

Resolución de Gerencia General

Nº 065-2009-GG-OSITRAN

Lima, 27 de noviembre de 2009

VISTOS:

El Informe Nº 049-09-GAL-OSITRAN, el Recurso de Apelación contra los Oficios Nº 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Con fecha 24 de octubre de 2007, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5: Matarani – Azángaro e Ilo – Juliaca, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil (en adelante el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente o MTC, y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., en adelante COVISUR y/o el Concesionario.

Antecedentes respecto de la verificación de recaudación por peaje del período Enero – Marzo 2009

- 1.2. Mediante Carta Nº CC.04.16.01/2009, de fecha 16 de abril de 2009, el Centro de Investigación y Asesoría del Transporte Terrestre (en adelante, CIDATT), remite el Informe Final de Auditoría correspondiente al Trimestre Enero-Marzo de 2009 de COVISUR, indicando entre otras cosas, que hay vehículos que al pasar por los peajes han pagado diferentes tarifas en cada uno de ellos.
- 1.3 Con Oficio Nº 1404-09-GS-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 30 de abril de 2009, el Regulador, en base a lo señalado en el Informe Nº 356-09-GS-OSITRAN, comunicó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la verificación de la recaudación por concepto de peaje durante el período Enero – Marzo ascendente a S/. 9 232 283, 03 (sin incluir IGV) el cual contiene el depósito de S/. 94 574,12 (sin incluir IGV) que COVISUR deberá efectuar en la Cuenta de Recaudación del Fideicomiso de Administración por concepto de diferencias encontradas en la recaudación de peajes en el citado período.
- 1.4 Mediante Carta Nº 0352-2009-COVISUR, recibida el 01 de junio de 2009, el Concesionario remite la Carta Nº CC.05.22.01/2009 en el que se adjunta la "Aclaración de Informe de Auditoría de Flujo Vehicular a la Concesionaria COVISUR" emitida por CIDATT a COVISUR, a fin que ésta sea considerada como sustento complementario al requerimiento efectuado por este Organismo.

- 1.5 Con Oficio N° 2052-09-GS-OSITRAN, de fecha 18 de junio de 2009, OSITRAN requirió a CIDATT efectuar un análisis de las diferencias en la recaudación de peaje ocurridas en el Primer Trimestre de 2009.
- 1.6 Mediante Carta N° C.07.24.03.2009, recibida el 24 de julio de 2009, CIDATT remite el Informe de "Auditoría especial sobre vehículos observados con más de una Tarifa cobrada en la Base de Datos del Concesionario, correspondiente al Primer Trimestre (Enero-Marzo) del 2009, a solicitud de OSITRAN".
- 1.7 Con Oficio N° 2695-09-GS-OSITRAN, recibido por CIDATT el 13 de agosto de 2009, se solicitó a CIDATT una ampliación del informe presentado a través de la Carta N° C.07.24.03.2009.
- 1.8 Mediante Carta N° CC.09.02.01/2009, de fecha 02 de setiembre de 2009, CIDATT remite el "Informe sobre vehículos con letra inicial de placa de rodaje "Y" que fueron observados en el Anexo 04 del Informe de Auditoría de flujo vehicular, correspondiente al primer trimestre (enero – marzo) del 2009, con más de una Tarifa cobrada sobre la base de datos de COVISUR".
- 1.9 Con Carta N° CC.09.10.01/2009, recibida el 11 de setiembre de 2009, CIDATT remitió el "Informe Consolidado sobre Vehículos que fueron observados en el Anexo 4 del Informe de Auditoría de Flujo Vehicular correspondiente al primer trimestre (enero-marzo) del 2009, con más de una Tarifa cobrada en la Base de Datos de COVISUR".
- 1.10 Mediante Oficio N° 3298-09-GS-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 24 de setiembre de 2009, en consideración a lo señalado en la Nota N° 1233-09-GS-OSITRAN, se deja sin efecto el Oficio N° 1404-09-GS-OSITRAN. Asimismo, se señala que la recaudación por concepto de Peaje correspondiente al período enero – marzo de 2009 asciende a S/. 9, 230,112.69 (sin incluir IGV), debiendo el Concesionario depositar en la Cuenta Recaudadora del Fideicomiso de Administración el importe equivalente a S/. 1,170.34 (sin incluir IGV).

Antecedentes respecto de la verificación de recaudación por peaje del período Abril – Junio 2009

- 1.11 Mediante Carta N° CC.07.10.03/2009, de fecha 10 de julio de 2009, CIDATT remite el "Informe de Auditoría correspondiente al segundo trimestre (abril-junio) del 2009" de COVISUR.
- 1.12 Con Oficio N° 2366-09-GS-OSITRAN, de fecha 13 de julio de 2009, se comunicó a COVISUR que el Informe de Auditoría presentado por CIDATT, no contiene la información correspondiente al listado de vehículos que han pagado más de una tarifa según lo indicado en el Numeral 5 del Anexo 1 del "Procedimiento de selección para la contratación de la empresa auditora (Auditor de Tráfico)".

- 1.13 Mediante Carta N° 0491-2009-COVISUR, recibida el 24 de julio de 2009, COVISUR indica haber cumplido con presentar los informes de medición de flujos vehiculares según lo señalado en el Contrato de Concesión y que no se encuentra obligada contractualmente a registrar en su Sistema de Recaudación el elemento Placa.
- 1.14 Con Oficio N° 2557-09-GS-OSITRAN, de fecha 30 de julio de 2009 y recibido por el Concesionario el 04 de agosto de 2009, se comunicó a COVISUR que no es posible dar la conformidad a la recaudación por concepto de Peaje presentada por la citada empresa, correspondiente al trimestre de abril a junio del año 2009, en razón a que el Informe de Auditoría de Flujos Vehiculares presentado no cumple con adjuntar el listado de vehículos con más de una tarifa cobrada, tal como se establece en el Numeral 5 del Anexo 1 del "Procedimiento de selección para la contratación de la empresa auditora (Auditor de Tráfico)", establecido por el Organismo Regulador conforme a lo señalado en el inciso 2 del Anexo XI del Contrato de Concesión. Con el citado Oficio se adjuntan los Informes N° 638 y 658-09-GS-OSITRAN.
- 1.15 Mediante Carta N° 0537-09-COVISUR, de fecha 12 de agosto de 2009, COVISUR solicita a CIDATT efectuar la evaluación que corresponda tal como se señala en el Numeral 5 del "Procedimiento de Selección para la Contratación de la empresa Auditora", con la finalidad de levantar la observación efectuada por OSITRAN con Oficio N° 2557-09-GS-OSITRAN.
- 1.16 Con Carta N° 0538-2009-COVISUR, recibida el 12 de agosto de 2009, el Concesionario señala que OSITRAN no consideró la Carta N° 0491-2009-COVISUR para emitir su opinión de no aprobación a los informes de recaudación por concepto de Peaje en el trimestre de abril a junio de 2009.
- 1.17 Mediante Oficio N° 2788-09-GS-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 24 de agosto de 2009, en respuesta a la Carta N° 0538-2009-COVISUR, se le comunicó al Concesionario que mediante el Oficio N° 2610-09-GS-OSITRAN, recibido por COVISUR el 19 de agosto de 2009, se procedió a evaluar y dar respuesta a lo señalado en la Carta N° 0491-2009-COVISUR, el mismo que se sustenta en la Nota N° 1006-09-GS-OSITRAN.
- 1.18 Con Carta N° CC.09.29.02/2009, recibido el 29 de setiembre de 2009, CIDATT presenta el "Informe sobre Observación al Informe Final de Auditoria de Flujos Vehiculares correspondiente al segundo trimestre abril - junio del 2009 de la empresa COVISUR de la Concesión IIRSA Sur Tramo N° 5", el mismo que contiene: i) el listado de vehículos de las estaciones de peaje que han pagado más de una tarifa en el trimestre abril – junio de 2009; y, ii) la evaluación realizada por CIDATT de las diferencias por los registros de vehículos con más de una tarifa de Peaje en el segundo trimestre de 2009.
- 1.19 Mediante Oficio N° 3526-09-GS-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 12 de octubre de 2009, en consideración a lo señalado en el Nota N° 1325-09-GS-OSITRAN, se ha verificado que la recaudación por concepto de Peaje correspondiente al período

abril – junio 2009 asciende a S/. 8, 685,676.22 (sin incluir IGV), debiendo el Concesionario depositar en el Cuenta Recaudadora del Fidecomiso de Administración el importe equivalente a S/. 901.60 (sin incluir IGV), debido a las diferencias verificadas en la recaudación de Peaje por concepto de registro de vehículos con más de una tarifa de Peaje cobrada en el mencionado trimestre.

De la interposición del recurso de apelación

1.20 Con Carta N° 0723-2009-COVISUR recibido con fecha 16 de octubre de 2009, COVISUR interpuso recurso de apelación en contra de los Oficios N° 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:

- Respecto al informe de recaudación por concepto de Peaje correspondiente al período abril – junio de 2009, se indica que con el Informe N° 638-09-GS-OSITRAN se aprobó el Informe Trimestral de Auditoría correspondiente a los meses de abril, mayo y junio presentado por CIDATT.
- Las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión para la verificación del ingreso efectivo recaudado por el Concesionario por concepto de Peaje, han sido cumplidos.
- Respecto al cumplimiento de las condiciones que el Contrato de Concesión para el pago del PAMO, consideran que:
 - La falta de remisión del listado del Numeral 5 del Anexo 1 del “Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora (Auditor de Tráfico)” no resulta elemento suficiente para desvirtuar el cumplimiento de las obligaciones por parte de COVISUR puesto que de lo estipulado en los documentos que permitieron la contratación de la empresa auditora no versa en lo absoluto que uno de los elementos informativos para la medición de flujos de vehículos es contar con un listado de placas de vehículos. Asimismo, ninguno de los criterios de evaluación técnicos y económicos, así como el Contrato de Concesión hace referencia a que COVISUR deba enviar información referida a las placas de vehículos que circulan a lo largo de las estaciones de peaje de la concesión.
 - Respecto a las observaciones efectuadas por el auditor y de las comunicaciones remitidas por el Regulador, no existe incumplimiento por parte de COVISUR en razón a la información requerida y que dicha responsabilidad recae explícitamente en la empresa auditora en la metodología y análisis para la obtención de información de campo.
 - El hecho que el Regulador mantenga dicha posición, constituye un perjuicio directo a COVISUR, no sólo porque el requerimiento de información genera una anomalía, ya que determina una omisión y

por tanto incumplimiento, sino que origina que no puedan hacer efectiva la obligación del Concedente para el desembolso del PAMO, lo que altera su estructura financiera.

- En cuanto a las diferencias de recaudación de Peaje que imputa OSITRAN al primer y segundo trimestre de 2009 (S/. 1,170.34 y S/. 901.60, respectivamente), manifiestan su disconformidad con el requerimiento efectuado por el Regulador, en vista que su recaudación de Peaje ha sido validada en forma oportuna por el Auditor, tanto en el primer como en el segundo trimestre; sin embargo, debido a la interpretación errada en relación a los considerandos de los informes del Auditor realizada por este Organismo, desconocen la liquidación efectuada por OSITRAN, solicitando se deje sin efecto los citados requerimientos.

II. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2.1 Los Artículos 207º y 209º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG – establecen que el recurso de apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.
- 2.2 El Oficio Nº 3298-09-GS-OSITRAN, que señala la recaudación por concepto de Peaje correspondiente al período enero – marzo de 2009, fue recibido por el Recurrente con fecha 24 de setiembre de 2009.
- 2.3 Asimismo, el Oficio Nº 3526-09-GS-OSITRAN, que señala la recaudación por concepto de Peaje correspondiente al período abril – junio de 2009, fue recibido por el Recurrente con fecha 12 de octubre de 2009.
- 2.4 De conformidad con la documentación que obra en el expediente, el Concesionario interpuso el recurso de apelación el día 16 de octubre de 2009, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, sustentándose en cuestiones de interpretación de pruebas producidas y de puro derecho.
- 2.5 De otro lado, considerando que la Carta Nº 0723-2009-COVISUR no indica con precisión que busca impugnar lo señalado en los Oficios Nº 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN; en aplicación a lo señalado en el Artículo 213º de la LPAG, el cual señala que *"el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter"*; se debe encausar lo señalado en la Carta Nº 0723-2009-COVISUR como un Recurso de Apelación formulado por el Concesionario contra los Oficios antes mencionados.

- 2.6 En consecuencia, el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación de fondo sobre el mismo.

III CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 3.1 De la lectura del recurso de apelación, así como de la revisión del Expediente, se desprende que las cuestiones en discusión, las cuales alcanzan a los Oficios N° 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN, son las siguientes:

- a) Si el Regulador se encuentra facultado a solicitar información relacionada con la verificación de la recaudación de cobro de Peaje.
- b) Si COVISUR se encuentra obligado a remitir dicha información al Regulador.

IV ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

4.1 De lo desarrollado en el Contrato de Concesión respecto a la recaudación de Peaje

A efectos de analizar la posición del Recurrente, corresponde revisar lo señalado en el Contrato de Concesión:

"Definiciones

1.6.- *En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:*

(...)

Auditor de Tráfico

Es la empresa auditora que será contratada por el CONCESIONARIO, a fin de realizar la verificación de flujos vehiculares en las unidades de peaje prevista en la Cláusula 9.6 y de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo XI. La contratación requerirá la opinión favorable del REGULADOR.

(...)

Explotación

Comprende los siguientes aspectos: la operación de la infraestructura vial e instalaciones del Tramo, la prestación de los Servicios Obligatorios y Opcionales y el cobro de la Tarifa a los Usuarios por la utilización de la infraestructura vial e instalaciones, así como por la prestación de los mencionados servicios, en los términos establecidos en el presente Contrato.

(...)

Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO)

Es el pago que tiene como finalidad retribuir la actividad de explotación y Conservación en que incurre el CONCESIONARIO para la prestación del Servicio, tal como se encuentra regulado en el Anexo XIII del Contrato.

Peaje

Es el cobro en Nuevos Soles por el uso del Tramo de la Concesión, correspondiente a cada vehículo ligero o, en el caso de vehículos pesados, por

cada eje cobrable que pase por cada una de las unidades de peaje, que el CONCESIONARIO está facultado a exigir a los Usuarios en los términos establecidos en el Contrato. No incluye el IGV ni algún otro tributo.

Tarifa(s)

Es el monto por cada vehículo ligero o, que el CONCESIONARIO está obligado a cobrar a los Usuarios por concepto de Peaje. En el caso de vehículos pesados se cobrará la Tarifa aplicable a los vehículos ligeros por cada eje. La tarifa estará expresada en Nuevos Soles e incorporará el IGV y otros tributos que puedan generarse.

(...)

Derechos y deberes del CONCESIONARIO

8.1.- La Explotación del Tramo de la Concesión por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará su inversión como consecuencia de la prestación del Servicio, así como un deber, en la medida que el CONCESIONARIO está obligado a cumplir con determinados parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con estándares e índices de serviciabilidad propios de la Explotación del Tramo, previstos en el presente Contrato.

Es deber del CONCESIONARIO, dentro de los límites del Contrato, responder por los actos de omisión y/o negligencia del personal a cargo de la operación de la vía o de los contratistas que el Concesionario decida contratar.

(...)

Supervisión de la Explotación

8.3.- Corresponde al REGULADOR efectuar las acciones de fiscalización técnica que le competen para el desarrollo de las labores de Explotación de la Concesión indicadas en esta sección del Contrato.

(...)

8.4.- El CONCESIONARIO está obligado a brindar la cooperación necesaria para la supervisión de la Explotación.

(...)

El Peaje y la Tarifa

9.2.- Corresponde al CONCESIONARIO el cobro de la Tarifa a partir de la Fecha de Inicio de la Explotación, como contraprestación por el Servicio, conforme a lo establecido en la Cláusula 8.10 del Contrato.

(...)

En los plazos establecidos por la administración tributaria para la remisión de información correspondiente al IGV, el CONCESIONARIO deberá enviar un informe al REGULADOR con el detalle de la recaudación por Peaje del periodo concluido. El REGULADOR podrá establecer que la información sea remitida con una periodicidad distinta.

(...)”

Anexo XI

Medición de Flujos Vehiculares

1.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes de las mediciones de flujo vehicular, respecto a cada una de las unidades de peaje previstas en el Anexo VIII, cuya información y periodicidad se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión (...)

2.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR un informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de tráfico, cuya información y periodicidad se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión (...).

A tal efecto, corresponderá al REGULADOR establecer los criterios de selección de la empresa auditora a ser contratada, siendo responsabilidad del CONCESIONARIO llevar a cabo el procedimiento de selección, que se realizará cada año, dentro de los dos (2) primeros meses del año a ser auditado.

La auditoria de flujo vehicular se realizará con el objeto, entre otros, de verificar el ingreso efectivo recaudado por el CONCESIONARIO.

(...)

Anexo XIII

(...)

Apéndice 3:

SOBRE EL PAS

(...)

A. SOBRE EL PAMO

El CONCESIONARIO tendrá derecho a un pago periódico por concepto de PAMO. Dicho monto será cancelado con el peaje recaudado, luego de haber descontado los recursos correspondientes para la Cuenta de Eventos Catastróficos, y con el Cofinanciamiento del CONCEDENTE, con cargo a su presupuesto, a través del Fideicomiso de Administración, en cuatro (04) cuotas con periodicidad trimestral, a partir del Inicio de la Explotación hasta el fin de la Concesión.

El PAMO asciende a la suma de US\$ 13 691 681.00 (Trece Millones Seiscientos Noventa y Un Mil Seiscientos Ochenta y Uno y 00/100 Dólares de Los Estados Unidos de América) (...)

Para el pago del PAMO es requisito indispensable que el CONCESIONARIO hubiera efectuado la actividad de Operación y Mantenimiento para la prestación del Servicio en el trimestre anterior, de acuerdo a los Índices de Serviciabilidad previstos en el presente Contrato y que el Regulador haya aprobado los informes con el detalle de la recaudación por concepto de Peajes de dicho trimestre.

(...)”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.2 Si el Regulador se encuentra facultado a solicitar información relacionada con la verificación de la recaudación de cobro de Peaje

De acuerdo a lo señalado por COVISUR, el requerimiento de información adicional que realiza OSITRAN debe ser estrictamente referido al flujo de vehículos, de acuerdo a la metodología que realiza la citada empresa y que analiza el Auditor, por lo que toda información adicional que requiera el Organismo Regulador no debería anteponerse a los elementos contractuales.

Con dicha afirmación se observa que COVISUR cuestiona el alcance de la facultad de supervisión de OSITRAN para poder verificar la recaudación de Peaje que realiza dicha empresa. En vista a lo cuestionado por el Concesionario, resulta necesario analizar las facultades de supervisión del Regulador según lo señalado en el Contrato de Concesión y en la normativa de la materia.

Sobre el particular, la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión establece que las actividades de Explotación y Conservación de la Concesión que realiza el Concesionario serán retribuidas por el Concedente mediante el PAMO, concepto que será cancelado con el Peaje recaudado por COVISUR (previo descuento de los recursos a ser incorporados a la Cuenta de Eventos Catastróficos) y con el Cofinanciamiento que efectuará el Concedente.

Para que dicho pago sea realizado, el Apéndice 3 del Anexo XIII del Contrato de Concesión señala como requisito indispensable que el Regulador apruebe los informes con el detalle de la recaudación.

Como se observa, el Contrato de Concesión establece que el Regulador debe aprobar el detalle de la recaudación realizada por el Concesionario, a efectos que el Concedente disponga los recursos necesarios para compensar las actividades de Explotación y Conservación realizadas por el Concesionario.

Dicho esto, corresponde revisar el marco legal que rige a OSITRAN en materia de supervisión. Así, de manera general, el literal a) del numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, señala que es función de OSITRAN el *"administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito"*.

Por su parte, el Artículo 32º 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, define la función supervisora que ejerce OSITRAN de la siguiente manera:

"Artículo 32. - Definición de Función Supervisora:

*La función supervisora permite al OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las ENTIDADES PRESTADORAS y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los USUARIOS. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución emitida por el propio OSITRAN o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dicha entidad o actividad supervisadas.
(...)”*

Como se puede observar, es facultad de este Organismo el verificar el cabal cumplimiento de las diversas obligaciones del Concesionario, sean éstas obligaciones legales de carácter general o técnico así como a compromisos contractuales asumidos en su calidad de titular de la concesión de infraestructura de transporte que le ha sido otorgada.

En la misma línea, el Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN señala que la Actividad de Supervisión de OSITRAN lo autoriza a éste, bajo cualquier modalidad, a obtener información que le permita verificar el cumplimiento de obligaciones contractuales¹. Esta actividad de supervisión del Organismo Regulador se extiende a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte².

Respecto a las facultades supervisoras de OSITRAN, los Artículos 13° y 40° del citado Reglamento General de Supervisión señalan lo siguiente:

Artículo N° 13.- Facultades Supervisoras de OSITRAN

Para realizar las actividades de supervisión, se cuenta con las siguientes facultades:

a) De OSITRAN

(...)

¹ El Artículo 2° del Reglamento General de Supervisión señala lo siguiente:

“Artículo N° 2.- Definiciones

Para efectos de este Reglamento entiéndase por:

a) Actividad de Supervisión:

Acto del personal de OSITRAN o autorizado por éste que, bajo cualquier modalidad, tenga por objeto obtener información y/o verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente ante OSITRAN por parte de las Entidades Prestadoras, sobre aspectos técnicos, operativos, comerciales y administrativos, en el ámbito de su competencia.

(...)

g) Función Supervisora:

Es la función que permite a OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas, por parte de las Entidades Prestadoras, en los aspectos técnicos, operativos, comerciales y administrativos, en el ámbito de su competencia.”

² El Artículo 6° del Reglamento General de Supervisión señala lo siguiente:

“Artículo N° 6.- De las materias de supervisión

Las materias de supervisión son las siguientes:

(...)

b) Operativas: Se refiere a la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público (...).”

2. Requerir la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de sus obligaciones, la cual será proporcionada dentro de los plazos, condiciones y forma que se establezca;

(...)

Artículo N° 40.- Límites a la información requerida

En el ejercicio de su función supervisora, OSITRAN podrá solicitar a las Entidades Prestadoras todo tipo de información relacionada con el objeto de la supervisión.

(...)”

(El subrayado es nuestro)

Como se observa, la normativa que rige la actividad supervisora de OSITRAN le otorga facultades de requerir información que facilite la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales del Concesionario, no estableciendo límites respecto al tipo de información que deba requerir a efectos de cumplir con sus funciones.

En base a lo mencionado, no se concuerda con el Concesionario en el sentido que la actividad de supervisión de OSITRAN deba limitarse únicamente a la información proporcionada inicialmente por el Concesionario y/o el Auditor.

En este punto es importante señalar que el Contrato de Concesión establece que el pago que percibirá el Concesionario por las actividades de Explotación y Conservación será cubierto en parte por lo recaudado por concepto de Peaje. Es debido a ello que la verificación que debe hacer el Regulador respecto a lo recaudado por Peaje resulta fundamental para establecer el compromiso de pago que el Concedente debe realizar para completar el PAMO.

En vista a la importancia que genera la comprobación de la recaudación del Peaje, el Anexo IX del Contrato de Concesión señala que es el propio Regulador quien establece los criterios de selección de la empresa auditora que verificará el flujo vehicular en las unidades de peaje.

Así, el numeral 5 del Anexo 01 del “Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora (Auditor de Tráfico)” establece que el contenido mínimo del Informe de Auditoría debe incluir el listado de vehículos con más de una tarifa cobrada por mes y por Unidad de Peaje.

Es por ello que, de una lectura integral y sistemática del Contrato de Concesión, de los documentos que lo conforman y de la normativa que rige a este Organismo, corresponde a OSITRAN requerir la información que considere necesaria para aprobar los informes de recaudación de Peaje de un trimestre y con ello permitir que el Concedente prosiga con el pago del PAMO.

Dicho esto, en caso el Regulador observe que los informes, remitidos por el Concesionario o el Auditor de Tráfico, no cuentan con la información mínima requerida para dar su aprobación, OSITRAN se encuentra facultado no sólo a requerir que se complete la información mínima que establece el Contrato y sus documentos

afines, sino además, en caso lo considere necesario, solicitar información adicional que permita verificar cabalmente la recaudación por Peaje.

Si bien el requerimiento de información que pueda efectuar OSITRAN representaría que el Concesionario vea retrasado su derecho a percibir el PAMO correspondiente, también es cierto que es obligación de este Organismo velar que la recaudación realizada por el Concesionario se efectúe bajo las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión y en sus documentos relacionados, y por ende, se permita al Concedente determinar el monto que deberá abonar a la Cuenta de Recaudación del Fideicomiso de Administración constituido por COVISUR.

En consecuencia, se concluye que OSITRAN, en base a lo establecido en el Contrato de Concesión y en la normativa que rige su actuar, se encuentra plenamente facultado para requerir la información que resulte necesaria para aprobar la recaudación que realiza el Concesionario por concepto de Peaje, razón por la cual se debe declare infundado en este extremo la impugnación formulada por el Concesionario.

4.3 Si COVISUR se encuentra obligado a remitir dicha información al Regulador

En su escrito, el Concesionario considera que ninguno de los criterios de evaluación técnicos y económicos, así como el Contrato de Concesión hacen referencia que COVISUR deba enviar información referida a las placas de vehículos que circulan a lo largo de las estaciones de peaje de la concesión. Asimismo, COVISUR señala que ellos han cumplido con remitir la información requerida y por tanto las observaciones realizadas por el Regulador al CIDATT son responsabilidad de dicha empresa auditora. Igualmente, el Concesionario cuestiona los requerimientos de depósitos adicionales comunicados con los Oficios N° 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN, por lo que piden se dejen sin efecto los mismos.

Al respecto, la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión señala que es el Concesionario quien contrata con la empresa auditora. De otro lado, el Anexo IX del citado Contrato señala que es obligación del Regulador establecer los criterios de selección de la empresa auditora a ser contratada por el Concesionario, quien a su vez realiza el correspondiente procedimiento de selección.

Por tanto, es el Concesionario el responsable que CIDATT cumpla con remitir al Regulador el Informe de Auditoría con el contenido mínimo que se indica en el "Procedimiento de Selección para la Empresa Auditora (Auditor de Tráfico)".

Además, es conveniente recordar que la labor de OSITRAN es velar por el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el Concesionario. Así, el hecho que el Regulador deba verificar el ingreso efectivo recaudado por el Concesionario, faculta a que este Organismo solicite se le provea de la información necesaria para la acreditación del Peaje que debe recaudar el Concesionario.

Dicho esto, se debe desestimar lo señalado por el Concesionario respecto a que el pedido de opinión favorable a la recaudación por concepto de Peaje no puede supeditarse a "*actos pasibles de regularización administrativa, como lo es la complementación del Informe de Auditoría*", puesto que, como se indicó anteriormente, dado que el Regulador debe aprobar los montos recaudados por concepto de Peaje, se requiere tener toda la información que resulte necesaria para generar certeza en OSITRAN respecto a la recaudación de Peaje.

De otro lado, respecto al cuestionamiento del Concesionario por los requerimientos de depósito en la Cuenta de Recaudación del Fideicomiso de Administración efectuados mediante los Oficios N° 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN, se debe resaltar que la Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión precisa que la actividad de Explotación del Tramo de la Concesión no sólo constituye un derecho del Concesionario para recuperar la inversión que realice, sino además representa un deber u obligación a su cargo.

Así, la citada cláusula indica que es deber del Concesionario responder por los actos de omisión y/o negligencia del personal a cargo de la operación de la vía o de los contratistas que el Concesionario decida contratar.

De acuerdo con lo analizado por la Gerencia de Supervisión, con las Notas N° 1233 y 1325-09-GS-OSITRAN se consideró que las diferencias en la recaudación de Peaje encontradas en el Primer y Segundo Trimestre de 2009 se habrían producido por errores propios de la actividad de recaudación, no percibiendo intención alguna por parte de COVISUR de alterar los montos recaudados.

Como se observa, la actuación de este Organismo de requerir al Concesionario el depósito de los importes producto de las diferencias en la recaudación de los períodos enero – marzo y abril – junio, responden al deber que tiene el Concesionario de cumplir con su obligación de recaudar el Peaje producto del uso del tramo efectuado por los Usuarios, a quienes debe cobrar la Tarifa, de acuerdo a las condiciones establecidas en la Sección IX del Contrato de Concesión³.

Asimismo, considerando que el propio Contrato de Concesión señala que el Concesionario es responsable por los actos de omisión en que puede incurrir el personal a cargo de la operación, se concluye que lo señalado por la Gerencia de Supervisión mediante los Oficios N° 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN responde a las obligaciones asumidas por el Concesionario derivadas de su actividad de Explotación del Tramo concesionado, por lo que se considera infundada en este extremo la impugnación presentada por COVISUR, dado que la actuación de este Organismo se

³ La Sección IX del Contrato de Concesión señala que, de acuerdo con lo señalado en el Decreto Ley N° 22467, La Ley N° 24423 y demás Leyes Aplicables relacionadas, se encuentran exentos del cobro de la tarifa los vehículos que prestan servicios de emergencia, los vehículos militares y los vehículos de la Cruz Roja. Asimismo, la citada Sección señala un régimen de cobro de Tarifa Diferenciada para ciertos vehículos.

ajusta a lo señalado en el Contrato de Concesión y al marco legal que rige su actuación.

POR LO EXPUESTO y, en base al análisis contenido en el Informe N° 049-09-GAL-OSITRAN, en aplicación de lo dispuesto en el inciso a) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y del literal o) del Artículo 58° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación contra los Oficios N° 3298 y 3526-09-GS-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- DECLARAR agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. la presente resolución.

CUARTO.- PONER EN CONOCIMIENTO la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

QUINTO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General