

Resolución de Gerencia General

Nº 015-2002-GG-OSITRAN

Lima, 22 de mayo de 2002

PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO DE INVERSIONES

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (en adelante GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Ferrovías Central Andina S.A. (en adelante FERROVÍAS)
MATERIA : Recurso de apelación contra los Informes Nº 002-02-GS-V-OSITRAN correspondiente al período marzo – agosto de 2000 y Nº 003-02-GS-V-OSITRAN correspondiente al período septiembre – diciembre de 2000, interpuesto por FERROVÍAS.

VISTOS:

El Expediente Nº 001-2002 remitido por la Gerencia de Supervisión por Nota Nº 004-02-GS-V-OSITRAN de fecha 4 de febrero de 2002 y el Informe Legal Nº 26-2002-GL/OSITRAN de fecha 21 de mayo de 2002 elaborado por la Gerencia Legal, mediante el cual se evalúan los fundamentos en que el recurrente sustenta su recurso de apelación;

CONSIDERANDO:

Que, por Carta s/n de fecha 29 de septiembre de 2000, presentada a OSITRAN con fecha 2 de octubre de 2000, FERROVÍAS comunicó su decisión de acogerse al beneficio de liberación de pago, a que se contrae la cláusula 10.1 del contrato de concesión, enviando la información sustentatoria de las inversiones realizadas en el período marzo – agosto de 2000;

Que, por Carta s/n de fecha 22 de enero de 2001, presentada en la fecha, FERROVÍAS comunicó su decisión de acogerse al beneficio de liberación de pago, a que se contrae la cláusula 10.1 del contrato de concesión, enviando la información sustentatoria de las inversiones realizadas en el período septiembre – diciembre 2000;

Que, con fecha 16 de enero de 2002, por Oficio Nº 023-02-GG de fecha 14 de enero de 2002, se notificó a FERROVÍAS el Informe Nº 003-02-GS-V-OSITRAN de fecha 10 de enero de 2002 que contiene el pronunciamiento sobre las inversiones realizadas del período septiembre-diciembre de 2000, en el que se reconoció la suma de S/.827,664.95;

Que, con fecha 17 de enero de 2002, por Oficio N° 031-02-GG-OSITRAN de fecha 16 de enero de 2002, se notificó a FERROVÍAS el Informe N° 002-02-GS-V-OSITRAN de fecha 10 de enero de 2002 que contiene el pronunciamiento sobre las inversiones del período marzo-agosto de 2000, en el que se reconoció la suma de S/.2'737,673.54;

Que, con fecha 25 de enero de 2002, por Oficio N° 016-02-GS-V-OSITRAN de fecha 24 de enero de 2002, y en atención al pronunciamiento efectuado por el Informe N° 003-02-GS-V-OSITRAN, se le requirió para que pague la suma de S/.984,581.85 por la retribución principal del año 2000;

Que, con fecha 28 de enero de 2002, FERROVÍAS presentó el escrito s/n de fecha 25 de enero de 2002, en el que manifestó su desacuerdo con las comunicaciones de OSITRAN Nos. 016, 023 y 031, pues existen diferencias entre los criterios utilizados por los consultores del OSITRAN y los utilizados por FERROVÍAS para la aplicación de los lineamientos del mecanismo de liberación de pago de las retribuciones principal y especial;

Que, con fecha 1° de febrero de 2002, FERROVÍAS interpuso recurso de apelación contra los informes 03-02-GS-V-OSITRAN y N° 02-02-GS-V-OSITRAN y en el Oficio N° 016-02-GS-V-OSITRAN, solicitando que la instancia superior revise el reconocimiento practicado y que en tanto no se determine la existencia de un saldo de la Retribución Principal o Especial, se deje sin efecto el requerimiento de pago;

Que, por Resolución de Gerencia General N° 001-2002-GG-OSITRAN/Exp. 001 de fecha 8 de febrero de 2002, se admitió a trámite la apelación interpuesta y se dispuso la suspensión del cobro efectuado mediante el Oficio N° 016-02-GS-V-OSITRAN en tanto se resuelva la apelación;

Que, por Carta de fecha 8 de febrero de 2002, recibida en la fecha, FERROVÍAS adjuntó el Informe Ejecutivo y el Expediente Técnico del Mantenimiento y Rehabilitación de la vía férrea Km. 136.5 (Muros de Contención y Cunetas de la línea férrea Callao – La Oroya); así como el Acta de Recepción de Obra de Muro de Contención a base de gaviones de fecha 10 de julio de 2000;

Que, con fecha 27 de febrero de 2002, FERROVÍAS remitió vía fax, la Addenda N° 1 al Contrato de Locación de Servicios Complementarios de Mantenimiento de Vía Férrea;

Que, por Resolución de Gerencia General N° 002-2002-GG-OSITRAN/Exp. 001 de fecha 4 de abril de 2002, se prorrogó el plazo para emitir el pronunciamiento por 30 días hábiles adicionales;

Que, por escrito de fecha 9 de mayo de 2002, FERROVÍAS amplió los fundamentos de su apelación;

Que, de conformidad con el literal a) del artículo 55° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, corresponde a la Gerencia General pronunciarse en última instancia en las apelaciones de los informes de la Gerencia de Supervisión que reconocen inversiones en mantenimiento y rehabilitación de la vía férrea;

Que, habiéndose realizado todas las actuaciones necesarias el expediente se encuentra expedito para su resolución;

Que, luego de la revisión del informe de visto, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente resolución. En tal sentido corresponde modificar los Informes 03-02-GS-V-OSITRAN y N° 02-02-GS-V-OSITRAN por los fundamentos y con los alcances expuestos en el referido informe;

Por lo expuesto, se RESUELVE:

PRIMERO: Declarar fundada en parte la apelación interpuesta y en consecuencia modificar los Informes N° 002-02-GS-V-OSITRAN y N° 003-02-GS-V-OSITRAN, ambos de fecha 10 de enero de 2002, en los extremos a que se refieren los Anexos 1 y 2 del Informe Legal N° 26-2002-GL/OSITRAN de fecha 21 de mayo de 2002:

1. En relación al Informe N° 002-02-GS-V-OSITRAN correspondiente al período marzo – agosto 2000, y en relación al monto reclamado aceptar la suma de S/.145,169.23(CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE Y 23/100 NUEVOS SOLES) adicionales, y en consecuencia, aceptar como monto total reconocido la suma de S/.2'882,842.77 (DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTIDOS Y 77/100 NUEVOS SOLES);
2. En relación al Informe N° 003-02-GS-V-OSITRAN, correspondiente al período septiembre – diciembre 2000, y en relación al monto reclamado aceptar la suma de S/. 79,715.48 (SETENTINUEVE MIL SETECIENTOS QUINCE Y 48/100 NUEVOS SOLES) adicionales, y en consecuencia, aceptar como monto total reconocido la suma de S/.907,380.43 (NOVECIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y 43/100 NUEVOS SOLES).

SEGUNDO: Confirmar los informes N° 002-02-GS-V-OSITRAN y N° 003-02-GS-V-OSITRAN, ambos de fecha 10 de enero de 2002 en lo demás que contienen.

TERCERO: Dejar sin efecto la suspensión del cobro de la retribución dispuesta por la Resolución de Gerencia General N° 001-2002-GG-OSITRAN/Exp. 001 de fecha 8 de febrero de 2002.

CUARTO.- Notificar al apelante con la presente resolución y el Informe Legal N° 026-2002-GL/OSITRAN y Anexos, los mismos que integran la presente resolución.

QUINTA.- Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en su calidad de concedente.

Regístrese y Archívese

JORGE ALFARO MARTIJENA
Gerente General

INFORME LEGAL N° 26-2002-GL/OSITRAN

Para	:	Jorge Alfaro Martijena
De	:	Félix Vasi Zevallos
Asunto	:	Apelación de los Informes N° 002-02-GS-V-OSITRAN sobre reconocimiento de inversiones del período marzo agosto y N° 003-02-GS-V-OSITRAN sobre reconocimiento de inversiones del período septiembre diciembre del 2000, interpuesto por FERROVÍAS
Fecha	:	21 de mayo de 2002

I. ANTECEDENTES:

1. Por Carta s/n de fecha 29 de septiembre de 2000, presentada a OSITRAN con fecha 2 de octubre de 2000, FERROVÍAS comunicó su decisión de acogerse al beneficio de liberación de pago, a que se contrae la cláusula 10.1 del contrato de concesión, enviando la información sustentatoria de las inversiones realizadas en el período marzo – agosto de 2000.
2. Por Carta s/n de fecha 22 de enero de 2001, presentada en la fecha, FERROVÍAS comunicó su decisión de acogerse al beneficio de liberación de pago, a que se contrae la cláusula 10.1 del contrato de concesión, enviando la información sustentatoria de las inversiones realizadas en el período septiembre – diciembre 2000.
3. Con fecha 16 de enero de 2002, por Oficio N° 023-02-GG de fecha 14 de enero de 2002, se notificó a FERROVÍAS el Informe N° 003-02-GS-V-OSITRAN de fecha 10 de enero de 2002 que contiene el pronunciamiento sobre las inversiones realizadas del período septiembre-diciembre de 2000, en el que se reconoció la suma de S/.827,664.95.
4. Con fecha 17 de enero de 2002, por Oficio N° 031-02-GG-OSITRAN de fecha 16 de enero de 2002, se notificó a FERROVÍAS el Informe N° 002-02-GS-V-OSITRAN de fecha 10 de enero de 2002 que contiene el pronunciamiento sobre las inversiones del período marzo-agosto de 2000, en el que se reconoció la suma de S/.2'737,673.54.
5. Con fecha 25 de enero de 2002, por Oficio N° 016-02-GS-V-OSITRAN de fecha 24 de enero de 2002, y en atención al pronunciamiento efectuado por el Informe N° 003-02-GS-V-OSITRAN, se le requirió para que pague la suma de S/.984,581.85 por la retribución principal del año 2000.

6. Con fecha 28 de enero de 2002, FERROVÍAS presentó el escrito s/n de fecha 25 de enero de 2002, en el que manifestaron su desacuerdo con las comunicaciones de OSITRAN Nos. 016, 023 y 031, pues existen diferencias entre los criterios utilizados por los consultores del OSITRAN y los utilizados por FERROVÍAS para la aplicación de los lineamientos del mecanismo de liberación de pago de las retribuciones principal y especial.
7. Con fecha 1º de febrero de 2002, FERROVÍAS interpuso recurso de apelación contra los actos administrativos contenidos en los informes 03-02-GS-V-OSITRAN y N° 02-02-GS-V-OSITRAN y en el Oficio N° 016-02-GS-V-OSITRAN, solicitando que se la instancia superior revise el reconocimiento practicado y que en tanto no se determine la existencia de un saldo de la Retribución Principal o Especial, se deje sin efecto el requerimiento de pago.
8. Por Resolución de Gerencia General N° 001-2002-GG-OSITRAN/Exp. 001 de fecha 8 de febrero de 2002, se admitió a trámite la apelación interpuesta y se dispuso la suspensión del cobro efectuado mediante el Oficio N° 016-02-GS-V-OSITRAN en tanto se resuelva la apelación.
9. Por Carta de fecha 8 de febrero de 2002, recibida en la fecha, FERROVÍAS adjunta el Informe Ejecutivo y el Expediente Técnico del Mantenimiento y Rehabilitación de la vía férrea Km. 136.5 (Muros de Contención y Cunetas de la línea férrea Callao – La Oroya); así como el Acta de Recepción de Obra de Muro de Contención a base de gaviones de fecha 10 de julio de 2000;
10. Con fecha 27 de febrero de 2002, FERROVÍAS remitió vía fax, la Addenda N° 1 al Contrato de Locación de Servicios Complementarios de Mantenimiento de Vía Férrea;
11. Por Resolución de Gerencia General N° 002-2002-GG-OSITRAN/Exp. 001 de fecha 4 de abril de 2002, se prorrogó el plazo para emitir el pronunciamiento por 30 días hábiles adicionales;
12. Por escrito de fecha 9 de mayo de 2002, FERROVÍAS amplió los fundamentos de su apelación;

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

En atención a que el objeto del presente informe es servir de sustento a la resolución que expedirá la Gerencia General, seguiremos el esquema de análisis que se emplea en las resoluciones que expide la referida autoridad.

Sin embargo, antes de proponer las cuestiones en discusión, es necesario precisar dos aspectos relevantes del Contrato de Concesión, relacionados con la materia directamente controvertida en el presente caso:

- a) Los Concesionarios se encuentran obligados al pago de la Retribución Principal y la Retribución Especial al Estado;
- b) Los Concesionarios tienen la facultad de liberarse de dicha obligación si es que realizan inversiones de rehabilitación y mantenimiento en la línea férrea dentro del plazo de los 5 primeros años de la concesión¹.

De lo anterior, se desprende que el régimen de incentivos establecido en el Contrato de Concesión, busca que el concesionario invierta tanto como sea posible dentro de los cinco primeros años de la concesión a efectos de alcanzar los estándares internacionales a que se refieren la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión que comentaremos más adelante.

En atención a que consideramos definido el marco conceptual, corresponde proponer los temas en discusión, que a criterio de esta gerencia, giran en torno a cinco temas fundamentales sobre los que versa prácticamente toda la materia controvertida:

- a) “Exclusividad de las inversiones”: En efecto, parte de las inversiones no reconocidas se han rechazado en atención a que se consideró que los bienes o servicios adquiridos o contratados por el concesionario, no son de dedicación exclusiva al mantenimiento y rehabilitación de la vía férrea;
- b) Inversiones asociadas a los “cambios de vía”: Otra parte importante de las inversiones no reconocidas está constituida por items asociados a los “cambios”. La Gerencia de Supervisión ha considerado que los cambios son parte de los desvíos y que en consecuencia, las inversiones asociadas a los cambios no se reconocen como inversión para efectos del mecanismo previsto en la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión;
- c) Determinación del trazo de la línea férrea: Es importante aclarar las reglas a seguir por los concesionarios para modificar el trazo de la línea férrea definido en el contrato, pues este tema es crucial para el reconocimiento de inversiones;

¹El Contrato establece:

CLÁUSULA DÉCIMA: INCENTIVOS A LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO

10.1. Liberación del pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial. El Concesionario podrá dejar de pagar la Retribución Principal y la Retribución Especial en mérito a sus Inversiones, de acuerdo a las siguientes reglas:

*10.1.1. Durante los cinco primeros Años de Concesión, hasta la totalidad de los pagos que correspondan por la Retribución Principal y la Retribución Especial podrán ser dejados de pagar por el Concesionario en la medida que realice Inversiones. El Concesionario quedará liberado de su obligación de pagar cada S/1.00 (Un Nuevo Sol) que corresponda por la Retribución Principal y la Retribución Especial a favor del Concedente por cada S/1.00 (Un Nuevo Sol) que **el Concesionario efectivamente acredite que invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea**. Las Inversiones del Concesionario se considerarán efectuadas en el momento en que efectivamente se instalen bienes o se reciban servicios en la Línea Férrea.
(...)*

- d) Inversiones en mantenimiento de equipos: Corresponde evaluar si deben aceptarse como inversiones los repuestos de las máquinas que sirven a su vez, para dar mantenimiento o rehabilitación a las vías;
- e) Inversiones a cuenta: Corresponde evaluar la posibilidad de aceptar inversiones a cuenta de otras inversiones mayores.

Y en atención a la reevaluación de los criterios, correspondería reevaluar las inversiones.

En consecuencia, las cuestiones en discusión consistirán en:

1. Determinar cómo debe entenderse el término “exclusividad de las inversiones”;
2. Determinar si las inversiones asociadas a los “cambios” deben ser reconocidas a efectos del mecanismo de liberación a que se refiere el numeral 10.1 del Contrato de Concesión;
3. Determinar en función a qué criterio se define el trazo de la línea férrea;
4. Determinar si las inversiones en repuestos deben ser reconocidas;
5. Determinar si es posible el reconocimiento de inversiones a cuenta de otra inversión mayor;
6. El re examen de las inversiones no reconocidas.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

III.1. Análisis de la definición del término “exclusivamente”

Para los efectos del mecanismo de liberación de pago por la realización de inversiones, el contrato de concesión propone la siguiente definición de este último concepto señalando que son los recursos del Concesionario destinados **exclusivamente** a la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea².

A criterio de esta Gerencia, el término “exclusivamente”, debe interpretarse en el sentido que el “bien” o “servicio” adquirido o contratado por el concesionario, debe dedicarse exclusivamente en el mantenimiento y/o rehabilitación de la vía férrea.

² CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN

1.1. Definiciones. Para los fines del presente Contrato, las Partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado:

Inversiones: significarán para efectos del mecanismo previsto en el numeral 10.1. de este Contrato, los recursos del Concesionario destinados exclusivamente a la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea.

A criterio de esta Gerencia, el término “exclusivamente” no se refiere a la “especificidad” del activo o servicio, es decir, no se van a reconocer sólo los bienes que sirvan exclusivamente para el mantenimiento y/o rehabilitación de la vía férrea, sino también a aquellos, que no obstante tener usos diversos, estén dedicados única y exclusivamente al mantenimiento de la vía férrea. En consecuencia, el término “exclusivamente” no debe entenderse referido a la especificidad del bien o servicio en sí mismo, sino en relación a la exclusividad de su uso.

III.2. Deben reconocerse las inversiones asociadas a los cambios:

Conforme lo señalado anteriormente, a efectos de que se reconozcan las inversiones en mantenimiento y rehabilitación, éstas deberán practicarse sobre la “Línea Férrea”. El Contrato de Concesión define en su cláusula primera a la “Línea Férrea” como la unidad formada por vías férreas que comunican las estaciones en forma continua³.

La “Línea Férrea” no sólo ha sido definida en forma positiva por el Contrato, sino también por negación, ya que cuando la propia cláusula primera enumera los conceptos que comprende la “Infraestructura Vial Ferroviaria”, señala a *“la Línea Férrea, las estaciones y andenes, los sistemas y elementos de señalización y comunicaciones, patios de maniobras y otros desvíos, terrenos y demás instalaciones (...)”*.

En consecuencia, los “desvíos” y la “línea férrea” son conceptos distintos, de modo que el segundo no incluye al primero.

Conforme a lo resuelto en los informes impugnados, los “cambios” son parte de los “desvíos” y en consecuencia, las inversiones asociadas a los “cambios” no deberían reconocerse.

Sin embargo, consideramos conveniente recordar lo siguiente:

- El Contrato de Concesión establece en el numeral 7.7 la obligación del concesionario de alcanzar los requisitos y Estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, a más tardar dentro de los cinco primeros Años de Concesión, bajo sanción de caducidad;

³La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece la siguiente definición:

“Línea Férrea: es la unidad formada por vías férreas que comunican las estaciones en forma continua, incluyendo sus terraplenes, obras de arte, puentes, túneles, alcantarillas y otras estructuras de drenaje o de apoyo y la franja de terreno en que se emplazan, se considera también como parte de la Línea Férrea, la franja de seguridad adyacente a las vías férreas. Esta definición no se limita a los bienes existentes a la Fecha de Cierre, si no que calificarán como tal todos aquellos que cuenten con esas características y se incorporen al Área Matriz.”

- El FRA establece la obligación de que el sistema de fijación de los cambios esté intacto y bien conservado para mantener los componentes seguros en su sitio⁴.

Conforme lo señalado, el mecanismo contemplado en la cláusula 10.1 del Contrato opera al 100% sólo durante los 5 primeros años, en tanto que es obligación del concesionario llegar al estándar FRA II como máximo, dentro del referido período, lo que nos da una idea de la estrecha – aunque no necesariamente exacta – relación entre ambos aspectos.

En consecuencia, tenemos una disyuntiva pues por un lado, las inversiones asociadas a los cambios no serían reconocidas para el mecanismo de reconocimiento de inversiones pues no son parte de la “Línea Férrea” pero por otro lado, el propio contrato establece la obligación de llegar al Standard FRA II, que contempla obligaciones específicas sobre cambios, a más tardar en el año 5.

De la interpretación efectuada en los informes impugnados el concesionario no tendría muchos incentivos para adelantar grandes inversiones en el mantenimiento o reemplazo de los cambios, sino por el contrario, invertir en lo mínimo necesario, ya que su obligación consiste en llegar al Standard FRA el año 5. Ello sin perjuicio de dar cumplimiento a los estándares técnicos que Enafer cumplió hasta la Fecha de Cierre conforme lo dispuesto en el numeral 7.7 del Contrato de Concesión, y de mantener el Standard FRA a partir del año 5.

Por otro lado, este tema resulta aún mucho más relevante, cuando, conforme lo señalado por FERROVÍAS, los cambios son los puntos más críticos en relación a los descarrilamientos.

Esta Gerencia General considera que a efectos de determinar si la interpretación sobre la naturaleza de los “cambios” efectuada en los Informes impugnados, debe acudirse a las reglas de interpretación establecidas en el Contrato de Concesión.

La Cláusula 1.2 del Contrato de Concesión establece dentro de las reglas de interpretación que “cualquier término no definido en este Contrato tendrá el significado que le asignen las Leyes Aplicables y, en su defecto, el significado que se le de al mismo en el curso normal de las operaciones ferroviarias en el Perú”.

En consecuencia, en atención a que el término “cambio” no se encuentra definido en el Contrato de Concesión, corresponde en primer lugar, acudir a lo señalado en las Leyes Aplicables, entendiéndose el término leyes en sentido general y no formal.

⁴El FRA establece a la letra:

& 213.133 Cambios y Cruces de Vías en General

(a) En los cambios y cruces de vías, el sistema de fijación debe estar intacto y bien conservado para mantener los componentes seguros en su sitio. Además, se debe cuidar que las lenguas, sapo y guarda rieles estén siempre libres de obstrucciones que puedan interferir con el paso de las ruedas.

Corresponde entonces, acudir al Reglamento General de Ferrocarriles aprobado por Decreto Supremo N° 012-78-TC de fecha 29 de mayo de 1978 que establece que los cambios de vía se colocan en la vía principal⁵ y que sirven para desviar una vía férrea⁶.

De la referida norma, se desprende que el cambio, en la medida en que se coloca en la vía principal y sirve para desviar la vía férrea, no pierde su naturaleza de componente de la vía principal. Consideramos que el hecho de que el cambio sirva tanto para cambiar de la vía principal a la vía auxiliar como para realizar la operación inversa, no significa que el mismo sea parte de la vía auxiliar o desvío, o en todo caso, no consideramos que sea sólo parte de la vía auxiliar o desvío conforme lo establecido en los Informes impugnados, sino que también forma parte de la vía principal.

Asimismo, consideramos importante tener en consideración el argumento señalado por el apelante en su Carta sin número de fecha 25 de enero de 2002 en la que precisan que las inversiones presentadas han tenido como sustento legal el proyecto de Lineamientos para la Aplicación del Mecanismo de Liberación del Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial en los Contratos de Concesión de los Ferrocarriles Central, Sur y Sur Oriente⁷.

Sin embargo, debe precisarse que estos lineamientos quedaron en la fase de pre publicación, es decir que nunca fueron aprobados, por lo cual los mismos no tenían la calidad de norma vinculante por sí misma para la Gerencia de Supervisión.

No obstante ello, y en atención al principio de buena fe conforme se desarrollará más adelante, corresponde evaluar la presentación de las referidas inversiones a la luz de los referidos lineamientos.

A criterio de esta Gerencia General la División Técnica de Infraestructura Vial (que es el órgano antecedente a la Gerencia de Supervisión) al interpretar este problema con motivo de la elaboración de los referidos lineamientos, realmente reflejó lo que parece haber sido el espíritu del contrato pues estableció que las actividades asociadas al mantenimiento de los cambios, eran aplicables al beneficio establecido en el numeral 10.1 del Contrato de Concesión, pues:

⁵ La Sección 5ta del referido reglamento, referida al Mantenimiento de Vía y Obras, establece:
Artículo 100°.- Todo aparato de maniobra o cambio de vía colocado en la vía principal estará dotado de un candado u otro dispositivo de seguridad. (...)

⁶ El Anexo I del referido reglamento, establece las siguientes definiciones:
CAMBIO.- Aparato que sirve para desviar una vía férrea.
(...)
DESVÍO.- Una vía auxiliar para uso determinado.

⁷ La pre publicación del referido proyecto de lineamientos fue dispuesta por la Resolución del Consejo Directivo N° 018-2000-CD/OSITRAN de fecha 28 de diciembre de 2000, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del día 31 de diciembre de 2000.

a) Incluyó dentro de las actividades de mantenimiento a la lubricación de cambios⁸;

b) Incluyó a las vigas utilizadas en los cambios⁹.

En consecuencia, de la lectura de los referidos lineamientos – sin perjuicio de que los mismos fueron publicados con posterioridad a la oposición de la primera solicitud de liberación por parte de FERROVÍAS – y de que los mismos aún no han entrado en vigencia pues sólo se trató de una pre publicación, se desprende que el concesionario se ha venido comportando consecuentemente con lo establecido en los referidos lineamientos, lo que abona a su favor¹⁰.

Al respecto, cabe recordar lo señalado por González Pérez, quien señala que el principio de buena fe por parte del administrado se cumple cuando la administración genera signos externos, incluso aún antes de ser vinculantes jurídicamente, cuando los mismos orientan al ciudadano hacia una determinada conducta¹¹.

⁸El referido proyecto define al mantenimiento como:

“2.13. Mantenimiento: Conjunto de actividades rutinarias, periódicas o de emergencia destinadas a lograr que la Línea Férrea mantenga como mínimo los estándares de diseño y construcción, así como aquellos establecidos en el Contrato de Concesión. Las actividades de mantenimiento se llevan a cabo sólo (a) por deterioro o desgaste normal de los componentes de la Línea Férrea o (b) cuando ésta ha sido afectada por fenómenos naturales de efecto moderado. Implica la (...) lubricación de cambios (...)”.

⁹El proyecto citado señala:

ANEXO N° 1

LISTA REFERENCIAL DE ACTIVIDADES

4.2. Adquisición de materiales

Incluye todos los gastos en que se incurre hasta su ubicación en la zona de trabajo

d. Vigas (elementos similares a los durmientes pero de mayores dimensiones, que se emplean en los cambios y puentes).

¹⁰ Ver Carta de fecha 25 de enero de 2002.

¹¹ El referido autor cita la siguiente jurisprudencia en relación al referido tema:

“QUE LA ADMINISTRACIÓN GENERE <<SIGNOS EXTERNOS>> QUE, INCLUSO SIN NECESIDAD DE SER JURÍDICAMENTE VINCULANTES, ORIENTEN AL CIUDADANO HACIA UNA DETERMINADA CONDUCTA

- S. De 8 de junio de 1990 (Ar. 5180):

<<Como ya se tiene declarado esta Sala en reiteradas sentencias, de las que son una muestra las de 1 de febrero y 3 de mayo de 1990, en el conflicto que se suscita entre la “estricta legalidad” de la actuación administrativa y la “seguridad jurídica” derivada de la misma, tiene primacía esta última, por aplicación de un principio, que aunque no extraño a nuestro Ordenamiento jurídico bajo el epígrafe de bona FIDES, ya fue recogido en nuestra S. De fecha 28 de febrero de 1989, cual es el principio de “protección de la confianza legítima del ciudadano” al actuar de la Administración, que ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que forma parte España, cuyo principio es de aplicación, no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha “confianza” se basa en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la “apariciencia de legalidad” de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerden con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha “apariciencia de legalidad”, que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente.>>

- S. de 19 de julio de 1996 (Ar. 6202):

Asimismo, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece en su artículo 1.8 que la autoridad administrativa y los administrados realizan sus actos procedimentales guiados por el respecto mutuo, la colaboración y la buena fe.

En consecuencia, a criterio de esta gerencia, corresponde aceptar como inversiones, los recursos asociados a los cambios.

III.3. CÓMO SE DETERMINA EL TRAZO DE LA LÍNEA FÉRREA:

Conforme lo señalado líneas arriba, resulta de vital importancia determinar cómo está definido el trazo de la línea férrea a efectos de poder practicar el reconocimiento de inversiones, y por otro lado, el trazo de la línea ha sido definido en el Anexo 2 del Contrato de Concesión.

Si conforme lo señalado hasta este punto, se ha definido el trazo de la línea férrea y también que el reconocimiento de inversiones sólo procede por concepto de mantenimiento y rehabilitación en la línea férrea, evidentemente que es interés del Estado que el trazo de la misma se mantenga sin modificación alguna en tanto éste no lo autorice.

Esta interpretación se ve confirmada por lo dispuesto en el Contrato de Concesión que obliga al concesionario a solicitar autorización al concedente para la modificación del trazo de la misma.¹²

En consecuencia, y sin perjuicio de la revisión que, - con motivo de la precisión de los lugares en que fueron realizados algunos trabajos de mantenimiento rehabilitación de la línea férrea -, será realizada en el numeral III.6, corresponde señalar que la afirmación del concesionario en el sentido que el mismo puede modificar libremente el trazo cambiando la calidad de principal de una por otra, no resulta correcta a la luz del análisis anteriormente realizado.

III.4. RECONOCIMIENTO DE REPUESTOS:

<<Que esa creencia o confianza del ciudadano esté fundada en signos o actos externos que la Administración manifiestamente realiza, y que aquella creencia esté deducida razonablemente, con fuerza suficiente para moverle a realizar, u omitir, una conducta o actividad que directa o indirectamente repercuta en su esfera patrimonial, máxime cuando tal confianza le conduce a realizar unos actos que le originen unos gastos que en el supuesto de no mediar dichas circunstancias no hubiere realizado y por tanto no habría de soportar.>>” GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1999. 3ª ed. Pp. 57-58.

¹² El segundo párrafo de la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión establece:

“El Concesionario también podrá, previa autorización del Concedente, modificar a su costo y riesgo el trazo de algún tramo de la Línea Férrea (...). El Concesionario se obliga, en ese caso, a realizar las modificaciones en forma coordinada con las Municipalidades y otros organismos o entidades que sean competentes respecto de la modificación y/o nuevo trazo de la Línea Férrea. Las eventuales modificaciones del trazo de la Línea Férrea también deberán incorporarse dentro de la actualización anual del Anexo No. 2 de este Contrato (...).”

A efectos de desarrollar este tema, cabe en primer lugar referirse al tratamiento de las inversiones en equipos que a su vez sirven o se usan para realizar el mantenimiento y rehabilitación de la línea férrea. OSITRAN acepta las referidas inversiones para efectos del mecanismo previsto en el numeral 10 del Contrato de Concesión, siempre y cuando los mismos hayan sido efectivamente utilizados en las referidas actividades, es decir, a efectos de que se proceda a su reconocimiento, no basta su simple adquisición.

Sin embargo, el criterio no ha sido el mismo en relación a los repuestos, por lo que corresponde analizar las razones por las que los mismos no han sido reconocidos.

Para efectos de este análisis, cabe observar lo que ocurre cuando el concesionario presenta una factura por el pago del servicio a un tercero contratado para que brinde el servicio de mantenimiento y/o rehabilitación de la vía férrea. En efecto, la referida factura incluye entre otros, los siguientes conceptos:

- el transporte de la maquinaria desde la sede del tercero hasta el lugar en que se preste el servicio;
- el costo de la hora de uso de la maquinaria (que incluye la depreciación y el mantenimiento de la misma);
- un porcentaje de gastos administrativos; y,
- la utilidad que corresponde.

El monto total de la factura, en la medida que no atente contra el principio de racionalidad será reconocido como inversión para efectos del mecanismo previsto en el numeral 10.1 del Contrato de Concesión.

Esta Gerencia General considera que si la factura del tercero reconocida como inversión contiene entre otros los costos de mantenimiento, no existe razón para desconocer la inversión que el propio concesionario haga en el mantenimiento de equipos que son de uso exclusivo en la vía y que el concesionario lo acredite debidamente.

En consecuencia, corresponde aceptar las inversiones en repuestos de maquinarias que se utilicen exclusivamente en el mantenimiento y/o rehabilitación de la línea férrea.

III.5. RECONOCIMIENTO DE INVERSIONES A CUENTA:

En relación a este rubro nos referiremos a un caso en particular que consiste en la solicitud del reconocimiento de la inversión en la construcción de un muro de contención y concretado de cunetas (Factura N° 003-517) por la suma de S/.150 363,25.

La razón por la que la referida inversión no fue aceptada por la Gerencia de Supervisión fue que al momento de la visita a la obra, se encontró que ésta

presentaba rajaduras que ponían en riesgo el gasto invertido, por lo que se requirió información a la empresa concesionaria.

La información fue remitida por carta s/n de fecha 8 de mayo de 2001, señalando que efectivamente la obra no contaba con su aprobación y para cerciorarse de la correcta ejecución de la obra habían contratado los estudios de una empresa especializada en mecánica de suelos, quienes les proporcionarían las medidas a tomar a fin de asegurar la correcta conclusión de la obra.

En el Anexo 1 de su escrito de apelación señalaron que *“FVCA garantiza la seguridad del comportamiento del muro a todo riesgo y reposición en caso de que se destruya pro acción de la geodinámica externa”*.

Por Carta de fecha 9 de mayo de 2002, luego de explicar y reconocer los problemas que presenta la obra referida han señalado que se plantea desarrollar el diseño de estabilización, los cuales contemplan las siguientes actividades:

- 1) Levantamiento Topográfico de la zona que está ubicada entre la berma de la Carretera Central y el canal de regadío.
- 2) Estudio geológico de la zona con levantamiento topográfico.
- 3) Investigaciones geotécnicas con métodos geofísicos y perforaciones diamantinas.
- 4) Evaluación de la estabilidad de la ladera.
- 5) Diseño del sistema de canales de riego y drenes que minimicen las infiltraciones.
- 6) Diseño del trazo alternativo de las líneas férreas.
- 7) Diseño de los cortes y medidas de estabilización.

En atención a los antecedentes expuestos, esta Gerencia considera que la Gerencia de Supervisión actuó correctamente al no reconocer como inversión la construcción del muro de contención, pues el mismo no brinda las garantías de seguridad necesarias, hecho que fue reconocido por la propia entidad prestadora. La única posibilidad que existiría para que se acepte la referida inversión a cuenta de otra, es que se reconozca bajo la condición resolutoria de que en caso no se efectúen las acciones para la estabilización de la ladera dentro de un plazo de pendencia de la condición, la inversión realizada en el muro de contención finalmente sea desconocida con efecto retroactivo.

Sin embargo, y sin perjuicio de las dificultades que dicha operación podría generar, esta posibilidad nos está expresamente negada por la Ley del Procedimiento Administrativo General que exige que OSITRAN cuente con una ley que así lo autorice, para someter a modalidades los actos administrativos¹³.

¹³ La Ley del Procedimiento Administrativo General establece:

Artículo 2°.- Modalidades del acto administrativo

2.1. Cuando una ley lo autorice, la autoridad, mediante decisión expresa, puede someter el acto administrativo a condición, término o modo, siempre que dichos elementos incorporables al acto, sean

En consecuencia, esta Gerencia considera que debe confirmarse en ese extremo, el pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión.

III.6. REEXAMEN DE LAS INVERSIONES:

Este análisis se encuentra reflejado en los Anexos 1, 2 y 3 del presente informe, y conforme al mismo:

1. En relación al reconocimiento de inversiones correspondientes al período marzo – agosto de 2000 que consta en el Informe N° 002-02-GS-V-OSITRAN, respecto al que el monto en reclamo asciende a la suma de S/. 590,573.43 (QUINIENTOS NOVENTA MIL QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO Y 74/100 NUEVOS SOLES) se considera que debe aceptarse adicionalmente la suma de **S/.145,169.23** (CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE Y 23/100 NUEVOS SOLES) (Ver Anexo 1).
2. En relación al reconocimiento de inversiones correspondientes al período septiembre – diciembre de 2000 que consta en el Informe N° 003-02-GS-V-OSITRAN, respecto al que el monto en reclamo asciende a la suma de S/.170,628.61 (CIENTO SETENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO Y 61/100) se considera que debe aceptarse adicionalmente la suma de **S/.79,715.48** (SETENTINUEVE MIL SETECIENTOS QUINCE Y 48/100 NUEVOS SOLES) (Ver Anexos 2 y 3).

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

En atención a lo desarrollado se recomienda:

1. Declarar fundada en parte la apelada y en consecuencia, modificar los Informes N° 002-02-GS-V-OSITRAN y N° 003-02-GS-V-OSITRAN, ambos de fecha 10 de enero de 2002, en los extremos a que se refieren los anexos 1 y 2 del presente informe:
 - 1.1. En relación al Informe N° 002-02-GS-V-OSITRAN correspondiente al período marzo – agosto 2000, y en relación al monto reclamado aceptar la suma de S/.145,169.23(CIENTO CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE Y 23/100 NUEVOS SOLES) adicionales, y en consecuencia, aceptar como monto total reconocido la suma de S/.2'882,842.77 (DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTIDOS Y 77/100 NUEVOS SOLES);
 - 1.2. En relación al Informe N° 003-02-GS-V-OSITRAN, correspondiente al período septiembre – diciembre 2000, y en relación al monto reclamado

compatibles con el ordenamiento legal, o cuando se trate de asegurar con ellos el cumplimiento del fin público que persigue el acto.

aceptar la suma de S/. 79,715.48 (SETENTINUEVE MIL SETECIENTOS QUINCE Y 48/100 NUEVOS SOLES) adicionales, y en consecuencia, aceptar como monto total reconocido la suma de S/.907,380.43 (NOVECIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y 43/100 NUEVOS SOLES).

2. Confirmar los referidos informes en lo demás que contienen.
3. Dejar sin efecto a suspensión del cobro de la retribución dispuesta por la Resolución de Gerencia General N° 001-2002-GG-OSITRAN/Exp. 001 de fecha 8 de febrero de 2002, encargando a la Gerencia de Supervisión la realización de las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente Legal