

EXPEDIENTE : 98-2019-TSC-OSITRAN

APELANTE : MONICA CECILIA CARRASCO ARAGÓN

ENTIDAD PRESTADORA : AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C.

ACTO APELADO : Resolución de Gerencia General N° 026-2019.

RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 29 de mayo de 2020

SUMILLA: *Corresponde confirmar la resolución de primera instancia, al no haberse evidenciado que en el caso materia de apelación se haya configurado el supuesto de congestión y apertura de peaje invocado por la usuaria, el cual aplica únicamente cuando el Tiempo de Espera en Cola (TEC) previsto en el numeral 7.11 del Contrato de Concesión, es obtenido considerando el promedio de tiempo resultante del total de vehículos atendidos en un periodo de tres (3) horas como mínimo, de acuerdo con el procedimiento de medición establecido en el referido Contrato.*

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la señora MONICA CECILIA CARRASCO ARAGÓN (en adelante, la señora CARRASCO o la apelante) contra la Resolución de Gerencia General N° 026-2019 (en lo sucesivo, la Resolución de Gerencia General N° 026-2019) emitida por AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. (en adelante, AUNOR o la Entidad Prestadora); y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES:

1. El 21 de abril de 2019, la señora CARRASCO interpuso un reclamo ante AUNOR cuestionando el tiempo que debió de esperar para realizar el pago de la tarifa de peaje en la Estación de Vesique de la vía concesionada. Preciso que debido a la existencia de tráfico vehicular en el tramo de la vía en donde se encuentra ubicada la referida estación de peaje, tardó aproximadamente treinta (30) minutos para arribar a la caseta, por lo que al haberse excedido el tiempo reglamentario de espera de cinco (5) minutos, correspondía que se le diera pase libre, lo que motivó que se negara a pagar la tarifa.
2. Con fecha 13 de mayo de 2019, se notificó la Resolución de Gerencia General a través de la cual se declaró infundado el reclamo de la señora CARRASCO, señalando como argumentos los siguientes:

- i.- Conforme a lo establecido en la cláusula 9.6 del Contrato de Concesión, el cobro de la tarifa por el uso de la vía no solo constituye un derecho, sino también una obligación de AUNOR.
 - ii.- Si bien en el Contrato de Concesión se ha establecido un indicador de serviciabilidad que mide el Tiempo de Espera en Cola (TEC), dicha medición se realiza ponderando el número de vehículos atendidos en un rango de tres (3) horas, por lo que resulta incorrecto aplicar la medición de dicho TEC a un solo vehículo durante una situación atípica de tráfico en la vía como consecuencia del feriado largo de Semana Santa.
 - iii.- En la medida que el reclamo fue interpuesto por la usuaria a las 14:45 horas del 21 de abril de 2019, el personal de AUNOR verificó que entre las 14:00 y las 15:00 horas de dicho día fueron atendidos un total de trescientos veinte (320) vehículos por la garita del peaje en la cual sucedieron los hechos materia de reclamo, calculándose que se atendió a un promedio de 5.3 vehículos por minuto, lo que evidencia la existencia de un flujo continuo e ininterrumpido del tránsito vehicular, verificación que se consignó en el documento denominado 2019-INFORME-TYR-148.
 - iv.- De conformidad con el artículo 19 del Código de Tránsito, la conducta del usuario referida a la falta de pago de la tarifa de peaje constituye una infracción de tránsito que se sanciona con una multa.
3. Con fecha 3 de junio de 2019, la señora CARRASCO interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 026-2019, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de reclamo, agregando lo siguiente:
- i.- La resolución apelada no se encuentra debidamente motivada pues interpreta erróneamente que la congestión vehicular no genera consecuencias negativas y que debe de ser entendida dentro de los supuestos del procedimiento de medición del TEC.
 - ii.- De conformidad con lo establecido en la Resolución Directoral N° 035-2017-CD-OSITRAN y en el Contrato de Concesión, el tiempo de espera de un vehículo superior a los cinco (5) minutos supone un incumplimiento de los niveles de servicio y las condiciones de operación establecidas.
 - iii.- Afirmar que la congestión vehicular producida como consecuencia de un hecho imprevisto no se ajustaría a la metodología de medición del TEC, como lo hace la Entidad Prestadora, implica desconocer que los niveles de servicio son permanentes, vaciando de sentido lo estipulado en el numeral 7.11 del Anexo I del Contrato de Concesión.
 - iv.- Resulta cuestionable lo señalado por AUNOR en el sentido de que la congestión vehicular constituye una situación atípica pues atendiendo a que dicha Entidad Prestadora viene operando varios años debería de conocer los periodos típicos de congestión en la vía concesionada, en particular en temporadas festivas como ocurrió en el presente caso, por

lo que la congestión verificada no puede considerarse como un evento de naturaleza extraordinaria, imprevisible e irresistible.

- v.- En el presente caso no se ha infringido el Código de Tránsito pues solicitar el pase libre en la estación de peaje debido a una congestión vehicular intensa como consecuencia de deficiencias en los servicios brindados por la Entidad Prestadora, no se encuentra dentro de los supuestos de infracción a dicho Código.
4. Con fecha 24 de junio de 2019, AUNOR elevó al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC), el expediente administrativo y la absolución del recurso de apelación, reiterando los argumentos esgrimidos en la Resolución de Gerencia General N° 026-2019 y añadiendo lo siguiente:
- i.- Con relación a la falta de motivación alegada por la señora CARRASCO, la resolución de gerencia impugnada ha cumplido con analizar todos los aspectos vinculados al reclamo interpuesto, incluyendo el cumplimiento del TEC en el momento en el cual el vehículo de la usuaria cruzó la Estación de Vesique.
 - ii.- El reclamo de la señora CARRASCO se declaró infundado aplicando la fuente jurídica pertinente, pues se consideró la regulación del TEC establecida en el Contrato de Concesión, así como un análisis de los hechos ocurridos al momento de la presentación del reclamo.
 - iii.- Respecto a la medición del TEC, los numerales 7.2 y 7.3 del Anexo I del Contrato de Concesión establecen que deberá considerarse como mínimo un periodo de tres (3) horas, de manera que se abarquen las horas de mayor tráfico del mes; siendo claro que la medición de TEC se realiza sobre la base del tránsito común que soporta la carretera y sobre la base del número de casetas en operación en cada estación de peaje. Agregó que el numeral 7.8 del Anexo I del Contrato de Concesión ha fijado un TEC máximo de tres (3) minutos.
 - iv.- Por otro lado, si bien el numeral 7.11 del Anexo I del Contrato de Concesión establece que en caso se registre una medición del TEC superior a cinco (5) minutos se aplicará una penalidad, correspondiendo la apertura del Peaje al tránsito hasta que el tiempo de congestión esté por debajo de los tres (3) minutos; no es correcto que dicha medición se realice considerando el tiempo en tránsito de un solo vehículo como pretende la señora CARRASCO, sino en función al promedio de tiempo de espera de cada vehículo ponderado por el número de vehículos atendidos en un rango de tiempo definido, el cual es de tres (3) horas, conforme a la regulación contractual.
 - v.- No es cierto que en la resolución materia de impugnación AUNOR haya indicado que la congestión atípica generada en el feriado largo de Semana Santa se encontrara dentro de un supuesto de fuerza mayor conforme a los términos indicados en el numeral 17 del Contrato de Concesión.

- vi.- La referencia a dicha congestión atípica se encontraba relacionada a precisar que el día de la interposición del reclamo, el normal comportamiento del tráfico en la Red Vial N° 4 se vio afectado como consecuencia de dicho feriado.
 - vii.- Precisamente, en virtud del conocimiento que la Entidad Prestadora tiene respecto a eventos de congestión vehicular en determinadas fechas del año, es que dicha fecha se abrió una vía auxiliar en el sentido norte a sur asignándose dos (2) cobradores y tres (3) agentes de seguridad a fin de que efectuaran el cobro de la tarifa de peaje correspondiente.
- 5. Con fecha 27 de diciembre de 2019, se llevó a cabo la Audiencia de Vista de la Causa contándose con la participación del representante de AUNOR, quedando la causa al voto.
 - 6. Mediante Memorando N° 033-2010-STO-OSITRAN, la Secretaría Técnica del TSC requirió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización información sobre la aplicación del Tiempo de Espera en Cola (TEC), procedimiento de medición y metodología aplicable ante situaciones de congestión en los peajes ubicados en los Tramos Viales de la Red Vial N° 04: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry.
 - 7. Mediante Memorando N° 00831-2020-GSF-2020 de fecha 25 de mayo de 2020, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización respondió a la Secretaría Técnica del TSC remitiendo su Informe N° 01732-2020-JCRV-GSF-OSITRAN.

II.- CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 8. Son cuestiones a dilucidar en la presente resolución las siguientes:
 - i.- La procedencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia General N° 026-2019.
 - ii.- Determinar si correspondía que AUNOR no realizara el cobro de la tarifa de peaje a la señora CARRASCO.

III.- ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

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

- 9. Al respecto, del análisis del expediente administrativo se verifica que la materia del presente procedimiento versa sobre el cuestionamiento de la señora CARRASCO al cobro de la tarifa de peaje realizado en la Unidad de Peaje de Vesique; hecho previsto como un supuesto de reclamo referido a la facturación del servicio en el literal a) del artículo 3 del Reglamento de Atención y Solución de Reclamos de AUNOR (en lo sucesivo, Reglamento de Reclamos de AUNOR)¹ y en el

¹ Reglamento de Reclamos de AUNOR

"Artículo 3.- Materia de los Reclamos

literal a) del artículo 33 del Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN (en adelante, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN)²; por lo que, en concordancia con el artículo 10 de este último texto normativo³, el TSC es competente para conocer el recurso de apelación en cuestión.

10. De conformidad con el artículo 20 del Reglamento de Reclamos de AUNOR⁴, concordante con el artículo 59 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN⁵, el plazo que tiene el usuario para la interposición del recurso de apelación es de 15 días hábiles desde el día siguiente de recibida la notificación del acto administrativo que se pretende impugnar.
11. Al respecto, de la revisión del expediente administrativo se advierte lo siguiente:

Los usuarios podrán presentar como reclamos los siguientes:

- a) *Reclamos relacionados con la facturación y el cobro de los servicios de las TARIFAS, el cual deberá realizarse de acuerdo a lo establecido en el CONTRATO DE CONCESIÓN.*

(...)"

² **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 33.-

(...) Los reclamos que versen sobre:

- a) *La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la entidad prestadora.*

(...)"

³ **Reglamento de Reclamos de 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".

⁴ **Reglamento de Reclamos de AUNOR**

"Artículo 20.- Recurso de Apelación

Procede la apelación cuando la impugnación se sustente en una diferente interpretación de las pruebas producidas; cuando se trate de cuestiones de puro derecho; se sustente en una nulidad; o, cuando teniendo una nueva prueba, no se opte por el recurso de reconsideración.

El recurso de apelación deberá interponerse ante la Gerencia General de AUNOR en un plazo máximo de quince (15) días hábiles de notificada la resolución recurrida".

⁵ **Reglamento de Atención de 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".

- i.- La Resolución de Gerencia General N° 026-2019 fue notificada a la señora CARRASCO el 13 de mayo de 2019.
 - ii.- El plazo máximo que tuvo la señora CARRASCO para interponer su recurso de apelación venció el 3 de junio de 2019.
 - iii.- La señora CARRASCO apeló con fecha 3 de junio de 2019, es decir, dentro del plazo legal.
12. De otro lado, el recurso de apelación cumple con lo dispuesto en el artículo 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, TUO de la LPAG)⁶.
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.

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

Sobre la falta de motivación de la resolución de primera instancia alegada por la señora CARRASCO

14. Sobre el particular cabe señalar que 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", disposición recogida también en el numeral 8 del artículo I del TUO de la LPAG⁷, siéndoles exigibles las disposiciones de dicho reglamento, y en lo no previsto, las del referido TUO.
15. Asimismo, según lo prescrito en el artículo del 3 del TUO de la LPAG, la motivación es uno de los requisitos de validez que AUNOR debe observar cuando adopta las decisiones que resuelven los reclamos presentados por los usuarios⁸.
16. Adicionalmente, se aprecia que el artículo 10 del TUO de la LPAG, establece que una causal de nulidad del acto administrativo es el defecto u omisión de uno de sus requisitos de validez, salvo

⁶ **TUO de la LPAG**

"Artículo 220.- 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".

⁷ **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".

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

que se presente alguno de los supuestos de conservación a los que se refiere el artículo 14 de la misma norma.

17. Ahora bien, el numeral 6.1 del artículo 6 del TUO de la referida 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, de la revisión de la Resolución de Gerencia General N° 026-2019, se aprecia que contiene un análisis de fondo de los hechos reclamados, así como las razones jurídicas que sustentan la decisión adoptada, a partir de los cuales se concluye que no correspondía atender el cuestionamiento de la usuaria. En ese sentido, se evidencia que la respuesta brindada a la señora CARRASCO, más allá de que la usuaria no estuviera de acuerdo con ella, fue debidamente motivada por la Entidad Prestadora.
19. Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos de la señora CARRASCO referidos a la alegada ausencia de motivación de la resolución apelada, correspondiendo analizar a continuación los argumentos de fondo del recurso de apelación presentado.

Sobre la Red Vial N° 4 y el cobro de la tarifa

20. En el presente caso, la señora CARRASCO manifestó que se encontraba exenta de realizar el pago de la tarifa correspondiente en la estación de Peaje de Vesique, en tanto que al haber esperado por un lapso de tiempo mayor a cinco (5) minutos antes de llegar a la respectiva caseta de peaje, tenía derecho a que se le brindara pase libre sin formular pago alguno.
21. A efecto de analizar si lo indicado por la usuaria en su reclamo tiene sustento, previamente corresponde determinar si AUNOR se encontraba legitimada para realizar el cobro materia de reclamo y si dicho cobro fue consecuencia de la prestación de un servicio derivado de la explotación de la infraestructura por la Entidad Prestadora.
22. Al respecto, cabe indicar que en el marco de la promoción de la inversión privada y la mejora de la infraestructura de transporte de uso público (lo que incluye a puertos, aeropuertos, carreteras y vías férreas), desde la década de los años noventa se han emitido una serie de normas que permiten la suscripción de Contratos de Concesión mediante los cuales se otorga la administración, mejora y explotación de dicha infraestructura al sector privado, reconociéndole un retorno económico razonable a través de determinados sistemas de recuperación de la inversión, como es el cobro de las tarifas o peajes, o de una combinación de estos con el cofinanciamiento estatal.

23. En ese sentido, los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la Entrega en Concesión al Sector Privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos (en adelante, TUO de la Ley de Concesiones), prescriben lo siguiente:

"Artículo 1.- Declárese de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

Artículo 2.- La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión (...)".

24. Asimismo, el artículo 13 del referido texto normativo agrega lo siguiente:

*"Artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, **en especial el de cobrar** las tarifas, precios, **peajes** u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado".*

[El resaltado es nuestro]

25. En el mismo sentido, el artículo 3 del Reglamento del TUO de la Ley de Concesiones precisa lo siguiente:

"Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido. Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación. La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende:

- a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;*
- b) el mantenimiento de la obra; y,*
- c) **el pago** de tarifas, precios, **peajes** u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán los usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos".*

[El resaltado es nuestro]

26. Al respecto, en la cláusula 2.1 del referido Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

"Objeto

Conforme a la definición contenida en el Artículo 3 del Reglamento⁹, por el presente Contrato el CONCEDENTE transfiere al CONCESIONARIO la potestad de prestar el Servicio a favor de los

⁹ De acuerdo con la definición establecida en el Contrato de Concesión, se refiere al Reglamento del TUO de Concesiones.

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”.

27. Asimismo, la cláusula 9.6 del respectivo Contrato de Concesión prescribe lo siguiente:

"9.6.- Corresponde al CONCESIONARIO el cobro de la Tarifa

Se exigirá el pago del Peaje a cada Usuario que utilice los Tramos de la Concesión, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con la Tarifa especificada en la Cláusula 9.8”.

28. De las normas citadas resulta evidente que el Estado Peruano promueve la inversión privada en infraestructura pública y servicios públicos a través del mecanismo de la concesión. La finalidad de estas normas es que el privado mejore, a través de la inversión, las condiciones de la infraestructura y la prestación de los servicios públicos a los usuarios, **recibiendo como contraprestación el pago de los servicios**.
29. Siendo ello así, en el marco de la relación contractual establecida entre AUNOR, en tanto Entidad Prestadora del servicio público de infraestructura, y los usuarios de dicho servicio, aquel tiene la obligación de brindar los servicios que se le solicite y estos se encuentran obligados a la contraprestación (tarifa) correspondiente por la prestación efectiva de dichos servicios.
30. Lo indicado es concordante con lo establecido en el artículo 8 del Reglamento de Usuarios de las Infraestructuras de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2017-CD-OSITRAN de fecha 9 de octubre de 2017 (en adelante, el Reglamento de Usuarios del OSITRAN), el cual prescribe lo siguiente:

"Artículo 8.- De las Obligaciones del Usuario

a) Pago de la tarifa

Los Usuarios de las ITUP están obligados a abonar la Tarifa o precio establecido por cada uno de los servicios que les brindan las Entidades Prestadoras, de acuerdo con lo que señale el tarifario vigente correspondiente. Dicha Tarifa deberá ser abonada en la moneda que sea establecida en el citado tarifario”.

31. Por otro lado, el artículo 31 del indicado Reglamento de Usuarios de OSITRAN señala lo siguiente:

"Artículo 31.- Cobro de Tarifas

Como regla general, el cobro de las Tarifas vigentes debe ser consecuencia de la prestación y uso efectivo del servicio respectivo. Cuando corresponda, la Entidad Prestadora debe probar el uso efectivo de los servicios que realice el Usuario.

Si el servicio solicitado por el Usuario no es efectivamente utilizado debido a su propia responsabilidad, este asumirá la obligación del pago correspondiente, salvo que haya comunicado la cancelación del servicio dentro los plazos establecidos por la Entidad Prestadora. Estos plazos deben ser informados a los Usuarios a través de los medios o formas establecidas en el artículo 13 del presente Reglamento.

Cuando el cobro de la Tarifa se realice por la puesta a disposición del servicio, deberá informarse al Usuario de manera adecuada y oportuna sobre esta condición. Corresponde a la Entidad Prestadora probar que informó adecuada y oportunamente, y que cumplió con poner el servicio a disposición del Usuario”.

32. Asimismo, para el caso específico de los peajes, el artículo 35 del Reglamento de Usuarios de OSITRAN¹⁰ precisa que todo usuario debe abonar la tarifa correspondiente en moneda de curso legal, cada vez que **traspone una unidad de peaje**, según lo que disponga el contrato de Concesión o la normativa aplicable.
33. Ahora bien, como ya se ha señalado en anteriores pronunciamientos¹¹, para la aplicación de las tarifas y condiciones contenidas en los tarifarios de las Entidades Prestadoras, resulta necesario acreditar la prestación efectiva de alguno de los servicios ofertados por estas, para lo cual deben existir los siguientes elementos:
 - i) La manifestación de voluntad del usuario de utilizar la infraestructura y servicios brindados por la entidad prestadora, en este caso por la señora CARRASCO, aceptando las condiciones del tarifario; y,
 - ii) La prestación efectiva del servicio.
34. En ese sentido, al encontrarse acreditado que al momento de suscitarse los hechos materia de reclamo la señora CARRASCO venía haciendo uso de la infraestructura vial concesionada a AUNOR en tanto se desplazaba por esta en condición de usuaria de dicha infraestructura, en principio tenía la obligación de realizar el pago de la tarifa correspondiente.

Sobre el presunto incumplimiento del "Tiempo de Espera en Cola" (TEC) por parte de AUNOR

35. Los numerales 7.1, 7.3, 7.8 y 7.9 de la Sección 3 del Anexo I del Contrato de Concesión definen el "Tiempo de Espera en Cola" (TEC) y establecen la manera de calcularlo, de la siguiente manera:

¹⁰ **Reglamento de Usuarios de OSITRAN**

"Artículo 35.- Pago del Peaje en el caso de la ITUP Vial

El Usuario debe abonar la Tarifa correspondiente en moneda de curso legal, cada vez que traspone una unidad de peaje, según lo que disponga el contrato de Concesión o la normativa aplicable. Las Entidades Prestadoras podrán habilitar la posibilidad de efectuar pagos con tarjeta de crédito o de débito.

Las Entidades Prestadoras de infraestructura vial deberán contar durante las veinticuatro (24) horas del día, con la dotación de personal requerido para el cobro de peaje, habilitando el número de casetas que correspondan, de acuerdo con las necesidades del tránsito, para asegurar su fluidez y evitar demoras a los Usuarios, de conformidad con lo señalado en los contratos de Concesión”.

¹¹ Expedientes N° 047 y 048 – 2009-TSC-OSITRAN

"7.1 La congestión en las Unidades de Peaje y en las Estaciones de Pesaje se medirá por el "tiempo de espera en cola" (TEC), el que se entenderá en el terreno como el promedio de tiempo de espera por vehículo, ponderado por el número de vehículos atendidos. El TEC se medirá siempre separadamente para cada sentido de circulación.

(...)

7.3 El tiempo de medición deberá ser como mínimo tres (3) horas, de manera que se abarquen las horas de mayor tráfico del mes en que se efectúa la medición, en cada sentido y en cada estación. Para determinar esto, la primera medición de TEC se efectuará sobre la base de información de tráfico del MTC. Después del primer Año de la Concesión, la fuente de información para las mediciones de TEC se efectuarán sobre la base de (as informaciones de tráfico recogidas por el CONCESIONARIO. A efectos de la determinación del TEC se tendrá en cuenta que tanto las Unidades de Peaje como las Estaciones de Pesaje funcionarán las 24 horas del día y que se cobrará Peaje a todos los vehículos. En materia de pesaje, se pesará con el propósito de evitar el deterioro de la vía, multándose los excesos en los pesos autorizados y/o cuando se realice (por parte del transportista) la descarga del exceso de peso, o la reestiba. Esto se hará para todos los vehículos de carga y transporte de ómnibus de pasajeros que hubieren acusado eventual sobrecarga en el sistema de pesaje en movimiento a instalar.

(...)

7.8 El TEC máximo aceptable es de tres (3) minutos.

7.9 Cuando en cualquier medición de congestión se hubiere determinado un TEC superior a tres (3) minutos, se efectuará una segunda medición antes de transcurridos treinta (30) días de la primera. La segunda medición abarcará como mínimo tres (3) horas, durante las horas de mayor tráfico de la semana en que se efectúa la medición. Sí en esa segunda medición también se determina un TEC superior a tres (3) minutos, el CONCESIONARIO deberá modificar el Sistema de Atención en dicha estación, para lo cual tendrá un plazo de cinco (5) días. Caso contrario se tendrá la primera medida como correspondiente a un fenómeno particular sin necesidad de efectuar ninguna intervención".

[El subrayado es nuestro]

36. De los artículos señalados precedentemente se desprende lo siguiente:

- i) El TEC es una herramienta establecida en el Contrato de Concesión utilizada para medir la congestión vehicular que pueda presentarse en cualquiera de las Unidades de Peaje bajo la administración de AUNOR.
- ii) El TEC se calcula de acuerdo al procedimiento previsto en el Contrato de Concesión, esto es, promediando el tiempo de espera en cola de cada vehículo entre la cantidad de vehículos atendidos en un rango de tres (3) horas, rango que incluirá los periodos de mayor tráfico en un determinado mes.

iii) El tiempo máximo aceptable de espera derivado de la congestión vehicular medida utilizando el TEC es de tres (3) minutos, de superarse dicho máximo se efectuará una segunda medición antes de transcurridos treinta (30) días de la primera, la cual también abarcará como mínimo tres (3) horas, durante las horas de mayor tráfico de la semana en que se efectúa la medición y si en esa segunda medición también se determinara un TEC superior a tres (3) minutos, el CONCESIONARIO deberá modificar el Sistema de Atención en dicha estación

37. En el presente caso, la señora CARRASCO manifestó que en la medida que esperó por un lapso mayor a cinco (5) minutos (treinta minutos según indicó en su reclamo) en la Unidad de Peaje de Vesique, correspondía que se aplicara lo dispuesto en el numeral 7.11 de la Sección 3 del Anexo I del Contrato de Concesión y, por tanto, que no le fuera cobrada la tarifa por el uso de la vía concesionada.

38. Al respecto, el alegado numeral 7.11 de la Sección 3 del Anexo I del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"7.11 Si en cualquier momento se registrara una medición de congestión aislada de un TEC superior a cinco (5) minutos, corresponde la aplicación de una penalidad, y el CONCESIONARIO procederá inmediatamente a la apertura del Peaje al tránsito hasta que el tiempo de congestión esté por debajo de los tres (3) minutos".

[El resaltado es nuestro]

39. Ahora bien, tal y como se observa del numeral 7.11 de la Sección 3 del Anexo I del Contrato de Concesión, para la aplicación de este supuesto corresponde utilizar el procedimiento o mecanismo de medición establecido en el referido Contrato de Concesión.

40. En efecto, de la lectura del numeral 7 de la Sección 3 del Anexo I del Contrato de Concesión, se evidencia que la aplicación del mecanismo de medición del TEC requiere el cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones.

41. Sobre el particular, cabe señalar que mediante Memorando N° 033-2010-STO-OSITRAN del 19 de mayo de 2020, la Secretaría Técnica del TSC requirió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN información sobre la aplicación del Tiempo de Espera en Cola (TEC) ante situaciones de congestión en los peajes ubicados en los Tramos Viales de la Red Vial N° 04: Pativilca – Santa – Trujillo y Puerto Salaverry, remitiendo dicha Gerencia su Informe N° 01732-2020-JCRV-GSF-OSITRAN mediante Memorando N° 00831-2020-GSF-2020 de fecha 26 de mayo de 2020, señalando lo siguiente:

*"(...) se debe precisar que **aplicando literalmente lo establecido en el respectivo contrato de concesión, en el cual, se tiene que para cualquier evaluación del tiempo de espera en cola (TEC), DEBE SEGUIRSE EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN LOS NUMERALES 7.1 HASTA EL 7.7, esto incluye a las evaluaciones de congestión aislada de un TEC establecida en el Numeral 7.11**".*

[El resaltado es nuestro]

42. Conforme se puede apreciar, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN indicó que la evaluación del TEC dispuesta en el numeral 7.11 efectivamente debe realizarse aplicando el procedimiento de medición del TEC previsto en los numerales 7.1 a 7.3 de la Sección 3 del Anexo I del Contrato de Concesión.
43. En tal sentido, como se ha señalado precedentemente, la congestión en las Unidades de Peaje se medirá en función del TEC obtenido del promedio de tiempo de espera por vehículo, ponderado por el número de vehículos atendidos en un periodo de tres (3) horas como mínimo.
44. Atendiendo a lo expuesto, la apertura de peaje al tránsito prevista en el numeral 7.11 tiene como objeto la descongestión del tráfico en un determinado peaje a fin de que se reestablezca el TEC aceptable fijado en el Contrato de Concesión e indirectamente el paso de los usuarios que en ese momento se encuentren ante las garitas, no recogiendo el referido numeral 7.11 un mecanismo de exoneración de pago de la tarifa para cada usuario que individualmente supere una espera de cinco (5) minutos frente al peaje aisladamente considerado del promedio de tiempo de espera ponderado del número de vehículos atendidos durante las indicadas tres (3) horas.
45. Siendo así, aun cuando por razones operativas la apertura del peaje al tránsito implicara la posibilidad de que AUNOR no realizara el cobro de la tarifa correspondiente a ciertos usuarios, ello no implica un derecho reconocido al usuario a no pagar la misma ni mucho menos la instauración de una regla que la Entidad Prestadora deba cumplir en caso se presenten situaciones en las que un usuario, individualmente considerado, haya permanecido más de cinco (5) minutos en espera para el pago del peaje.
46. En este punto, cabe recordar que el numeral 9.6 del Contrato de Concesión regula expresamente los supuestos de exoneración del pago de la tarifa, conforme se aprecia a continuación:

"9.6 (...)

Los vehículos utilizados para atender servicios de emergencia tales como ambulancias, bomberos o vehículos de la Policía Nacional, así como vehículos militares en comisión, maniobras, ejercicios o convoys, y los vehículos de la Cruz Roja Peruana que realicen actividades con fines humanitarios estarán exentos del cobro de la Tarifa de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ley N° 22467, la Ley N° 24423 y Leyes y Disposiciones Aplicables".

[El subrayado es nuestro]

47. Como se puede apreciar de la cláusula citada, el Contrato de Concesión establece que únicamente se encuentran exonerados del pago de tarifas las ambulancias, bomberos, vehículos policiales y militares en comisión o maniobras, no encontrándose incluido el supuesto regulado en el numeral 7.11 de la Sección 3 del Anexo I de dicho Contrato de Concesión.
48. En tal sentido, resulta evidente que la señora CARRASCO no se encuentra dentro de ninguno de los indicados supuestos de exoneración de pago de la tarifa.

49. Conforme es posible apreciar de las consideraciones expuestas, el procedimiento o mecanismo de medición del TEC y la eventual apertura del Peaje al tránsito requieren que las condiciones precedentemente señaladas se presenten, lo que no ocurrió en el caso materia de reclamo.
50. En consecuencia, al haberse acreditado que la apelante efectivamente hizo uso de la infraestructura administrada por AUNOR, que no se ha configurado la aplicación de medición del TEC, y consecuentemente, no correspondía aplicar el numeral 7.11 de la Sección 3 del Anexo I del Contrato de Concesión al presente caso; se constata que se ha cumplido con los presupuestos necesarios para la aplicación de la tarifa y cobro del servicio que la Entidad Prestadora brinda, por lo que el cobro del peaje objeto de reclamo se realizó de manera correcta, debiéndose desestimar los argumentos expuestos por la apelante.
51. Finalmente, es importante recalcar que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, es la encargada de verificar que las Entidades Prestadoras cumplan con las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidos contractualmente para la infraestructura de transporte; consecuencia de lo cual de detectar algún incumplimiento de parte de AUNOR, a dicha Gerencia le corresponderá evaluar tales hechos y, de ser el caso, iniciar 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 OSITRAN¹²;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 026-2019 emitida por AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C. que declaró **INFUNDADO** el reclamo interpuesto por la señora MONICA CECILIA CARRASCO ARAGÓN.

SEGUNDO.- DECLARAR que con la presente resolución queda agotada la vía administrativa.

¹² **Reglamento de Reclamos de OSITRAN**

"Artículo 60.- Procedimientos y plazos aplicables

(...)

La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias podrá:

- a) Revocar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- b) Confirmar total o parcialmente la resolución de primera instancia;
- c) Integrar la resolución apelada;
- d) 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".

TERCERO.- NOTIFICAR a MONICA CECILIA CARRASCO ARAGÓN y a AUTOPISTA DEL NORTE S.A.C., la presente resolución.

CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional (www.ositran.gob.pe).

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

ANA MARÍA GRANDA BECERRA
Vicepresidenta
TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS
OSITRAN

NT 2020036629