al presente caso comprende además de la regulación sectorial y el contrato de concesión, la legislación de protección al consumidor.
- 24.- En ese sentido, la normativa aplicable al presente caso comprende además de la regulación sectorial y el contrato de concesión, la legislación de protección al consumidor.

### **Respecto de las obligaciones de COVINCA**

- 25.- Conforme se observa en el expediente administrativo, el señor VALDIVIA ha manifestado que los daños fueron generados como consecuencia de que dicha Entidad Prestadora no habría realizado las labores de limpieza de la carretera, específicamente de piedras ubicadas en el kilómetro 1116 del sub tramo 2 desvío Matarani-desvío Moquegua, habiendo perdido el control y ocasionado su despiste, consecuencia de lo cual ocurrieron los daños materia de reclamo.
- 26.- Entre los argumentos esbozados por COVINCA, manifestó que no se encontraba en la obligación de realizar el mantenimiento rutinario en la carretera recibida, sino hasta después de la ejecución de puesta a punto, afirmando que el tramo a construir no se encontraba bajo la evaluación de los índices de serviciabilidad.
- 27.- En principio, corresponde precisar las obligaciones del concesionario frente al Estado y al usuario, en la operación del Tramo Vial Desvío Quilca-Desvío Arequipa (repartición)- Desvío Matarani- Desvío Moquegua- Desvío Ilo- Tacna-La Concordia.
- 28.- Por ello, un punto importante a verificar y aclarar es la alegación de parte de COVINCA referida a que de conformidad con el numeral 3.4 del anexo 1 del Contrato de Concesión (índices de serviciabilidad) la Entidad Prestadora no tiene la obligación de realizar el mantenimiento rutinario en la carretera recibida, sino hasta después de la ejecución puesta a punto, y si esta resulta una causal para que el concesionario pueda eximirse respecto de los hechos o sucesos que se puedan presentar sobre dicha vía o calzada.
- 29.- Sobre el particular, como se ha señalado, COVINCA es concesionaria del Tramo Vial Desvío Quilca-Desvío Arequipa (repartición)- Desvío Matarani- Desvío Moquegua- Desvío Ilo- Tacna-La Concordia. Como tal, está facultada a explotar económicamente la infraestructura, mediante el cobro de una tarifa a los usuarios, pero también está obligada a cumplir con sus compromisos de inversión y a prestar los servicios obligatorios en los niveles y bajo las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión<sup>12</sup>.

#### **<sup>12</sup> Contrato de Concesión**

- "2.1.- (...) Por el presente Contrato el CONCEDENTE transfiere al Concesionario la potestad de prestar el servicio a favor de los usuarios, para lo cual concede el aprovechamiento económico de los bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. Para tal fin, el CONCESIONARIO deberá cumplir con los parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con los índices de serviciabilidad, previstos en el presente Contrato".



- 30.- La relación jurídica que existe entre COVINCA y el señor VALDIVIA consiste en que la primera es proveedora de la infraestructura y el segundo es el usuario de dicha prestación<sup>13</sup>. En ese contexto, la Entidad Prestadora, como concesionaria del Tramo Vial Desvío Quilca-Desvío Arequipa (repartición)- Desvío Matariani- Desvío Moguegua- Desvío Ilo- Tacna- La Concordía, está obligada a la realización de determinados servicios que faciliten el uso de la carretera, mientras que el señor VALDIVIA está obligado a pagar la tarifa correspondiente como contraprestación.
- 31.- De acuerdo con el anexo I del Contrato de Concesión, COVINCA debe ejecutar tareas para la conservación y control de la prestación de los servicios brindados en la infraestructura a fin de garantizar los niveles de servicio establecidos, para lo cual debe de realizar actividades de mantenimiento, las cuales pueden ser rutinarias, periódicas o de emergencia.
- 32.- Respecto a la conservación y mantenimiento vial los numerales 1.9.26 y 19.27 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

**1.9.26 Conservación Vial o Mantenimiento Vial**

*Es el conjunto de actividades técnicas efectuadas a partir de la Toma de Posesión destinadas a preservar en forma continua y sostenida el buen estado de la infraestructura vial, de modo que se garantice un servicio óptimo al usuario, puede ser de naturaleza rutinaria o periódica.*

**1.9.27 Conservación Vial Periódica o Mantenimiento Vial Periódico**

*Es el conjunto de actividades programables cada cierto período, que se realizan en las vías para recuperar sus condiciones de servicio. Estas actividades pueden ser manuales o mecánicas y están referidas principalmente a: i) reposición de capas de rodadura, recapeo, colocación de capas nivelantes, tratamientos superficiales y sello, ii) reparación o reconstrucción puntual de capas inferiores del pavimento, iii) reparación o reconstrucción puntual de túneles, muros, obras de drenaje, elementos inseguridad vial y señalización, iv) reparación o reconstrucción puntual de la plataforma de carretera, que pueden incluir obras puntuales de drenaje y obras que contribuyan a la estabilidad de la misma, y v) reparación reconstrucción puntual de los componentes de los puentes tanto de la superestructura como de la subestructura.*

- 33.- Como se observa, el Mantenimiento Periódico es aquella actividad que la Entidad Prestadora está obligada a realizar con el fin de conservar la funcionalidad e integridad

<sup>13</sup> Código del Consumidor

"Artículo 45.- Contrato de consumo

*El contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica."*

de la vía, el cual es programado de acuerdo a las necesidades de restauración de la infraestructura durante la explotación de la concesión.

- 34.- Ahora bien, de acuerdo con el Informe N° 05-2017/CCVS-RAM, presentado por el propio COVINCA, del 21 al 22 de setiembre de 2017 se realizaron trabajos de reparación y colocación de base granular sobre la berma en los kilómetros 1113 y 1146. Asimismo, precisó que los días 23 y 24 de setiembre no se efectuaron trabajos de construcción.
- 35.- Siendo así, a la fecha de sucedido los hechos materia de reclamo, los tramos se encontraban en condición de ejecución de obras; por lo que de conformidad con el Anexo I del Contrato de Concesión, a ser una obra en ejecución, COVINCA no se encontraba obligada a cumplir con los índices de serviciabilidad, sin perjuicio de lo cual, se observa que la obras se encontraban ejecutando sobre la berma y no sobre la superficie de rodadura, es decir la calzada o vía por la que transitan los vehículos.
- 36.- No obstante lo señalado, el contrato de concesión establece como obligación de la Entidad Prestadora, realizar actividades de conservación de la vía desde la toma de posesión de la concesión. Al respecto, la cláusula 5.19 del respectivo contrato de concesión prescribe lo siguiente:

*"5.19. El CONCESIONARIO está obligado a realizar actividades destinadas a preservar, durante el plazo de la Concesión el estado de conservación y la naturaleza de los Bienes Reversibles recibidos del CONCEDENTE, quedando claramente acordado y entendido entre las Partes que tales bienes sufrirán el deterioro proveniente de su uso ordinario. El CONCESIONARIO está obligado también a realizar actividades de Conservación y, en general todos aquellos trabajos necesarios para mantener la operatividad de los Bienes Reversibles y eviten un impacto ambiental negativo conforme al alcance definido en el Estudio de Impacto Ambiental. El CONCESIONARIO está obligado a realizar las mejoras necesarias y útiles que requieran los Bienes Reversibles de acuerdo a los Niveles de Servicios exigidos. En todas estas tareas el CONCESIONARIO procurará tanto utilizar tecnologías de conocida efectividad, así como la introducción de nuevas tecnologías".*

[el subrayado es nuestro]

- 37.- Del párrafo anterior, se desprende que la Entidad Prestadora está obligada a realizar actividades de conservación y en general, todos aquellos trabajos necesarios para mantener la operatividad de los Bienes Reversibles desde la toma de posesión, en este caso, en la calzada por donde transitan los vehículos, ello esté sujeta o no a los niveles de serviciabilidad.
- 38.- Asimismo, se debe de tener en cuenta que las cláusulas 6.16 y 6.17 del contrato de concesión señalan lo siguiente:

*6.16 El CONCESIONARIO queda obligado, mientras ejecute las Obras, a cumplir las Leyes y Disposiciones Aplicables en materia de gestión de tráfico, contenidas en las Especificaciones Técnicas Generales para Construcción de Carreteras y el Manual de Dispositivos de Control de*



Tránsito Automotor, a seguir las indicaciones del Estudio Definitivo de Ingeniería cuando corresponda y a cumplir con las indicaciones y recomendaciones que al respecto determine el REGULADOR, las cuales no podrán establecer obligaciones adicionales para el CONCESIONARIO, a aquellas previstas en este Contrato y en las Leyes y Disposiciones Aplicables. El cumplimiento de esta obligación no implicará el pago de compensación extraordinaria alguna para el CONCESIONARIO.

- 6.17. Sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula que antecede, corresponde al CONCESIONARIO mantener transitables para todo tipo de vehículos, a su costo, los caminos públicos o variantes por los que fuera necesario desviar el tránsito a causa de la ejecución de Obras. Dichos caminos deberán permitir el tránsito y reunir todas las condiciones como para permitir un tráfico fluido.
- 39.- De lo citado en el párrafo anterior, se desprende que COVINCA contractualmente no solo se encuentra obligada a ejecutar sus labores de construcción conforme a los parámetros establecidos en las normas pertinentes, sino también a garantizar la transitabilidad de los vehículos, teniendo la potestad de realizar desvíos de ser necesario o utilizar rutas alternas, si existiera la posibilidad de que las obras en curso pudiesen poner en peligro la circulación de los vehículos.
- 40.- Siendo así, queda claro que COVINCA tenía la obligación de garantizar la existencia de una transitabilidad fluida en la zona de construcción, así como la seguridad en la circulación de los vehículos en la zona habilitada para ello.
- 41.- No obstante, inclusive si no le resultaran aplicables ciertas obligaciones al concesionario, como por ejemplo la limpieza de la calzada o vía, COVINCA tenía la obligación de informar de esta situación a sus usuarios.
- 42.- En efecto, el Contrato de Concesión establece que "los derechos inherentes a los Usuarios, consistirán básicamente en la utilización de la vía, en la posibilidad de acceder a todos los servicios obligatorios y opcionales de la concesión, a recibir un servicio conforme a lo establecido en el Contrato y **a encontrarse informado sobre las características del mismo**, y los demás que contemplan las Leyes y Disposiciones Aplicables y otros que pudieren establecerse en el contrato y normas regulatorias"<sup>14</sup>.
- 43.- Asimismo, el Código del Consumidor establece que los usuarios tienen "derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios."<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Contrato de Concesión

Cláusula 8.6.

<sup>15</sup> Código del Consumidor

"Artículo 1. - Derechos de los consumidores



- 44.- Si un consumidor no es adecuadamente informado por la entidad prestadora, entonces es razonable que en virtud del principio de la garantía implícita<sup>16</sup>, esto es la garantía generada a consecuencia del pago de la tarifa de peaje y los derechos que acarrea, espere que el servicio que se brinda corresponde a los usos y costumbres del mercado, los cuales vienen determinados por la forma en que se atiende a los usuarios en otros tramos viales.
- 45.- Se puede concluir entonces, que la expectativa razonable de un usuario de una red vial concesionada consiste en recibir un servicio de calidad.
- 46.- Por ello, teniendo en cuenta los usos comerciales en las concesiones viales, resulta razonable que un usuario espera al utilizar una carretera concesionada, que en ella se realicen todas las labores necesarias para garantizar su uso adecuado y evitar la ocurrencia de accidentes.

---

1.1.- En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b. *Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios."*

**16 Código del Consumidor**

"Artículo 20º. - Garantías

*Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.*

*Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:*

- a. *Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.*
- b. *Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se prueba específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.*
- c. *Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado."*

Al respecto, una de las maneras de cubrir las expectativas del consumidor se da a través de la garantía, que no es más que la asunción de responsabilidad del proveedor frente al consumidor, en caso el producto o servicio no satisfaga las expectativas antes mencionadas. Si no se delimita de manera expresa esta garantía, se aplicará la presunción de la garantía implícita, que se configurará en atención a los usos comerciales en cada caso particular.



- 47.- Así pues, cuando la Entidad Prestadora, por causas externas a la relación de consumo, no está obligada a cumplir con ciertas prestaciones, tiene el deber de informar expresamente cuáles son las únicas que brindará, **caso contrario se entiende que se obliga a cumplir con lo que razonablemente esperan los usuarios de la vía.**
- 48.- Dado lo expuesto, y teniendo en cuenta las normas establecidas en el Contrato de Concesión, así como los derechos recogidos en el Código del Consumidor, este Tribunal considera que COVINCA se encuentra obligada a brindar el servicio esperado en la utilización de la infraestructura vial, a efecto de los cual en el presente caso, se obliga frente a los usuarios a mantener la limpieza y condiciones operativas de la vía para el traslado seguro de los vehículos de los mismos por dicha infraestructura.
- 49.- Aclarado este punto, debe analizarse si corresponde a COVINCA asumir la responsabilidad en el accidente suscitado en el kilómetro 1118 del Tramo Vial Desvío Quilca-Desvío Arequipa (repartición)- Desvío Matariani- Desvío Moguegua- Desvío Ilo-Tacna- La Concordia.

### **Sobre los daños reclamados**

- 50.- Del expediente administrativo se observa que las partes coinciden en que el vehículo el vehículo identificado con placa N° AFJ-055, sufrió daños como consecuencia de un despiste en el kilómetro 1116 del sub tramo 2 desvío Matarani-desvío Moquegua. No obstante, existe discrepancia de las partes sobre la atribución de responsabilidad respecto del hecho generador de dicho daño.
- 51.- El señor VALDIVIA ha manifestado que COVINCA no realizó las labores de limpieza de la carretera, específicamente de unas piedras ubicadas en el kilómetro 1116 del sub tramo 2 desvío matarani-desvío Moquegua, este perdió el control ocasionando el despiste y consecuentemente los daños materia de reclamo.
- 52.- Ahora bien, de la revisión del expediente se aprecia que con la finalidad de acreditar los hechos indicados en su reclamo, el señor VALDIVIA presentó los siguientes documentos:
- Copia Certificada N° 090-17-REGPOL-M/DIVPOS-C.L.A.OGAP;
  - 4 fotografías de una vía terrestre;
  - 3 fotografías del vehículo de placa N° AFJ-055;
  - Informe N° 019-2017-REGPOL.-M.-C.L.A.;
  - Acta de Intervención Policial.
- 53.- Respecto a estas pruebas COVINCA ha señalado lo siguiente:
- El Informe N° 019-2017-REGPOL.-M.-C.L.A, no es concluyente y resulta una opinión sobre lo que aparentemente pudo haber sucedido el día del accidente,



más no una evaluación técnica a nivel de un peritaje. Resaltó que la PNP manifestó que la gravilla desperdigada sobre la calzada fue consecuencia del paso de vehículos de alto tonelaje que invaden la berma.

- Por ello, COVINCA no sería responsable pues el accidente habría sucedido por hecho de terceros, fuerzas de la naturaleza, caso fortuito o fuerza mayor.
- Si bien se realizaron trabajos de construcción en la fecha que ocurrió el accidente, estos se realizaron sobre la berma, cumpliendo con todas las medidas de seguridad y procedimientos de ejecución de obras conforme a los documentos aprobados por el concedente y el regulador.

54.- Respecto al Informe N° 019-2017-REGPOL.-M.-C.L.A de la PNP, cabe señalar que de conformidad con el artículo 7 a la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, dicha institución tiene entre otras funciones la siguiente:

*"Artículo 7º. Funciones Son funciones de la Policía Nacional del Perú las siguientes*

*(...)*

- 6. Garantizar y controlar la libre circulación vehicular y peatonal en la vía pública y en las carreteras, asegurar el transporte automotor y ferroviario, **investigar y denunciar los accidentes de tránsito**, así como llevar los registros del parque automotor con fines policiales, en coordinación con la autoridad competente*

*(...)"*

55.- En tal sentido, resulta claro que las investigaciones y consecuentes informes que pueda emitir la PNP, no pueden ser calificadas como un documento de opinión, no siendo posible desconocer el carácter técnico de dicha investigación, pues en materia de accidentes de tránsito resulta ser el órgano competente para evaluar las causas que pudieron haberlos originado.

56.- Siendo así, conviene en precisar que los literales b, c y e del numeral VI del Informe N° 019-2017-REGPOL.-M.-C.L.A, indican lo siguiente:

*"B. (...) [E]l vehículo protagonista del Accidente de Tránsito, era desplazado por la vía asfaltada, Panamericana Sur, Altura (sic) del kilómetro 1116 (...) al llegar a la zona que presenta curvas verticales y horizontales, "Aparentemente" al tratar de frenar el vehículo "derrapo" por la presencia de gravilla (Agregados) en la Pista Asfáltica lo cual hizo que perdiera el control del volante saliendo de parte de la vía (...) desarrollándose el despiste (...)".*

*C. (...) cabe indicar que en dicho lugar desde el 21 al 24 SET 17 la empresa CONSORCIO CONCESIÓN VIAL DEL SUR realiza trabajos de colocación de bermas laterales de la Panamericana Sur entre los kilómetros 1113 y 1146.720.,*

significando que por el trabajo a medio terminar dejan las bermas laterales con gravilla imprimadas (solo pasadas por rodillo) y por el uso de las vías de vehículos de alto tonelaje en las noches (...) dichos vehículos van retirando en poca cantidad de gravilla que (...) son lanzadas a la pista asfáltica (...)"

- 57.- En el literal E) del Informe N° 019-2017-REGPOL.-M.-C.L.A.SIAT de la PNP, dicha institución es concluyente al señalar sobre el accidente lo siguiente:

"E. El presente Accidente de Tránsito reviste las características de un Accidente de Tránsito (Despiste con subsecuente lesiones personales y daños materiales) para el vehículo protagonista del accidente (...) siendo los factores intervinientes predominantes, la presencia de gravilla (desecho de piedras pequeñas en regular cantidad) que se encontraban al momento de desarrollarse el presente accidente y producto de la circulación de los vehículos de alto tonelaje (...)"

- 58.- Tal y como se observa, el órgano competente para la investigación y determinación de los hechos y circunstancias que provocan un accidente de tránsito, esto es, la PNP, concluyó que el factor predominante fue la presencia de residuos sobre la vía o calzada, cuyo origen estuvo en los trabajos sobre la berma realizadas por COVINCA.
- 59.- Igualmente, la PNP manifestó que el origen de estos residuos se debía a la construcción realizada por CONVINCA, indicando que su presencia sobre la carretera se debió a que los vehículos de alto tonelaje invadían la berma construida arrojándolos sobre la vía.
- 60.- En este punto cabe acotar que COVINCA manifiesta para exonerarse de la responsabilidad sobre los hechos materia de reclamo, que no sería responsable cuando el accidente sucede por hecho de terceros, fuerzas de la naturaleza, caso fortuito o fuerza mayor.
- 61.- Al respecto, cabe precisar que conforme a los Lineamientos para emisión de opinión de los proyectos de Contrato de Concesión de OSITRAN, en una relación jurídica contractual como la existente en el presente caso, debe procurarse que los riesgos sean asignados de manera eficiente, teniendo como regla general que deben ser asumidos por aquella parte que se encuentra en mejor capacidad de asumir o minimizar su ocurrencia<sup>17</sup>, lo que implica reducir los efectos o consecuencias negativas acaecidas en caso dichos riesgos se presenten. Siendo esto así, las consecuencias derivadas de las condiciones que presenta la infraestructura vial por motivos externos al operador o por motivos de la naturaleza están dentro de los riesgos económicos que asume la Entidad Prestadora.

<sup>17</sup> Sobre el particular se pueden tomar como referencia los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de Contrato de Concesión. [http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS\\_DE\\_OSITRAN/ANEXO\\_LINEAMIENTOS\\_CONTRATOS](http://www.ositran.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/LINEAMIENTOS_DE_OSITRAN/ANEXO_LINEAMIENTOS_CONTRATOS)



- 62.- Al respecto, Kerf señala que "Los actos de Dios son parte de los riesgos inevitables de la actividad empresarial. Por lo general deben ser asumidos por el operador"<sup>18</sup>. En este caso, los hechos originados como consecuencia de fuerzas de la naturaleza o por factores humano, que podrían poner en riesgo la normal prestación de servicios que se brindan en la infraestructura vial.
- 63.- Siendo esto así, resulta evidente que la presencia de residuos, que pueden presentarse en el lugar en donde se realiza una actividad comercial, en este caso en la infraestructura vial concesionada a COVINCA, constituyen una contingencia natural del negocio de operar dicha infraestructura.
- 64.- En ese sentido, resulta razonable considerar que COVINCA está en mejor condición de poder prever las contingencias que pueden presentarse en la infraestructura vial, y a un menor costo, pues se entiende cuenta con la experiencia y conocimiento necesario en lo que respecta a la administración de carreteras, en la medida que dicha actividad pertenece al giro del negocio que ejerce.
- 65.- En tal sentido, COVINCA tampoco podría alegar que se encontraba exonerada de la limpieza de los residuos que se puedan presentar en la vía alegando el hecho de que algunos usuarios hubieran circulado por zonas no autorizadas; pues como gestor de la concesión tiene la obligación de mantener operativa la infraestructura, realizando las acciones necesarias para mitigar las posibles contingencias que puedan poner en riesgo la prestación continua y regular de este servicio público, máxime si los mismos se encuentran vinculados a la actividad de construcción que venía realizando la Entidad Prestadora.
- 66.- De lo expuesto, debido a la posición de COVINCA como operador del Tramo Vial Desvío Quilca-Desvío Arequipa (repartición)- Desvío Matariani- Desvío Moguegua- Desvío Ilo-Tacna- La Concordia, era su obligación tomar las medidas de seguridad destinadas a disminuir los riesgos y perjuicios generados como consecuencia de los trabajos de construcción<sup>19</sup> garantizando así un traslado seguro a los usuarios.
- 67.- En ese sentido, al establecerse que las causas que originaron el accidente del señor VALDIVIA son atribuibles a COVINCA, corresponde declarar la responsabilidad de ésta última por los daños ocasionados a su vehículo.

<sup>18</sup> "Acts of God are part of the unavoidable risks of doing business. They should normally be borne by the operator" (traducción libre) Kerf, Michael y otros, *Concessions for infrastructure: A guide to their design and award*, World Bank, 1998, p. 90.

<sup>19</sup> Dicha lógica responde al criterio conocido en el Derecho de la Responsabilidad Civil como "cheapest cost avoider" según el cual "responde del daño quien pueda reducir los costos que se ocasionan de la forma más económica posible (a largo plazo) estableciendo los cambios apropiados, y al mismo tiempo evitar los costes de transacción innecesarios". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Gaceta Jurídica. 4ª Edición. Lima, 2006. p. 151.



- 68.- Es pertinente recalcar que el TSC sólo es competente para determinar la responsabilidad por los daños ocurridos, pero no para estimar el monto de la indemnización correspondiente. En tal sentido, si bien en esta instancia no se puede determinar cuál es el monto de estos, COVINCA está en la obligación de asumir su responsabilidad una vez determinados los daños y su cuantía, por acuerdo entre las partes o en la vía arbitral o judicial, conforme a lo señalado en el inciso b) del Artículo 12 del Reglamento de usuarios de la Infraestructura Vial, Ferroviaria y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo.
- 69.- Finalmente, habiéndose acreditado que COVINCA no cumplió con su obligación de mantener las vías libre de residuos sobre la vía concesionada y de acuerdo con lo previsto en el literal g) del artículo 2 y literal e) del artículo 8 del Reglamento General de Supervisión<sup>20</sup>, corresponde que se informe de este hecho a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para que en el ejercicio de sus facultades, evalúe los hechos y, de ser el caso, inicie las acciones a que hubiere lugar.

En virtud de los considerandos precedentes y, de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN<sup>21</sup>;

<sup>20</sup> Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD/OSITRAN

"Artículo N° 2.- Definiciones

(...)

- g) Órgano Supervisor: Gerencia de OSITRAN encargada de ejecutar actividades de supervisión, para verificar el cumplimiento de una o más materias, supervisables sobre la gestión de las Entidades Prestadoras".

"Artículo N° 08.- Supervisión de aspectos operativos

Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

(...)

- e) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte.

(...)

- k) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las entidades prestadoras".

<sup>21</sup> Reglamento de Reclamos de OSITRAN

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- Integrar la resolución apelada;
- Declarar la nulidad de actuados cuando corresponda".

"Artículo 61.- De la resolución de segunda instancia

La resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias pone fin a la instancia administrativa. No cabe interposición de recurso alguno en esta vía administrativa.

Contra la resolución que dicte el Tribunal de Solución de Controversias, podrá interponerse demanda contencioso administrativa, de acuerdo con la legislación de la materia".



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS  
EXPEDIENTE N° 24-2018-TSC-OSITRAN  
RESOLUCIÓN N°1

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- REVOCAR** la Resolución N° COV-GO-REC-02-2017, y en consecuencia, declarar **FUNDADO** el reclamo presentado por el señor **ARNULFO MICHAEL VALDIVÍA PORTUGAL**, y responsable a **CONCESIONARIA PERUANA DE VÍAS S.A** respecto de los daños ocasionados al vehículo modelo Hyundai de placa AFJ-055 ; consecuencia de lo cual deberá de resarcirse al señor **ARNULFO MICHAEL VALDIVÍA PORTUGAL** dichos daños, debiéndose determinar el monto correspondiente con arreglo a lo previsto en el inciso b) del Artículo 12 del Reglamento de usuarios de la Infraestructura Vial, Ferroviaria y del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo, esto es, por acuerdo entre las partes, por vía judicial o arbitral; correspondiendo que la Entidad Prestadora se comunique con el usuario.

**SEGUNDO.- DECLARAR** que la presente resolución agota la vía administrativa.

**TERCERO.- REMITIR** copias simples de los actuados a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización con la finalidad que actúe conforme sus competencias, respecto de lo establecido en el numeral 73 de la parte considerativa de la presente Resolución.

**CUARTO.- NOTIFICAR** al señor **ARNULFO MICHAEL VALDIVÍA PORTUGAL** y a **CONCESIONARIA PERUANA DE VÍAS S.A** la presente Resolución.

**QUINTO.- DISPONER** la difusión de la presente resolución en el portal institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).

*Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Javier Coronado Saleh.*

**ANA MARÍA GRANDA BECERRA**  
Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS**  
**OSITRAN**