

Resolución de Gerencia General

Nº 012- 2009 – GG- OSITRAN

Lima, 17 de marzo de 2009

Asunto : Análisis de la queja presentada por Concesionaria IIRSA Norte S.A. contra el Gerente de Regulación de OSITRAN.

Encausamiento de oficio, como recurso de apelación, de algunos extremos del escrito presentado por Concesionaria IIRSA Norte S.A.

VISTO: El escrito presentado por Concesionaria IIRSA Norte S.A. el 04 de marzo de 2009, mediante Carta Nº 650-CINSA-OSITRAN, y el Informe Nº 022-09-GAL-OSITRAN, presentado por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

1. Que, el 05 de febrero de 2009, la Concesionaria IIRSA Norte S.A, mediante Carta Nº 624-CINSA-OSITRAN solicitó a OSITRAN la entrega de diversa documentación, entre los cuales se encontraban:

“Todos los informes solicitados por OSITRAN a consultores técnicos, financieros y/o legales externos con el objeto de decidir la admisión a tramite de nuestra solicitud de equilibrio económico”.

2. Que, el 13 de febrero de 2009, mediante Resolución de Gerencia de Regulación Nº 001-2009-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación declaró que la Concesionaria IIRSA Norte S.A. ***“... no puede ejercer el derecho de acceso a la información pública respecto de los informes legales externos solicitados por el OSITRAN, constituyendo dicha documentación información de carácter confidencial hasta la conclusión de la tramitación del procedimiento.”***
3. Que, el 19 de febrero de 2009, mediante Oficio Nº 037-09-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación, comunicó a la Concesionaria IIRSA Norte S.A. que ***“... en base a lo establecido por el inciso 4 del Artículo 17 del Texto Único Ordenado de la ley Nº 27806, “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, el acceso a información pública no puede ser ejercido con respecto de informes jurídicos que pudieran revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación de un procedimiento administrativo”.***
4. Que, el 04 de marzo de 2009, mediante Carta Nº 650-CINSA-OSITRAN la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. presentó ante la Gerencia General de OSITRAN una

queja solicitando al Consejo Directivo que **“... declare fundada nuestra queja y adopte las medidas correctivas pertinentes para reconducir adecuadamente el presente procedimiento permitiendo que accedamos a toda la información obrante en el expediente.”**

5. Que, como base del sustento de su pretensión, la empresa Concesionaria ha señalado los siguientes principales argumentos:

- La documentación solicitada es una documentación que consta en el expediente administrativo.
- *“La Concesionaria tiene el derecho procesal fundamental a obtener copias de todos los documentos que obran en el expediente, así como a revisar directamente y en cualquier momento su contenido, sin limitación alguna.”*
- *“La negativa de la Gerencia a proporcionar la información contenida en el expediente atenta contra los derechos constitucionales de la Concesionaria al debido proceso y a la defensa.”*
- *“La negativa de la Gerencia viola el derecho de la Concesionaria a controlar la transparente instrucción del procedimiento y a contar con los medios que le permitan la eficaz producción de pruebas y argumentos que amparen su pretensión.”*
- Existe por parte de la Gerencia de Regulación una **“...INDEBIDA APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y DE LAS NORMAS QUE GARANTIZAN LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS ANTE OSITRAN.”**
- *“El derecho de la Concesionaria de acceder al expediente que contiene el procedimiento que ella misma ha promovido no se regula por la Ley de Transparencia.”*
- *“(..)[L]a Ley de Transparencia no es aplicable al presente caso, pues no se trata de información que OSITRAN posea de manera ajena al procedimiento, sino que por el contrario, se trata de documentación actuada y valorada en este trámite y cuyo contenido ha tenido incidencia (aunque su naturaleza sea no vinculante) en la decisión de OSITRAN para admitir a trámite nuestra solicitud. Por lo tanto tenemos el derecho de acceder a ella sin limitación alguna (...)”*
- *“(..) [E]n este procedimiento existen sólo dos partes, la Concesionaria y OSITRAN. Este último actúa en ejercicio de poderes públicos como autoridad y no como nuestra contraparte, en consecuencia, ante nuestra petición tienen la obligación de evaluar el marco legal y los medios de prueba ofrecidos y*

actuados en el expediente y resolver conforme a ley, siendo imparcial y cumpliendo los fines públicos que son la razón de su existencia.”

- “(...) OSITRAN no puede tener una estrategia para resolver, cuyo conocimiento pueda vulnerar el interés público o los derechos de terceros. (...)”
- “(...) Nada tiene que ver en este ámbito la Ley de Transparencia, cuya finalidad es precisamente garantizar a los ciudadanos el acceso a la información que posean las Entidades públicas y que no conste en el expediente de un procedimiento del que sean parte.(...)”
- “(...)... le corresponde [a OSITRAN]... actuar de manera transparente e imparcial, permitiendo que la Concesionaria conozca y, de ser el caso, cuestione todos los argumentos que puedan servir de sustento a su decisión. (..)”
- “... la Gerencia ha emitido la Resolución excediendo sus competencias y sin seguir el procedimiento establecido en las normas aplicables.”

II.- **ANÁLISIS**

II.1 **De la tramitación de la queja**

6. Que, el Artículo 158° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece lo siguiente:

Artículo 158.- Queja por defectos de tramitación

158.1 En cualquier momento, los administrados pueden formular queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva.

(...)

[El subrayado es nuestro]

7. Que, al respecto, conforme lo señala GARRIDO FALLA¹:

¹ GARRIDO FALLA, Fernando. La Ley de procedimientos administrativos. Serie Estudios Administrativos. Editora Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1966, p. 105. Citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.

<< “no puede considerarse a la queja como recurso – expresión del derecho de contradicción – porque al presentarse un escrito quejándose de uno o más funcionarios, no se está tratando de conseguir una revocación o modificación de una resolución sino que el expediente, que no marcha por negligencia de uno o más servidores públicos o cualquier otro motivo no regular y justificado, sea tramitado con la celeridad que las normas quieren y que el interesado espera”. La queja no se dirige contra un acto administrativo concreto sino que enfrenta la conducta desviada de un funcionario público, constitutiva de un defecto de tramitación.>>

[El subrayado es nuestro]

8. Que, de otro lado, conforme a lo señalado por MORON URBINA, la queja procede contra:

<<... la conducta administrativa – activa u omisiva – del funcionario encargado de la tramitación del expediente que afecte o perjudique derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado, como puede ser por ejemplo, una conducta morosa o negligente que dilate el procedimiento; la omisión de enviar al superior el expediente donde se ha presentado algún recurso; la obstrucción a los derechos de presentar escritos, a informarse, a presentar prueba; la prescindencia de tramites substanciales ; el ocultamiento de piezas del expediente; y cualquier acción que importe distorsión o incumplimiento de cualquier trámite o plazo. >>

[El subrayado es nuestro]

9. Que, en consecuencia, corresponde que a continuación identifiquemos la supuesta conducta que a decir del Concesionario ha distorsionado el trámite del procedimiento administrativo.

II.1.1 Requisitos de procedencia de la queja: identificación del deber y de la norma legal supuestamente infringidos

10. Que, conforme es de observarse del escrito presentado por el Concesionario, este señala que ha interpuesto una queja, razón por la cual, corresponde identificar los requisitos de procedencia de la misma contemplados en el inciso 2 del Artículo 158° de la LPAG², es decir, identificar el deber infringido, así como la norma que lo exige.

² LPAG:

“Artículo 158.- Queja por defectos de tramitación

(...)

158.2 La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado,

11. Que, sobre el particular, el Concesionario señala que formula la queja “...**contra la Gerencia de Regulación... por el defecto de tramitación procesal materializado en su negativa a permitirnos acceder a toda la documentación e información que obra en el presente expediente, no obstante haber recibido una orden expresa del Consejo Directivo en ese sentido y ser este derecho irrestricto reconocido a la Concesionaria, de acuerdo a lo establecido en los artículos 160° y 55° inciso 3 de la LPAG**”
12. Que, al respecto, el inciso 3 del Artículo 55° y el Artículo 160° de la LPAG, señalan lo siguiente:

Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

(...)

3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley.

(...)

Artículo 160.- Acceso a la información del expediente

160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas. Sólo se exceptúan aquellas actuaciones, diligencias, informes o dictámenes que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar su derecho a la intimidad personal o familiar y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional de acuerdo a lo establecido en el inciso 5) del Artículo 20 de la Constitución Política. Adicionalmente se exceptúan las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial, así como todos aquellos documentos que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente.

a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.

(...)”

160.2 El pedido de acceso podrá hacerse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente, aunque no sea la unidad de recepción documental.
obra información

13. Que, en virtud de la pretensión establecida por el Concesionario y de la base legal citada por este, queda claro que el supuesto deber infringido por el Gerente de Regulación consistiría en no haber observado el derecho del Concesionario de acceder a toda la documentación que obra en el expediente administrativo, situación que conculcaría su derecho al debido procedimiento administrativo.

II.1.2 Del origen y la finalidad de los pronunciamientos legales externos

14. Que, en su sesión de fecha 11 de junio de 2008, el Consejo Directivo de OSITRAN encargó a la administración analizar la competencia del Regulador para avocarse a tramitar la solicitud de revisión del equilibrio económico- financiero.
15. Que, al respecto, conforme se indica en el Acta N° 274-08-CD-OSITRAN de fecha 11 de junio de 2008:

“ los Directores Sergio Salinas y Jesús Tamayo expresaron su preocupación por la competencia que tendría el Consejo Directivo para pronunciarse sobre la interpretación de oficio del Contrato de Concesión propuesta por la Administración, en tanto dicha interpretación supondría que el Consejo Directivo se avoque a una revisión o cuestionamiento o eventual modificación de sus efectos, indirectamente y por la vía de la interpretación propuesta, de una Resolución Suprema expedida por autoridad competente dentro de un procedimiento regular, y contra la cual corresponde al administrado interponer los recursos impugnativos que estime pertinentes, si así lo desea. En tal sentido, el señor Salinas solicitó como cuestión previa, que la Administración, presente un informe que defina con claridad los alcances y competencia del Consejo Directivo en esta materia.”

[El subrayado es nuestro]

Como puede observarse, en el fondo, la preocupación del Consejo Directivo fue dilucidar si OSITRAN era competente para tramitar la solicitud de revisión del equilibrio económico financiero efectuada por la empresa Concesionaria, bajo la causal de impedimento del acceso y/o goce al régimen de recuperación anticipada del IGV.

16. Que, ahora bien, teniendo en consideración que la absolución de la consulta efectuada por el Consejo Directivo implicaba conocimientos especializados en materia administrativa tributaria, la Gerencia de Asesoría Legal requirió la contratación de dos consultorías legales externas, las cuales fueron realizadas por los estudios de abogados “Berninzon, Loret de Mola, Benavides & Fernandez Abogados” y “Grellaud y Luque

Abogados – KPMG”, mediante escritos de fecha 18 de setiembre de 2008 y 19 de noviembre de 2008, respectivamente.

17. Que, así, en el informe del estudio *Berninzon, Loret de Mola, Benavides & Fernandez Abogados* se concluyó lo siguiente:

“El Concesionario tiene derecho de gozar de la RAIGV por el periodo de inicio de la Concesión hasta el mes de octubre de 2008, por la primera etapa de la Concesión hasta el mes de octubre de 2010, por la segunda etapa de la Concesión.

Que, conforme lo alegado por el Concesionario, la limitación al acceso del RAIGV afectó con una materialidad superior al cinco por ciento (5%), el equilibrio financiero – económico de la Concesión.

(...)

*En caso de haberse dado una afectación al equilibrio económico financiero de la Concesión..., **el Regulador tiene competencia obligatoria para evaluar la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico .**” [El resaltado es nuestro]*

18. Que, de otro lado, en el informe del estudio *“Grellaud y Luque Abogados – KPMG”*, se concluyó que:

“A fin de establecer para un caso concreto los alcances del (sic) recuperación anticipada del IGV regulado por el Decreto Legislativo N° 818 y el Decreto legislativo N° 059-96-PCM y sus normas reglamentarias , resulta tan necesario tener en cuenta la normatividad vigente como atender al contenido del contrato de concesión correspondiente.

En nuestra opinión, el plazo a considerar para el beneficio de recuperación anticipada debe establecerse individualmente para cada etapa del contrato, tomándose como inicio la fecha de suscripción del Contrato (17.06.2005) y como término las fechas de Inicio de Explotación previstas para cada etapa en los literales b) y c) de la cláusula 8.10 del Contrato de Concesión y en el Anexo del Contrato de Inversión celebrado entre la Concesionaria y el Estado Peruano (para la primera etapa, 30 meses desde el inicio de la construcción de la segunda etapa o seis meses del plazo definido para la terminación de la segunda etapa, lo que ocurra primero)

En consecuencia, la Resolución Suprema N° 004-2008-EF incurre en error cuando dispone que para los tramos de la segunda etapa (Tarapoto- Rioja, Rioja – Corral Quemado, Corral Quemado – Dv. Olmos, Dv. Olmos – Piura, Piura – Paita), el beneficio procede respecto de las adquisiciones o importaciones realizadas desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión

(17.06.2005) hasta marzo de 2006, debido a que en abril de 2006 ocurrió el pago del primer trimestre del PAMO.

*La Resolución Suprema N° 004-2008-EF, al no haber sido impugnada causa estado y en consecuencia... OSITRAN no puede sustraerse de sus efectos. De otro lado, **no existe norma de rango legal, ni incluso de carácter reglamentario, que confiera a OSITRAN competencia para pronunciarse respecto del fondo o la procedencia de la solicitud presentada por el Concesionario al Ministerio de Economía y Finanzas.***

[El resaltado es nuestro]

19. Que, de esta manera, el 12 de enero de 2009, la Gerencia de Asesoría Legal emitió el Informe N° 003-09-GAL-OSITRAN, en donde se concluyó y recomendó lo siguiente:
- “(i) La solicitud de recuperación anticipada del IGV y la solicitud de revisión del equilibrio económico - financiero, constituyen derechos diferentes, los cuales pueden ser ejercidos por el Concesionario en las vías correspondientes.*
 - (ii) La imposibilidad de acceder y/o gozar del régimen de recuperación anticipada del IGV, por causa no imputable al Concesionario, constituye un supuesto de afectación al régimen tributario que puede ser causal para solicitar la revisión del equilibrio económico - financiero (cláusula 8.33 del Contrato de Concesión).*
 - (iii) Al no haber ejercido el Concesionario el derecho de interponer recurso de reconsideración, ha operado el agotamiento de la vía administrativa, con la sola emisión de la Resolución Suprema N° 004-2008-EF*
 - (iv) Si bien con el agotamiento de la vía administrativa, el Concesionario se encontraba facultado para interponer una acción contencioso – administrativa ante el Poder Judicial, el Contrato de Concesión no exige la interposición de dicho recurso para poder solicitar al Regulador la revisión del equilibrio económico - financiero, dado que la finalidad de dicho mecanismo es la de hacer viable la continuidad del Contrato de Concesión a través de la garantía del mantenimiento del equilibrio económico - financiero en términos de derechos, responsabilidad y riesgos asignados a las partes*
 - (v) OSITRAN, a través del Consejo Directivo, es competente para tramitar la solicitud de revisión de equilibrio económico - financiero, lo cual, por las razones antes expuestas, no supone una revisión de la decisión del Ministerio de Economía y Finanzas.*
 - (vi) El Concesionario ha cumplido con los requisitos de admisibilidad para la tramitación de la solicitud de revisión de equilibrio económico - financiero.*

(vii) *Asimismo, se ha verificado que el Contrato de Concesión ha establecido como requisitos para declarar la ruptura del equilibrio económico - financiero:*

- a) *La constatación por parte del Regulador de la realización de cualesquiera de los hechos indicados en las cláusulas 8.28 (segundo y tercer párrafo) y 8.33 (tercer párrafo).*
- b) *La afectación significativa del equilibrio económico - financiero (cláusula 8.29).*

(viii) *Sobre el particular, teniendo en cuenta que mediante Acuerdo N° 1070-274-08-CD-OSITRAN del 11 de junio de 2008, el Consejo Directivo suspendió la tramitación del procedimiento de solicitud de revisión del equilibrio económico – financiero, consideramos que el pronunciamiento del Regulador sobre los argumentos de fondo expuestos por el MEF deben ser analizados luego de levantada dicha suspensión, con el objeto que OSITRAN pueda efectuar las actuaciones procedimentales que garanticen a las partes involucradas (Concesionario y Estado en su calidad de Concedente) la observancia del principio del debido procedimiento administrativo, es decir, luego que el Regulador haya hecho de conocimiento tanto del Concesionario como del MTC, los escritos presentados por el MEF.*

(...)

En virtud de las conclusiones precedentemente expuestas, recomendamos lo siguiente:

- (i) *Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento de solicitud de revisión del equilibrio económico financiero, dispuesta por Acuerdo de Consejo Directivo N° 1070-274-08-CD-OSITRAN de fecha 11 de junio de 2008.*
- (ii) *Admitir a tramite la solicitud de revisión del equilibrio económico financiero presentada por la empresa Concesionaria.*
- (iii) *Luego de ello, hacer de conocimiento de la empresa Concesionaria y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones el Oficio N° 1997-2008-EF/13.01, así como su documento anexo (Informe N° 217-2008-EF/66.01 elaborado por la Dirección de Políticas Públicas de Ingresos Públicos) presentado por el Ministerio de Economía y Finanzas el 07 de octubre de 2008.*
- (iv) *Hacer de conocimiento el presente Informe a la empresa Concesionaria, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y al Ministerio de Economía y Finanzas.”*

20. Que, como se puede observar, fue exclusivamente en base a dicho Informe N°003-09-GAL-OSITRAN, que el Consejo Directivo de OSITRAN adoptó el Acuerdo N° 1137-299-09-CD-OSITRAN de fecha 15 de enero de 2009 en donde, siguiendo las recomendaciones planteadas por el citado informe, se acordó:

- a) *Levantar la suspensión de la tramitación del procedimiento de Solicitud de revisión del equilibrio económico financiero, dispuesta por Acuerdo de Consejo Directivo N° 1070-274-08-CD-OSITRAN de fecha 11 de junio de 2008.*
- b) *En consecuencia, admitir a trámite la solicitud de revisión del equilibrio económico financiero presentada por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.*
- c) *Encargar a la Gerencia de Regulación, que en su calidad de órgano encargado de la tramitación del procedimiento a que se refiere el literal a) , ponga en conocimiento de la empresa Concesionaria y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones el Oficio N° 1997-2008-EF/13.01, así como su documento anexo (Informe N° 217-2008-EF/66.01 elaborado por la Dirección de Políticas Públicas de Ingresos Públicos) presentado por el ministerio de Economía y Finanzas el 07 de octubre de 2008, así como de los demás escritos que obren en el expediente administrativo que sean necesarios para garantizar la observancia del debido procedimiento.*

(...)

21. Que, no obstante ello, el Concesionario considera que los informes legales externos “... **se trata de de documentación actuada y valorada en este trámite y cuyo contenido ha tenido incidencia (aunque su naturaleza sea no vinculante) en la decisión de OSITRAN para admitir a trámite nuestra solicitud.(...)**”

22. Que, sobre el particular, debemos precisar que, contrariamente a lo señalado por el Concesionario, la Gerencia de Regulación, órgano encargado del trámite del procedimiento administrativo³, no le ha dado el tratamiento de prueba a los informes legales externos pues dichos informes tuvieron por finalidad ilustrar a la Gerencia de Asesoría Legal, órgano de asesoría de OSITRAN, sobre los aspectos de carácter administrativo y tributario materia de la consulta⁴.

³ Hecho que ha sido reconocido por la propia empresa Concesionaria al presentar la queja por defecto de tramitación en contra del Gerente de Regulación de OSITRAN.

⁴ Además, resultaría absurdo sostener que los informes legales externos se constituirían en documentos de carácter probatorio para el presente procedimiento bajo el argumento de que sirvieron para ilustrar a los funcionarios de la Gerencia de Asesoría Legal, y que por ello deben ser incluidos en el expediente, pues siguiendo dicha lógica todo documento que haya servido para instruir a los funcionarios debieran ser incluidos

23. Que, siendo que las conclusiones y recomendaciones formuladas por la Gerencia de Asesoría Legal al Consejo Directivo obedecen al análisis exclusivamente contenido en el Informe N° 003-09-GAL-OSITRAN resulta claro que a la empresa concesionaria no se le ha negado la posibilidad de acceder al contenido del expediente administrativo.
24. Que, en ese sentido, teniendo en consideración que:
- (i) En el expediente administrativo tramitado por la Gerencia de Regulación no obran los informes legales externos.
 - (ii) Los informes legales externos tuvieron por finalidad informar a la Gerencia de Asesoría Legal sobre los aspectos de carácter administrativo tributario materia de la consulta.
 - (iii) El destinatario del contenido de los informes legales externos fue la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN.
 - (iv) Las conclusiones y recomendaciones formuladas por la Gerencia de Asesoría Legal al Consejo Directivo obedecen al análisis exclusivamente contenido en el Informe N° 003-09-GAL-OSITRAN.
 - (v) En concordancia con ello, en ninguna parte del Informe N° 03-09-GAL-OSITRAN se cita o se hace mención a los Informes Legales Externos.
25. Que, resulta claro que dichos informes legales externos no tenían porque obrar en el expediente administrativo cuyo trámite se encontraba a cargo de la Gerencia de Regulación.
26. Que, en consecuencia, al haberse comprobado que en el expediente administrativo no obran los informes legales externos, el Gerente de Regulación no incurrió en la inobservancia del debido procedimiento, razón por la cual la queja debe ser declarada infundada en este extremo.
27. Que, finalmente, tal como lo ha reconocido la propia empresa Concesionaria⁵, resulta claro que los informes legales externos únicamente constituyen una opinión que ilustra a la autoridad administrativa, no constituyendo informes con efectos vinculantes para la autoridad.

II.1.3 De la actuación del Gerente de Regulación

en el expediente, con lo cual hasta los libros de texto de carácter formativo se tendrían que agregar al expediente.

⁵ Ver párrafo 22 del presente documento.

28. Que, tal como se señala en los antecedentes de la presente Resolución, ante la solicitud de entrega de documentación formulada por el Concesionario mediante Carta N° 624-CINSA-OSITRAN, el Gerente de Regulación comunicó al Concesionario que “... **en base a lo establecido por el inciso 4 del Artículo 17 del Texto Único Ordenado de la ley N° 27806, “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, el acceso a información pública no puede ser ejercido con respecto de informes jurídicos que pudieran revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación de un procedimiento administrativo”**.”

29. Que, sobre el particular, en su escrito de queja, la empresa Concesionaria ha señalado que:

“... tiene el derecho de acceder sin limitaciones al expediente y que este derecho se ejerce de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y en la LPAG. Nada tiene que ver en este ámbito la Ley de Transparencia, cuya finalidad es precisamente garantizar a los ciudadanos el acceso a la información que posean las Entidades públicas y que no conste en el expediente de un procedimiento del que sean parte. Esa es la razón de existencia de las normas de transparencia, pues los derechos procesales de las partes de un procedimiento ya son adecuada y suficientemente tutelados por la Constitución, la LPAG y el Código Procesal Civil.”

[El subrayado es nuestro]

30. Que, en consecuencia, teniendo en consideración que los informes legales externos no obran en el expediente administrativo, consideramos que el Gerente de Regulación actuó conforme al marco legal vigente al dar a ese extremo de la solicitud el trámite que correspondía, es decir, al aplicar el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, ello en virtud del **deber de la autoridad administrativa de encausar de oficio el procedimiento**⁶, obligación establecida en el inciso 3 del Artículo 75° de la mencionada LPAG.

II.1.4 De la naturaleza de los argumentos complementarios presentados en el escrito de queja, y el deber de encausar de oficio el procedimiento

⁶ LPAG:

“Artículo 75.- Deberes de las Autoridades en los Procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, lo siguientes:

(...)

3. Encausar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponde a ellos.

(...)”

31. Que, de una revisión del escrito de queja planteado por la empresa Concesionaria, hemos podido constatar que, además de los argumentos que sustentan dicho pedido de queja, se presentan argumentos que resultan propios de un escrito de impugnación:

- **La Gerencia de Regulación debió aplicar de manera restrictiva la disposición contenida en el inciso 4 del Artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia:**

“... la Ley [Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia] contempla dos posibilidades en los que es posible reconocer a las propias entidades del Estado la confidencialidad de información que posea o haya producido. Estas posibilidades - que constituyen una limitación del derecho de los ciudadanos a acceder a la información y que por lo tanto deben ser aplicadas de manera restrictiva -, tienen como supuesto a una Administración que actúa ya sea como ente e gobierno en ejercicio de potestades políticas – no administrativas- o como parte de un procedimiento en el que está sometida a la potestad administrativa de otra Administración, generalmente oponiendo sus derechos e intereses a un tercero, sea éste un administrado u otra entidad administrativa.”

[El subrayado es nuestro]

- **La Gerencia no tiene competencia para declarar confidencial la información:**

“Si la información presentada por los administrados es por defecto pública, con mayor razón lo es también aquella información aportada al expediente por la propia Autoridad.” (Artículo 8° del Reglamento de Información Confidencial)

“... la Gerencia puede declarar confidencial únicamente respecto de información que le haya sido proporcionada por los administrados sujetos al ámbito de competencia de OSITRAN y siempre que éstos el hayan pedido dicha declaración.” (numeral 10 de la página 26 del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN)

32. Que, como puede observarse, teniendo en consideración que el Concesionario alega:

- (i) Una diferente interpretación de la norma (inciso 4 del Artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia), situación que deviene en una discusión de puro derecho; y,
- (ii) La falta de competencia de la Gerencia de Regulación para emitir pronunciamiento, lo que implica en el fondo la afirmación de la existencia de una causal de nulidad del acto, la cual conforme a la LPAG debe ser tramitada como recurso de apelación.

Somos de la opinión que, en aplicación del **principio de informalismo** del procedimiento administrativo, contemplado en el inciso 1.6 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG y, en virtud del **deber de la autoridad administrativa de encausar de oficio el procedimiento**, establecido en el inciso 3 del Artículo 75° de la mencionada LPAG, corresponde que estos extremos del escrito del Concesionario sean tramitados como un recurso de apelación.

II.2 De la tramitación del recurso impugnativo de apelación encausado de oficio

II.2.1 Análisis de la supuesta falta de competencia de la Gerencia de Regulación

33. Que, con respecto al extremo relativo a que la Gerencia de Regulación no tenía competencia para declarar la confidencialidad de la información, el Concesionario alega lo siguiente:

- (i) Que, el Artículo 8° del Reglamento de Información Confidencial señala que toda información suministrada por las Entidades Prestadoras o por Terceros que no haya sido solicitada como confidencial, será pública.
- (ii) Que, en ese sentido, si la información presentada por los administrados es por defecto pública, con mayor razón lo es también aquella información aportada al expediente por la propia autoridad.
- (iii) Que, conforme con lo establecido por el numeral 10 de la página 26 del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, la Gerencia de Regulación puede declarar confidencial únicamente información que le haya sido proporcionada por los administrados sujetos al ámbito de competencia de OSITRAN y siempre que éstos hayan pedido dicha declaración.

34. Que, con respecto de los puntos (i) y (ii) del considerando precedente debemos precisar que el supuesto de hecho de la norma alegada por el Concesionario no resulta aplicable al caso, dado que los estudios de abogados externos no son ni entidades prestadoras, ni terceros, para efectos del procedimiento de solicitud de revisión del equilibrio económico – financiero iniciado por el Concesionario.

35. Que, de otro lado, con respecto del punto (iii) señalado en el considerando 33, debe tenerse en consideración que:

- Respecto del supuesto contemplado por el inciso 4 del Artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia, dicho cuerpo legal no ha establecido, ni su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, el órgano competente al interior de

las entidades de la administración pública para declarar la confidencialidad de dicha información⁷.

- Al respecto, tenemos que el inciso 1 del Artículo 62° de la LPAG señala que “[c]uando una norma atribuya a una entidad alguna competencia o facultad sin especificar qué órgano a su interior debe ejercerla, debe entenderse que corresponde al órgano de inferior jerarquía de función más similar vinculada a ella en razón de la materia ...”[El subrayado es nuestro]

36. Que, en consecuencia, conforme a lo señalado por el inciso 1 del Artículo 62° de la LPAG, al ser la Gerencia de Regulación el órgano de “*función más similar*”, en virtud de lo establecido por el numeral 10 de la página 26 del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, dicho órgano devino en competente para declarar la confidencialidad en caso ocurra el supuesto contemplado por el inciso 4 del Artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia, razón por la cual respecto de este extremo la impugnación debe ser declarada infundada.

II.2.2 Análisis de la diferente interpretación de los alcances del inciso 4 del Artículo 17° del TUO de la Ley de Transparencia

37. Que, de otro lado, con respecto del extremo alegado por el Concesionario, relativo a que la Gerencia de Regulación debió aplicar de manera restrictiva la disposición contenida en el inciso 4 del Artículo 17° del TUO de la Ley de Transparencia, dicha empresa señala que “...**al encontrarnos ante una limitación de un derecho fundamental, ésta debe ser interpretada de manera estricta o restringida, y no de manera amplia o extensiva.**”

38. Que, al respecto, teniendo en consideración que:

- (i) El Artículo 18° del TUO de la Ley de Transparencia señala que “[l]os casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental.(...)”
- (ii) En el presente caso, los informes legales externos no se encuentran relacionados con un procedimiento administrativo en donde estén involucrados intereses de los usuarios, como si ocurría, por ejemplo, en un procedimiento de revisión tarifaria.

⁷ Tanto el TUO de la Ley de Transparencia como su Reglamento se limitan únicamente a señalar que las entidades deberán determinar el órgano encargado de la entrega de la información.

Somos de la opinión que corresponde declarar fundado el recurso de apelación en este extremo.

II.3 Del órgano competente para emitir pronunciamiento

39. Que, conforme a lo señalado por el inciso 2 del Artículo 158° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.

[El subrayado es nuestro]

40. Que, teniendo en consideración que conforme a la estructura organizacional de OSITRAN el superior jerárquico de la Gerencia de Regulación es la Gerencia General, queda claro que compete a dicho despacho emitir pronunciamiento respecto de la queja deducida.
41. Que, de otro lado, teniendo en consideración que en los procedimientos de apelación corresponde al superior jerárquico de la autoridad del acto impugnado resolver la impugnación, queda claro que dicha función corresponde también a la Gerencia General.

II.4 De la falta de pronunciamiento de la Gerencia de Regulación respecto de los extremos de la queja planteada

42. Que, el numeral 158.2 del Artículo 158° de la LPAG señala lo siguiente:

“158.2 La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.”

[El subrayado es nuestro]

43. Que, como puede observarse, conforme a la norma legal precedentemente citada, correspondía correr traslado de la queja al quejado, en este caso al Gerente de Regulación, con el objeto de que pueda presentar sus descargos. No obstante ello, al haber estado dicho funcionario en una comisión de servicios efectuada fuera del país y, luego, en la toma de su correspondiente periodo de descanso vacacional y, dado que, conforme a lo expuesto en la presente Resolución, consideramos que ya se cuentan con

todos los elementos de juicio necesarios para resolver las pretensiones planteadas por el Concesionario, somos de la opinión que en virtud del principio de celeridad del procedimiento administrativo, contemplado por el inciso 1.9 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, corresponde a la Gerencia de General emitir pronunciamiento.

De conformidad con el Numeral 11 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 008-2006-CD-OSITRAN, corresponde a esta Gerencia emitir el correspondiente acto administrativo.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADA la queja interpuesta por Concesionaria IIRSA Norte S.A, mediante Carta N° 650-CINSA-OSITRAN de fecha 04 de marzo de 2009, contra la Gerencia de Regulación por defecto de tramitación procesal materializado en la negativa de permitir el acceso a toda la documentación e información que obra en el expediente administrativo de solicitud de revisión del equilibrio económico financiero.

Artículo Segundo.- ENCAUSAR DE OFICIO, como RECURSO DE APELACIÓN, los extremos de la queja presentada por Concesionaria IIRSA Norte S.A., mediante Carta N° 650-CINSA-OSITRAN de fecha 04 de marzo de 2009, relativos a la falta de competencia de la Gerencia de Regulación para determinar la confidencialidad de los informes legales externos y la aplicación restrictiva del inciso 4 del Artículo 17° Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación encausado de oficio a través del Artículo Segundo de la presente Resolución, en el extremo relativo a la falta de competencia de la Gerencia de Regulación para determinar la confidencialidad de los informes legales externos.

Artículo Cuarto.- Declarar FUNDADO el recurso de apelación encausado de oficio a través del Artículo Segundo de la presente Resolución, en el extremo relativo a que la causal contemplada en el inciso 4 del Artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 debió aplicarse de manera restrictiva, y, en consecuencia, REVOCAR la decisión de la Gerencia de Regulación de OSITRAN, contenida en la Resolución N° 001-2009-GRE-OSITRAN, de fecha 13 de febrero 2008, así como en el Oficio N° 037-09-GRE-OSITRAN de fecha 19 de febrero de 2009, de denegar el acceso a los informes legales externos, razón por la cual la administración de OSITRAN, a través del funcionario designado para entregar la información solicitada, conforme a lo dispuesto por el Artículo 8° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 y la Resolución de Presidencia N° 009-2007-PD-OSITRAN, deberá proceder a facilitar a Concesionaria IIRSA Norte S.A. copia de los informes legales externos.

Artículo Quinto.- Notifíquese la presente Resolución, así como el Informe N°022-09-GAL-OSITRAN, a Concesionaria IIRSA Norte S.A.

Artículo Sexto.- Hacer de conocimiento del Concedente la presente Resolución, así como el Informe N° 022-09-GAL-OSITRAN.

Notifíquese, Cúmplase y Archívese

JORGE MONTESINOS CORDOVA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG-4887-09