

Resolución de Gerencia General

Nº 019 -2009-GG-OSITRAN

Lima, 14 de abril de 2009

VISTO:

El Informe Nº 025-09-GAL-OSITRAN de fecha 08 de abril de 2008;

CONSIDERANDO:

1. Que, mediante Oficio Circular Nº 381-08-GS-OSITRAN de fecha 13 de febrero de 2008, el Gerente de Supervisión de OSITRAN informó a la Concesionaria IIRSA Norte S.A. (en lo sucesivo, la Concesionaria), en relación a los criterios y/o procedimientos de selección para la contratación de una empresa auditora que "OSITRAN, solicitará trimestralmente el Informe de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular, como requisito indispensable para aprobar el informe de recaudación por concepto de peaje";
2. Que, mediante Oficio Nº 1002-08-GS-OSITRAN de fecha 24 de abril de 2008, el Gerente de Supervisión de OSITRAN informó a la Concesionaria, que "a fin de que proceda el pago del PAMO, es requisito indispensable, de acuerdo a lo comunicado a su representada (...) y aceptado por ustedes (...), contar con el Informe de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular para aprobar el Informe de recaudación por concepto de peaje";
3. Que, mediante Carta Nº 413-CINSA-OSITRAN de fecha 7 de mayo de 2008, la Concesionaria IIRSA Norte, cumple con remitir el informe de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular, solicitando aprobar en el más breve plazo los informes sobre recaudación de peajes; y asimismo, revisar la posición de OSITRAN sobre la exigencia de los referidos Informes de Auditoría;
4. Que, mediante Carta Nº 419-CINSA-OSITRAN de fecha 9 de mayo de 2008, la Concesionaria, adjunta un Informe Legal del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, documento que sustentaría que los informes trimestrales de recaudación de peajes son una obligación distinta al informe auditado de flujos vehiculares previstos en la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión;
5. Que, mediante Oficio 1181-08-GS-OSITRAN de fecha 12 de mayo de 2008, el Gerente de Supervisión de OSITRAN absuelve la Carta Nº 419-CINSA-OSITRAN y la Carta Nº 413-CINSA-OSITRAN, entre otras, con relación al pago del PAMO enero-marzo 2008;
6. Que, mediante Oficio 1186-08-GS-OSITRAN de fecha 12 de mayo de 2008, el Gerente de Supervisión de OSITRAN informó al señor Juan Suito Larrea, Director General de Concesiones en Transporte del MTC que, la Concesionaria había cumplido con presentar el

Informe Trimestral de Tránsito y Recaudación, correspondiente al periodo enero-marzo 2008, conforme al Contrato de Concesión y lo estipulado por OSITRAN;

7. Que, mediante Oficio N° 1340-08-GS-OSITRAN, de fecha 28 de mayo de 2008, se notificó a la Concesionaria el Oficio N° 1186-08-GS-OSITRAN, adjuntándose además, la Nota N° 380-08-GS-OSITRAN y la Nota N° 388-08-GS-OSITRAN, a través de las cuales se hace referencia a la presentación del Informe de Auditoría de medición de Flujo Vehicular, de manera trimestral, a fin de aprobar el informe de recaudación por concepto de peaje;
8. Que, con fecha 17 de junio de 2008, la Concesionaria interpone Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 1186-08-GS-OSITRAN, “con la finalidad de que éste sea revocado únicamente en el extremo que requiere la presentación de Informes de Auditoría con periodicidad trimestral”. Sin embargo, atendiendo al requerimiento formulado mediante Oficio N° 2053-08-GS-OSITRAN de fecha 25 de julio del 2008, con fecha 1 de agosto de 2008, la Concesionaria remite el Recurso de Reconsideración, debidamente suscrito por letrado;
9. Que, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN de fecha 1 de agosto de 2008, y notificada mediante Oficio N° 2127-08-GS-OSITRAN de fecha 4 de agosto de 2008, OSITRAN resuelve declarar improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Concesionaria contra el Oficio N° 1186-08-GS-OSITRAN;
10. Que, con fecha 26 de agosto de 2008, la Concesionaria interpone Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN que declara improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto contra el Oficio N° 1186-2008-GS-OSITRAN;
11. Que, mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN de fecha 8 de setiembre de 2008, la Concesionaria señala que ha optado por “la aplicación del silencio negativo respecto de nuestro recurso de reconsideración presentado contra el oficio a) de la referencia¹, presentado mediante carta de la referencia b)² y complementado con la Carta indicada en la referencia c)³, con la que se acompañó nueva prueba instrumental”. En ese sentido, solicita entender “el presente recurso como uno de apelación contra la resolución denegatoria ficta de la Administración”;
12. Que, mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2008, la Gerencia de Regulación resolvió⁴, entre otros, declarar improcedente el Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN, así como, declarar improcedente la pretensión contenida en la Carta N° 512-CINSA-OSITRAN contra el presunto Silencio Administrativo

¹ Hace referencia al Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN.

² Hace referencia a la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN.

³ Hace referencia a la Carta N° 419-CINSA-OSITRAN.

⁴ Mediante Resolución de Presidencia N° 025-2008-PD-OSITRAN de fecha 19 de setiembre de 2008, el Presidente de OSITRAN dispuso que la Gerencia de Regulación se constituya en órgano resolutor del Recurso de Apelación, debido a la abstención de la Gerencia General.

Negativo recaído a su vez en otro presunto Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, presentado mediante Carta N° 413-CINSA-OSITRAN y CARTA N° 419-CINSA-OSITRAN. De igual modo, dispuso que, “en el marco del derecho de petición que reconoce la Ley de Procedimiento Administrativo General, la Gerencia de Supervisión se pronuncie de manera puntual sobre la solicitud de revisión contenida en el párrafo final de la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, debiendo dar al interesado una respuesta por escrito dentro del marco de lo previsto en la referida Ley”;

13. Que, mediante Carta N° 552-CINSA-OSITRAN de fecha 29 de octubre de 2008, la Concesionaria comunica que se ha producido la aprobación ficta de su Recurso de Apelación deducido mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN, y cuya consecuencia sería no volver a requerir la presentación de auditorías trimestrales para la aprobación de los informes de recaudación por concepto de peajes;
14. Que, mediante Oficio N° 512-08-GG-OSITRAN de fecha 10 de noviembre de 2008, OSITRAN comunica a la Concesionaria que “lo señalado en su Carta 552-CINSA-OSITRAN deberá sujetarse a lo resuelto en la precitada Resolución de Gerencia de Regulación N° 01-2008-GRE-OSITRAN”;
15. Que, mediante Carta N° 566-CINSA-OSITRAN de fecha 13 de noviembre de 2008, la Concesionaria reitera que se ha producido la aprobación ficta de su Recurso de Apelación deducido mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN, y cuya consecuencia sería no volver a requerir la presentación de auditorías trimestrales para la aprobación de los informes de recaudación por concepto de peajes;
16. Que, mediante Oficio N° 606-08-GG-OSITRAN de fecha 30 de diciembre de 2008, OSITRAN comunica a la Concesionaria que “si la Concesionaria IIRSA Norte S.A. no ha deducido recurso impugnativo alguno contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, coincidimos en que resulta un imposible jurídico que pueda aplicarse el Silencio Administrativo Negativo, menos aún la presunta aprobación ficta del Recurso Administrativo de Apelación. En atención a lo expuesto, reiteramos el contenido del Oficio N° 512-08-GG-OSITRAN, en el sentido que la Carta N° 566-CINSA-OSITRAN deberá sujetarse a lo resuelto en la Resolución de Gerencia de Regulación N° 01-2008-GRE-OSITRAN”;
17. Que, mediante Oficio Circular N° 039-09-GS-OSITRAN de fecha 7 de enero de 2009 y notificada el 9 de enero de 2009, OSITRAN remite a la Concesionaria, los criterios y/o procedimiento de selección para la contratación de la empresa auditora;
18. Que, mediante Carta N° 621-CINSA-OSITRAN de fecha 30 de enero de 2009, la Concesionaria interpone Recurso de Apelación Parcial contra el Oficio Circular N° 039-09-GS-OSITRAN, en los extremos referidos a la presentación de auditorías trimestrales y a las obligaciones establecidas en el Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora;

19. Que, mediante Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN de fecha 5 de febrero de 2009, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, en atención a lo resuelto mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN, remitió a la Concesionaria el Informe N° 101-2009-GS-OSITRAN, mediante el cual concluye que no resulta procedente el derecho de petición contenido en la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN;
20. Que, mediante Carta N° 647-CINSA-OSITRAN de fecha 25 de febrero de 2009, que fuera recibida con fecha 27 de febrero de 2009, la Concesionaria interpone Recurso de Apelación contra el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN, solicitando declarar la Nulidad del referido Oficio;
21. Que, en relación al Recurso de Apelación Parcial contra el oficio circular N° 039-09-GS-OSITRAN interpuesto a través de la carta N° 621-CINSA-OSITRAN, mediante Resolución de Gerencia General N° 011-2009-GG-OSITRAN de fecha 13 de marzo de 2009, la Gerencia General resolvió *“declarar improcedente el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., con relación a la presentación de las auditorías trimestrales y respecto a las obligaciones establecidas en el Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora”;*

ANÁLISIS

I. DE LOS ARGUMENTOS DE LA CONCESIONARIA

22. Mediante Carta N° 647-CINSA-OSITRAN de fecha 25 de febrero de 2009, la Concesionaria señala que el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN se encuentra viciado de nulidad por defecto de los requisitos de validez exigidos en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 3° de la LPAG.

23. La Concesionaria fundamenta su apelación en los siguientes argumentos:

- i. La Gerencia de Supervisión es incompetente en razón de grado y tiempo para declarar la improcedencia de lo solicitado en nuestra Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, que fuera ya resuelta en última instancia mediante resolución aprobatoria ficta del 28 de octubre de 2008.
- ii. La motivación es insuficiente y errada, dado que el Oficio omite sustentar las razones por las cuales no habría operado la aprobación ficta de nuestra apelación, cuando la Resolución N° 001-2008-GRE-OSITRAN fue expedida y notificada extemporáneamente.
- iii. Vulnera abiertamente el procedimiento regular, ya que pretende modificar una resolución administrativa firme.”

II. EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LA CONCESIONARIA

24. El artículo 3° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) prevé lo siguiente:

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.”

[El subrayado es nuestro]

25. En atención al artículo antes citado, un acto administrativo será válido, siempre que éste haya sido emitido conforme al marco jurídico vigente, además de cumplir, como es evidente, con cada uno de los requisitos de validez antes descritos. El defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez⁵, habilita a los administrados a ejercer su derecho a recurrir, vía los recursos impugnativos previstos en la LPAG⁶, a fin de declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. En el caso de la administración, ésta podrá actuar de oficio.

⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁶ Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

26. En el caso que nos aborda, la Concesionaria cuestiona los requisitos de validez: competencia, motivación y procedimiento regular, previstos en el artículo 3° de la LPAG. En ese orden de ideas, corresponde analizar cada uno de los requisitos de validez cuestionados por la Concesionaria.

Sobre la competencia

27. La Concesionaria señala lo siguiente:

“La Gerencia de Supervisión es incompetente en razón de grado y tiempo para declarar la improcedencia de lo solicitado en nuestra Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, que fuera ya resuelta en última instancia mediante resolución aprobatoria ficta del 28 de octubre de 2008”.

[El Subrayado es nuestro]

28. Como hemos señalado en el numeral 13 del presente informe, el artículo 3 de la Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN dispuso que:

“(…), en el marco del derecho de petición que reconoce la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Gerencia de Supervisión se pronuncie de manera puntual sobre la solicitud de revisión contenida en el párrafo final de la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, debiendo dar al interesado una respuesta por escrito dentro del marco de lo previsto en la referida Ley”.

29. Como puede advertirse, el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, que absuelve el derecho de petición contenido en la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, ha sido expedido dando cumplimiento a lo resuelto por el superior jerárquico⁷ mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN.

30. En ese orden de ideas, el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN ha sido emitido por un órgano competente, cumpliéndose de este modo, con el requisito de validez previsto en la LPAG.

31. Ahora bien, con relación al argumento de la Concesionaria sobre una presunta resolución aprobatoria ficta, debemos manifestar que esta misma argumentación fue resuelta mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN, Resolución de Gerencia General N° 011-2009-GG-OSITRAN, así como también, con las comunicaciones a la Concesionaria mediante Oficio N° 512-08-GG-OSITRAN y Oficio N° 606-08-GG-OSITRAN.

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.

⁷ Mediante Resolución de Presidencia N° 025-2008-PD-OSITRAN, se aprueba la abstención de la Gerencia General, disponiendo que la Gerencia de Regulación se constituya en órgano resolutor del Recurso.

En ese orden de ideas, en aplicación del artículo 206.3 de la LPAG⁸, no cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes.

Sobre la motivación

32. La Concesionaria señala lo siguiente:

“La motivación es insuficiente y errada, dado que el Oficio omite sustentar las razones por las cuales no habría operado la aprobación ficta de nuestra apelación, cuando la Resolución 001-2008-GRE-OSITRAN fue expedida y notificada extemporáneamente”.

[El Subrayado es nuestro]

33. Como hemos señalado en el numeral 30 del presente Informe, el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, que absuelve el derecho de petición contenido en la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, ha sido expedido dando cumplimiento a lo ordenado mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN.

34. Ahora bien, el Informe N° 101-2009-GS-OSITRAN que sirve de base para la emisión del Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN, contiene la evaluación del derecho de petición sobre la exigibilidad de las auditorías de tráfico. Además, según lo señalado en el Informe N° 523-2008-GS-OSITRAN que sirvió de base para la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN emitió, previamente, pronunciamiento expreso sobre la exigibilidad de las auditorías de tráfico.

35. En atención a lo expuesto, el Informe adjunto al Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN contiene motivación suficiente sobre el derecho de petición formulado por la Concesionaria, debiendo precisarse que los argumentos expuestos no han sido cuestionados por esta última. En conclusión, se cumple con el requisito de validez previsto en la LPAG.

36. Ahora bien, con relación al argumento de la Concesionaria sobre una presunta resolución aprobatoria ficta, debemos manifestar que esta misma argumentación fue resuelta mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN, Resolución de Gerencia General N° 011-2009-GG-OSITRAN, así como también, con las comunicaciones a la Concesionaria mediante Oficio N° 512-08-GG-OSITRAN y Oficio N° 606-08-GG-OSITRAN.

37. En los procedimientos administrativos que citamos en el punto 36 precedente, se concluyó que la Concesionaria, en ningún momento, había deducido recurso impugnativo alguno contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, por lo que la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN y la Carta N° 419-CINSA-OSITRAN, no cuentan con manifestación de voluntad expresa, ni menos tácita, sobre la intención de formular el referido Recurso. Siendo esto así, resultaba un

⁸ Artículo 206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

imposible jurídico que pueda aplicarse el Silencio Administrativo Negativo, menos aún, la presunta existencia de una aprobación ficta.

38. En ese orden de ideas, con relación a dicho argumento, y en aplicación del artículo 206.3 de la LPAG, reafirmamos que no cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes.

Sobre el procedimiento regular

39. La Concesionaria señala lo siguiente:

“Vulnera abiertamente el procedimiento regular, ya que pretende modificar una resolución administrativa firme”.

[El Subrayado es nuestro]

40. Como hemos señalado en el numeral 30 del presente Informe, el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, que absuelve el derecho de petición contenido en la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, ha sido expedido dando cumplimiento a lo ordenado mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN.

41. En atención a lo expuesto, el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN ha cumplido con el procedimiento regular, es decir, dar cumplimiento a lo ordenado por la Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN, resolviendo la solicitud de la Concesionaria como un derecho de petición. Así, el referido acto administrativo cumple con el requisito de validez previsto en la LPAG.

42. Ahora bien, con relación al argumento de la Concesionaria sobre una presunta modificación de una resolución administrativa firme, entendiéndola por ella, la presunta resolución aprobatoria ficta, debemos manifestar que lo argumentado por la Concesionaria, como ya se ha señalado, fue resuelto mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN, Resolución de Gerencia General N° 011-2009-GG-OSITRAN, así como también, con las comunicaciones a la Concesionaria mediante Oficio N° 512-08-GG-OSITRAN y Oficio N° 606-08-GG-OSITRAN.

De conformidad con lo establecido en los artículos 57° y 58° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar infundado el Recurso de Apelación contra el Oficio N° 407-09-GS-OSITRAN interpuesto por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., con relación a la declaración de improcedencia de la solicitud de revisión de la posición de OSITRAN, respecto a

la exigibilidad de la presentación de las auditorías de Medición de Flujo Vehicular, en base a los argumentos expuestos en el presente informe.

SEGUNDO.- Notificar a la Concesionaria IIRSA NORTE S.A. la presente Resolución y el Informe N° 025-09-GAL-OSITRAN, el mismo que forma parte integrante de ésta.

Regístrese, comuníquese y archívese.

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG-6620-09