Resolución de Gerencia General

Lima, og de Junio de 2014

Nº 063-2014-GG-OSITRAN

VISTOS:

El recurso de apelación presentado por la Sociedad Desarrollo Vial de los Andes SAC, DEVIANDES, contra el Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, el Informe de la Gerencia de Asesoría Jurídica N° 048-2014-GAJ-OSITRAN, y los demás documentos obrantes en los antecedentes; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 27 de setiembre de 2010, se suscribió el Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA CENTRO, entre la Sociedad Desarrollo Vial de los Andes SAC, DEVIANDES (el Concesionario) y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones-MTC (el Concedente);

Que, el Anexo XI del Contrato de Concesión, comprende la implementación y funcionamiento de un Fideicomiso de Recaudación, cuyo objetivo es garantizar el empleo eficiente de la Recaudación por Peaje y el impulso inicial en la ejecución de las Obras a cargo del Concesionario en los primeros años de la Concesión, teniendo vigencia desde la Fecha de Inicio de Explotación de la Concesión hasta el momento en que el Regulador verifique una inversión en Obras de responsabilidad del Concesionario ascendente como mínimo a Ocho Millones y 00/100 Dólares Americanos (US\$ 8 000 000.00), sin incluir IGV;

Que, igualmente, en dicho Anexo del Contrato de Concesión, se señala que durante la vigencia del Fideicomiso de Recaudación, corresponderá al Concesionario sustentar ante el Regulador para su conformidad, la liberación de recursos para atender sus egresos vinculados a la Operación, hasta un máximo acumulado de US\$ 4, 982, 000.00, y US\$ 5, 756, 000.00 (sin incluir IGV) para el Primer y Segundo Año de la Concesión, respectivamente, precisando que, en caso que al finalizar el Segundo Año de la Concesión, el Concesionario no haya acreditado la inversión mínima de Ocho Millones y 00/100 Dólares Americanos (US\$ 8 000 000.00), sin incluir IGV, por causas no imputables a él, se aplicarán los montos máximos comprendidos en Segundo Año de la Concesión, a los siguientes años hasta la acreditación de la inversión mínima antes indicada;

Que, con fecha 27 de marzo de 2014, mediante Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, luego de verificar los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, sobre la base del Informe N° 852-2014-GSF-OSITRAN, comunicó al Concesionario su conformidad parcial a la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación por US\$ 205,545.50 sin IGV, precisándose que, se observa los desembolsos por el concepto denominado Intereses al BANCOLOMBIA, por el período marzo 2011 – diciembre 2011, en virtud a que dichos pagos no corresponden a los Lineamientos de Operación tal como se señaló en el Informe N° 1352-2012-GS-OSITRAN del 24 de mayo de 2012;









Que, con fecha 21 de abril de 2014, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra el Oficio de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, solicitando a la Gerencia General de OSITRAN, que se deje sin efecto dicho Oficio, y que se reconozcan los desembolsos por el concepto denominado "Intereses al Bancolombia";

Que, si bien el recurso de apelación planteado por el Concesionario fue presentado el 21 de abril de 2014, esto es, dentro del plazo de 15 días perentorios previsto en la LPAG, el mismo resulta improcedente, toda vez que, el Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN¹ contiene, en esencia, una opinión técnica, que constituye una actuación procesal que forma parte del proceso contractual de Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación a cargo del Concedente, siendo éste último, el que finalmente emite el pronunciamiento en forma de instrucción, para hacer efectiva la liberación correspondiente;

Que, con relación a lo anterior, debe tenerse presente que no toda declaración de una entidad comprendida dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la LPAG, constituye un acto administrativo, encontrándose en esa categoría las opiniones técnicas e informes técnicos que en ejercicio de la función supervisora², OSITRAN emite al otorgar su conformidad a los desembolsos del Fideicomiso de Recaudación.

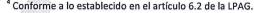
SIT RAIL V°B°

Que, en efecto, en el presente caso, de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo XI del Contrato de Concesión, OSITRAN emite una conformidad, que tiene la calidad de una opinión técnica previa, a la instrucción que finalmente emite el Concedente para hacer efectivo el desembolso. En otras palabras, quien decide autorizar el desembolso de recursos del Fideicomiso de Recaudación, es el Concedente y no el Regulador. En consecuencia, el informe técnico que emite el Regulador, es inimpugnable por no tratarse de la emisión de un acto administrativo, siendo ello coherente con el artículo 206 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³ (LPAG).

Que, por tanto, el recurso de apelación presentado por DEVIANDES contra del Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, sustentado en el Informe N° 1856-2014-GSF-OSITRAN, en el marco de lo dispuesto en el Anexo XI del Contrato de Concesión, resulta improcedente;

Que, sin perjuicio de ello, acorde con lo expuesto en el Informe N° 048-2014-GAJ-OSITRAN, que esta Gerencia General hace suyo, constituyéndose en consecuencia, en parte integrante⁴ de la presente

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









¹ Sustentado en el Informe N° 852-2014-GSF-OSITRAN.

² Conforme establece expresamente el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, modificado por Decreto Supremo Nº 114-2013-PCM.

³ Al respecto, el artículo 206° de la Ley N° 27444, establece lo siguiente:

[&]quot;Artículo 206.- Facultad de contradicción

^{206.1} Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siquiente.

^{206.2 &}lt;u>Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.</u>

Resolución, en atención a una buena práctica administrativa y el derecho de petición, se evalúa los hechos y argumentos expuestos por el Concesionario;

Que, el Concesionario alega una supuesta contradicción al principio de legalidad, afirmando que los desembolsos de los recursos del Fideicomiso de Recaudación respecto de los meses de marzo a diciembre de 2011, que incluyeron los gastos por el concepto "Intereses al Bancolombia", fueron debidamente aprobados por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, de acuerdo al procedimiento establecido en el Anexo XI del Contrato de Concesión y el Cronograma Referencial de Desembolsos aprobado por dicha Gerencia, plasmándose en actos administrativos firmes, en virtud a los cuales se le pagó los montos correspondientes, y que de manera ilegal y contradictoria, el Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, sustentado en el Informe N° 852-2014-GSF-OSITRAN, desconoce la validez de dichos actos administrativos, pues decide deducir los desembolsos efectuados por el referido concepto, en esta liberación y en las futuras liberaciones mensuales;

Que, en lo que concierne a dichas afirmaciones, acorde con lo expuesto líneas arriba, debemos remarcar que la conformidad del Regulador a que hace referencia el Anexo XI del Contrato de Concesión, no constituye un acto administrativo, pues en puridad, es una opinión, una actuación procesal que forma parte del proceso contractual de Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación a cargo del Concedente, quien finalmente emite el pronunciamiento en forma de instrucción, para hacer efectiva la liberación correspondiente;

STRAN V°B°

Que, como se indicó en la Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 024-2014-GAJ-OSITRAN, una situación distinta es que, al momento de realizar la verificación de los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización no haya advertido (el Primer Año y parte del Segundo Año de la Concesión) la inconformidad existente entre el concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA", con el alcance del término Operación5 comprendido en el Anexo XI; pues ello, sólo puede ser entendido como una omisión de la Gerencia de Línea al realizar la verificación y emitir su pronunciamiento. El hecho de no advertir la inconformidad existente entre los comprobantes de pago (vinculados al concepto Intereses al BANCOLOMBIA), con la definición del término Operación comprendida en el Contrato de Concesión, sólo puede ser entendido como una omisión de la Gerencia de Línea al realizar la verificación, más no, como una conformidad definitiva de dicho concepto;

SITRALE OF ALLE OF ALLE

Que, de igual manera, con relación al supuesto acto administrativo que aprueba –según el Concesionario-- de modo definitivo el Cronograma referencial del Primer y Segundo Año de la Concesión, cabe recordar que las cláusulas de los contratos debe entenderse y aplicarse de manera conjunta y no aislada, siendo el caso concreto que, el sexto párrafo del Anexo XI del Contrato de Concesión, contempla de modo expreso que durante la vigencia del Fideicomiso corresponderá al Concesionario sustentar ante el Regulador para su conformidad, la liberación de recursos correspondientes;

Que, es por ello que, a partir de la conformidad emitida por el Regulador, dentro de los tres (3) Días contractualmente previstos, el Concedente debe emitir al Fiduciario la instrucción de hacer efectivo los pagos correspondientes, resaltándose que, en cada oportunidad que el Concesionario presenta el sustento correspondiente para la liberación de recursos, el Regulador observa que la

⁵ Cuyo alcance se encuentra determinado en la cláusula 1.8.63 del Contrato de Concesión y en las Bases del Concurso.







liberación de recursos se ajuste estrictamente a las condiciones determinadas en el Contrato de Concesión;

Que, no está demás recalcar que esto es lo que ha venido ocurriendo en la práctica, pues, como se advierte de los antecedentes del Informe N° 048-2014-GAJ-OSITRAN, cada vez que el Concesionario ha requerido la liberación de recursos, ha presentado al Regulador copia de los comprobantes de pago que sustentan su pedido correspondiente;

Que, en ese orden de ideas, conforme se señaló en la Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 024-2014-GAJ-OSITRAN, la conformidad de OSITRAN emitida a través del Oficio N° 5181-2011-GS-OSITRAN (en base al Informe N° 2661-2011-GS-OSITRAN) de la Gerencia de Supervisión, respecto del cronograma referencial de desembolsos presentado por el Concesionario al inicio del Segundo Año de la Concesión, de ningún modo constituye una aprobación definitiva del mismo, como sostiene el Concesionario. Del mismo modo, la conformidad de OSITRAN emitida a través del Oficio N° 4892-10-GS-OSITRAN, (en base al Informe N° 1500-10-GS-OSITRAN), de la Gerencia de Supervisión, respecto del cronograma referencial del Primer Año de la Concesión, tampoco constituye una aprobación definitiva del mismo;

Que, aún más, de la revisión de los cronogramas presentados por el Concesionario para el Primer Año de la Concesión y Segundo Año de la Concesión no se observó el concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA", razón por la cual, carecen de sustento los argumentos del Concesionario, por los que sostiene que dicho concepto fue aprobado de modo definitivo por el Regulador, al otorgar su conformidad a ambos cronogramas, y que dicha conformidad constituye un acto administrativo de aprobación de los referidos intereses, pues ello, claramente no es así;

Que, en tal sentido, todos los argumentos del Concesionario orientados a afirmar que la conformidad de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización respecto al Cronograma Referencial y los desembolsos del periodo marzo de 2011 a diciembre de 2011, contravienen el principio de legalidad, al supuestamente desconocer actos administrativos firmes, carecen de sustento;

Que, por otro lado, el Concesionario sostiene que OSITRAN ha vulnerado los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, pues no se puede variar arbitrariamente las condiciones de actuación ante los administrados, debiendo enmarcar su conducta dentro de un marco de predictibilidad ante las mismas situaciones. A tal efecto, afirma que el Regulador vulnera los mencionados principios pues en anteriores periodos de liberación de recursos ha reconocido expresamente la procedencia de desembolsos por dichos conceptos, motivo por el cual, con las últimas actuaciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, se configura una manifiesta contradicción entre sus pronunciamientos, generando un estado de indefensión, pues tenía expectativa y confianza legítima de cuál sería la posición del Regulador;

Que, sobre el particular, debe acotarse que los criterios que ha utilizado el Regulador para la liberación de los recursos del fideicomiso de recaudación, a partir del Oficio N° 1834-2012-GS-OSITRAN y el Informe N° 1114-2012-GS-OSITRAN, se sustentan en el propio Contrato de Concesión, resaltándose que en dicho instrumento contractual se advierte claramente que la liberación los referidos recursos se vincula a las actividades de Operación;

Que, como se expuso extensamente en la Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 024-2014-GAJ-OSITRAN, el Anexo XI del Contrato de Concesión vincula la liberación de







recursos del fideicomiso de recaudación a favor del Concesionario, al término Operación, el mismo que es definido en la Cláusula 1.8.63 del Contrato de Concesión, en los términos siguientes:

"Operación

Es el conjunto de actividades a desarrollar para que la vía funcione normalmente e incluye el cuidado y vigilancia de la vía, el control de cargas y pesos vehiculares, seguridad vial y la prevención de emergencias viales". [Subrayado es nuestro]

Que, siguiendo esa temática contractual, el término Operación se encuentra definido en las Bases del Concurso:

"1.2.45 Operación

Es el conjunto de actividades a desarrollar para que la vía funcione normalmente e incluye el cuidado de la vía, administración de las Unidades de Peaje, el control de cargas y pesos vehiculares, seguridad vial y la prevención de Emergencias Viales". [Subrayado es agregado]

Que, en ese contexto, durante la vigencia del Fideicomiso de Recaudación, el Regulador está obligado a verificar que el sustento que presenta el Concesionario para la liberación de recursos correspondientes, respete la clasificación del uso y montos establecidos en el Contrato de Concesión, destacándose que, el Anexo XI del referido instrumento, vincula dicha clasificación de uso, a las actividades de Operación;

Que, lo expuesto ha sido confirmado, además, al analizar el modelo económico financieros del proceso de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, pues de acuerdo al flujo de caja del modelo financiero del Contrato de Concesión se tiene que los montos máximos permitidos de Liberación de Fideicomiso no han considerado para su determinación, el concepto de costos financieros, y por tanto, menos aún, los costos financieros vinculados al concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA" que viene solicitando el Concesionario;

Que, de esta manera, considerando que los denominados "Intereses al Bancolombia" no se ajustan a la definición del término Operación señalada en el Anexo XI, cuyo alcance se encuentra determinado en la cláusula 1.8.63 y en las Bases del Concurso, carece de sustento el cuestionamiento del Concesionario. Aún más, lejos de encontrarse ligado a las actividades de Operación, los referidos intereses se encuentran directamente vinculados al préstamo obtenido por el Concesionario para pagar el Aporte Para Casos de Desempate fijado por PROINVERSIÓN en la Etapa del Concurso;

Que, adicionalmente, con relación al Principio de predictibilidad, no debe perderse de vista que desde la Fecha de Suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario tenía pleno conocimiento de las condiciones (clasificación de uso y montos máximos) establecidos en el Anexo XI para la liberación de recursos del Fidecomiso de Recaudación, y consecuentemente de los egresos Operativos máximos que le podían ser reconocidos, motivo por el cual no procede que pretenda desconocer dichas condiciones, alegando una supuesta afectación a la predictibilidad de sus ingresos futuros, por no reconocérsele los denominados "Intereses al BANCOLOMBIA", pues dicho concepto no constituye en modo alguno, un egreso operativo;

Que, en tal virtud, lo alegado por DEVIANDES S.A.C., en el sentido que antes de la emisión del Oficio N° 1834-2012-GS-OSITRAN, y el Informe N° 1114-2012-GS-OSITRAN que lo sustenta, la Gerencia de

⁶ Según lo informado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización mediante Memorando N° 388-2014-GSF-OSITRAN que adjunta la Nota N° 267-2014-GSF-OSITRAN.







Supervisión y Fiscalización había dado conformidad a la liberación de recursos del fideicomiso de recaudación por el concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA", y que, debido a ello, el cambio de postura de dicha Gerencia no sólo implica una contravención al Contrato de Concesión, sino también establecer la arbitrariedad como principio rector en materia de liberación de fondos del fideicomiso, carece de sustento;

Que, en consonancia con lo advertido, en atención a las potestades conferidas por la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley Nº 26917, el Regulador tiene la obligación de fiscalizar el cabal cumplimiento del Contrato de Concesión, siendo uno de los instrumentos que se utilizan para tal fin, el control posterior conforme al artículo 7 de dicho cuerpo normativo. En ejercicio de dicha prerrogativa, y acorde con la obligación de verificar el sustento que corresponde presentar al Concesionario durante la vigencia del Fideicomiso de Recaudación, OSITRAN está plenamente facultado a realizar las acciones necesarias para que la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación, se ajuste a los términos del Contrato de Concesión;

Que, en ese cometido, en cada uno de sus pronunciamientos el Regulador debe observar permanentemente, la finalidad del Fideicomiso establecida en el Anexo XI del Contrato de Concesión, esto es, que: "El objetivo del Fideicomiso de Recaudación es garantizar el empleo eficiente de la Recaudación por Peaje y el impulso inicial en la ejecución de las Obras a cargo del Concesionario en los primeros años de la Concesión";

Que, en consecuencia, atendiendo a que los denominados "Intereses al BANCOLIOMBIA" de ningún modo constituyen egresos Operativos del Concesionario, en el presente caso, el Informe 852-2014-GSF-OSITRAN, que sustenta el Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, resulta razonable y se encuentra debidamente motivado y sustentado en los términos y alcances del propio Contrato de Concesión, por lo cual, no deviene en arbitrario ni contrario los principio de seguridad jurídica y predictibilidad;

Que, muy por el contrario, como ya se señaló en la Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, ejecutar el Contrato de Concesión, manteniendo una situación de hecho contraria al ordenamiento jurídico, como sería la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación que no se ajustan a los Lineamientos establecidos en el Anexo XI, tal como se realizó en el Primer Año y parte del Segundo Año de la Concesión, implicaría contravenir no sólo el propio Contrato, sino también la norma imperativa contenida en el artículo 1362° del Código Civil, conforme a la cual, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las Partes, máxime, cuando de la documentación remitida por el Concesionario, se advierte que los aludidos "Intereses al BANCOLOMBIA" están vinculados a un préstamo de \$ 20 millones que se hizo el Concesionario para pagar el aporte de desempate para adjudicarse la Concesión;

Que, por todo lo expuesto, podemos señalar que lo afirmado por el Concesionario, en el sentido que el Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN resulta nulo de pleno derecho, también carece de sustento;

Que, teniendo en cuenta lo señalado en el Informe N° 048-2014-GAJ-OSITRAN, el mismo que se incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución; y de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley N° 26917, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 114-2013-PCM, y el Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN, modificado por Resolución N° 009-2009-CD-OSITRAN y por Resolución 063-2013-CD-OSITRAN;









SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar IMPROCEDENTE el recurso de apelación presentado por la Sociedad Concesionaria DEVIANDES S.A. contra el Oficio de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 1646-2014-GSF-OSITRAN.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 048-2014-GAJ-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial de Los Andes SAC - DEVIANDES. Asimismo, ponerlos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, para los fines correspondientes.

Artículo 3.- Autorizar la publicación de la presente Resolución y el Informe N° 048-2014-GAJ-OSITRAN, en la Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Registrese, Comuniquese y Archivese.

JUAN RAFAEL PEÑA VERA

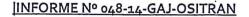
Gerente General

REG.SAL.GG:19637-14









Α

.

JUAN RAFAEL PEÑA VERA

Gerente General

De:

JEAN PAUL CALLE CASUSOL

Gerente de Asesoría Jurídica

C.c.

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA

Gerente de Supervisión y Fiscalización

Asunto

Recurso de apelación contra el Oficio de la Gerencia de Supervisión y

Fiscalización N° 1646-2014-GSF-OSITRAN

Referencia

Escrito s/n de fecha 21 de abril de 2014

Fecha

05 de junio de 2014

OBJETIVO

1.1. El objetivo del presente Informe es emitir un pronunciamiento respecto al recurso de apelación presentado por la Sociedad Concesionaria DEVIANDES S.A., contra el Oficio de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 1646-2014-GSF-OSITRAN.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Con fecha 27 de setiembre de 2010, se suscribió el Contrato de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro: Puente Ricardo Palma La Oroya Huancayo y La Oroya Dv. Cerro de Pasco, celebrado entre el Estado de la República del Perú, el Concedente, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y la Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial de Los Andes S.A.C. (DEVIANDES), el Concesionario.
- 2.2. Con fecha 25 de octubre de 2010, se suscribió el Contrato de Fideicomiso de Recaudación, celebrado entre Desarrollo Vial de Los Andes S.A.C. (DEVIANDES), el Fideicomitente, y FIDUPERU S.A., el Fiduciario.
- 2.3. Mediante Carta N° C. 2.038, con fecha 18 de noviembre de 2010, el Concesionario remitió al Regulador el Cronograma Referencial de Desembolsos para el Primer Año de la Concesión.
- 2.4. Mediante Oficio N° 4892-10-GS-OSITRAN, sobre la base del Informe N° 1500-10-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión¹ otorgó su conformidad al Cronograma Referencial de Desembolsos para el Primer Año de la Concesión, presentado por el Concesionario,

¹ Denominada Gerencia de Supervisión y Fiscalización, por Resolución de Consejo Directivo N° 063-2013-CD-OSITRAN, de fecha 05 de noviembre de 2013.



GERENCIA GENERAL

0 5 JUN 2014



haciendo la salvedad de que los montos y oportunidad de desembolsos contenidos en dicho cronograma tienen naturaleza referencial. Dicho Cronograma Referencial no comprende el concepto "Intereses al BANCOLOMBIA".

- 2.5. Mediante Carta N° 1.240, de fecha 9 de mayo de 2011, el Concesionario presentó al Regulador copia de los comprobantes de pago que sustentan los egresos correspondientes al mes de marzo de 2011, para la liberación de los Recursos del Fideicomiso de Recaudación. Del detalle de Egresos por Partidas Marzo 2011, adjunto al mencionado documento, se aprecia montos de \$ 99,110.00, \$ 99,110.00, y \$ 54,718.80 (folios 0220, 0221 y 0222) vinculados a un concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA".
- 2.6. Mediante Oficio N° 2120-2011-GS-OSITRAN, con fecha 30 de mayo de 2011, luego de verificar los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, sobre la base del Informe N° 938-2011-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión otorgó conformidad para la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación correspondiente al mes de marzo de 2011, sin observar la liberación de recursos por el concepto "Intereses al BANCOLOMBIA".
- 2.7. Mediante Carta N° 1.481, de fecha 22 de julio de 2011, el Concesionario presentó al Regulador copia de los comprobantes de pago que sustentan los egresos correspondientes al mes de junio de 2011, para la Liberación de Recursos de Fideicomiso de Recaudación. Del Detalle de Egresos por Partidas Junio 2011, adjunto al mencionado documento, se aprecia montos de \$ 99,000.00, \$ 99,000.00, y \$ 60,826.11 (folios 0342, 0343 y 0344) vinculados al concepto "Intereses al BANCOLOMBIA".
- 2.8. Mediante Oficio N° 3205-2011-GS-OSITRAN, con fecha 17 de agosto de 2011, luego de verificar los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, sobre la base del Informe N° 1587-2011-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión otorgó conformidad para la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación correspondiente al mes de junio de 2011, sin observar la liberación de recursos por el referido concepto.
- 2.9. Mediante Carta N° 1.731, de fecha 17 de octubre de 2011, el Concesionario presentó al Regulador copia de los comprobantes de pago que sustentan los egresos correspondientes al mes de setiembre de 2011, para la Liberación de Recursos de Fideicomiso de Recaudación. Del Detalle de Egresos por Partidas Setiembre 2011, adjunto al mencionado documento, se observa montos de \$ 99,110.00, \$ 99,110.00 y \$ 57,692.57 (folios 0262, 0263, 0264) vinculados al concepto "Intereses al BANCOLOMBIA".
- 2.10. Mediante Oficio N° 4732-2011-GS-OSITRAN, con fecha 16 de noviembre de 2011, luego de verificar los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, sobre la base del Informe N° 2421-2011-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión otorgó conformidad para la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación correspondiente al mes de setiembre de 2011, sin observar la liberación de recursos por el referido concepto.

Mediante Cartas Nº 1.865 y, respectivamente, el Concesionario remitió el Cronograma Referencial de Desembolsos para el Segundo Año de la Concesión.





- Mediante Oficio Nº 5181-2011-GS-OSITRAN, con fecha 12 de diciembre de 2011, con base en el Informe N° 2661-2011-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión dio conformidad al Cronograma Referencial de Desembolsos para el Segundo Año de la Concesión presentado por el CONCESIONARIO, precisando de modo expreso que los montos y oportunidad de desembolsos contenidos en dicho cronograma tienen naturaleza referencial. Dicho Cronograma Referencial no comprende el concepto "Intereses al BANCOLOMBIA".
- Mediante Carta Nº 2012.10.0059, de fecha 17 de enero de 2012, el Concesionario presentó al Regulador copia de los comprobantes de pago que sustentan los egresos correspondientes al mes de diciembre de 2011, para la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación. Del Detalle de Egresos por Partidas - Diciembre 2011, adjunto al mencionado documento, se advierte montos de \$ 99,110.00; \$60,611.47, y \$ 99,110.00 (folios 0309, 0310, 0311) vinculados al concepto "Intereses al BANCOLOMBIA por préstamo de \$ 20 millones para pago de U\$ 27,510 millones por aporte de desempate al MTC.
- Mediante Oficio Nº 350-2012-GS-OSITRAN, con fecha 27 de enero de 2012, luego de 2.13. verificar los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, sobre la base del Informe N° 182-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión otorgó conformidad para la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación correspondiente al mes de diciembre de 2011, sin observar la liberación de recursos por el referido concepto.
- Mediante Carta Nº 2012.10.279, de fecha 16 de abril de 2012, el Concesionario presentó al 2.14. Regulador copia de los comprobantes de pago que sustentan los egresos correspondientes al mes de marzo de 2012, para la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación. Del Detalle de Egresos por Partidas – Marzo 2012, adjunto al mencionado documento, se advierte montos de \$ 71,528.43, \$ 99,110.00, \$ 99,110.00 (folios 0076, 0077, 0078) vinculados al concepto "Intereses al BANCOLOMBIA".
- Mediante Oficio Nº 1834-2012-GS-OSITRAN, del 8 de mayo de 2012, luego de verificar los 2.15. comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, sobre la base del Informe Nº 1114-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión comunicó al Concesionario su conformidad parcial a la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación por US\$ 183,302.55 sin IGV. En el referido Informe, el Órgano de Línea advierte que no corresponde liberar recursos del Fideicomiso de Recaudación para atender el pago de los montos antes señalados, por los referidos Intereses al BANCOLOMBIA, toda vez que estos no corresponden al lineamiento de "Operación" de

acuerdo a lo establecido en el Anexo XI del Contrato de Concesión.

Mediante Carta Nº 2012-10-0353, con fecha 18 de mayo de 2012, el Concesionario indicó 2.16. que el concepto de "Intereses BANCOLOMBIA" ha venido siendo reconocido por OSITRAN en anteriores liberaciones de recursos del Fideicomiso de Recaudación, por lo que solicitó a OSITRAN el sustento respecto a su cambio de criterio para el procedimiento de liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación, tanto en sus aspectos formales como procedimentales.





- 2.17. Mediante Oficio N° 2212-2012-GS-OSITRAN, con fecha 25 de mayo de 2012, la Gerencia de Supervisión remitió al Concesionario el Informe N° 1352-2012-GS-OSITRAN, precisando que dicho informe sustenta los criterios para la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación correspondiente al lineamiento de Operación establecido en el Contrato de Concesión.
- 2.18. Mediante Carta N° 2012-10-0372, con fecha 28 de mayo de 2012, el Concesionario con relación a los Oficios N° 1834-2012-GS-OSITRAN y 2212-2012-GS-OSITRAN, manifestó que respecto al procedimiento establecido en el Anexo XI del Contrato de Concesión, es necesario que el Regulador se ciña al procedimiento de liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación, debiendo únicamente verificar que las liquidaciones presentadas respeten los términos y condiciones establecidos en el cronograma aprobado mediante Oficio N° 5181-2011-GS-OSITRAN.
- 2.19. Mediante Oficio N° 2385-2012-GS-OSITRAN, con fecha 7 de junio de 2012, la Gerencia de Supervisión comunicó al Concesionario que, de acuerdo con el Anexo XI del Contrato de Concesión como el numeral 6.2.3 del Contrato de Fideicomiso, corresponde al Concesionario sustentar al Regulador para su conformidad, la liberación de los recursos correspondientes, los cuales serán desembolsados si se sujetan a los lineamientos de actividades de Operación, de acuerdo a la definición establecida en el propio Contrato de Concesión. Por lo tanto, se reafirma en que no corresponde considerar a los "Intereses Bancolombia" como costos de "Operación", conforme se precisó en su oportunidad en el Informe. N° 1352-2012-GS-OSITRAN, que acompañó al Oficio N° 2212-2012-GS-OSITRAN.
- 2.20. Mediante Carta N° 2022-10-0516, con fecha 30 de julio de 2012, el Concesionario cuestionó la actuación de la Gerencia de Supervisión, solicitando la aclaración de los criterios y procedimientos establecidos por dicha Gerencia, y solicitó a la Gerencia General que tome acciones para que la Gerencia de Supervisión le reconozca el concepto "Intereses BANCOLOMBIA", en la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación, y tome medidas para evitar que dicha Gerencia continúe desconociendo conceptos contenidos en el Cronograma aprobado mediante el Oficio N° 5181-2011-GS-OSITRAN.
- 2.21. Con fecha 27 de marzo de 2014, mediante Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, luego de verificar los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, sobre la base del Informe N° 852-2014-GSF-OSITRAN, comunicó al Concesionario su conformidad parcial a la Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación por US\$ 205,545.50 sin IGV. En el referido Informe, el Órgano de Línea precisa que se procede a deducir los desembolsos por el concepto denominado Intereses al BANCOLOMBIA, por el período marzo 2011 diciembre 2011, en virtud a que dichos pagos no corresponden a los Lineamientos de Operación tal como se señaló en el Informe N° 1352-2012-GS-OSITRAN del 24 de mayo de 2012.
- 2.22. Mediante Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, con fecha 19 de mayo de 2014, la Gerencia General de OSITRAN, con base en el Informe N° 024-2014-GAJ-OSITRAN, declaró improcedente la solicitud del Concesionario presentada mediante Carta N° 2022-10-0516. Sin perjuicio de ello, precisó que los argumentos del Concesionario carecen de





sustento, toda vez que los denominados intereses al Bancolombia, no se ajustan al alcance del término Operación definido en el Contrato de Concesión y las Bases.

Con fecha 21 de abril de 2014, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra el 2.23. Oficio de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN, solicitando que se deje sin efecto, y que se reconozcan los desembolsos por el concepto denominado Intereses al Bancolombia.

ANÁLISIS III.

- A fin de evaluar los argumentos planteados por el Concesionario, en el presente informe 3.1. se analizarán los siguientes aspectos, desde una perspectiva técnica y legal:
 - A. Procedencia del Recurso de Apelación.
 - B. La actuación de la Gerencia de Supervisión.
 - C. La solicitud y los argumentos del Concesionario:
 - Sobre la supuesta contravención al principio de legalidad
 - Sobre la supuesta contravención a los principio de seguridad y predictibilidad

A. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

- Como quedó señalado líneas arriba, el recurso de apelación presentado por el 3.2. Concesionario tiene por finalidad que la Gerencia General de OSITRAN deje sin efecto el Oficio Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN, y que se reconozcan los desembolsos por el concepto denominado Intereses al Bancolombia, por el período de marzo de 2011 a diciembre de 2011.
- De acuerdo a lo previsto en el artículo 207 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento 3.3. Administrativo General (LPAG), el término para la interposición de los recursos administrativos (Reconsideración, Apelación, Revisión), es de quince (15) días, siendo éste un plazo perentorio.
- El Oficio Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN, a través del cual OSITRAN le comunicó al 3.4. Concesionario su conformidad parcial del sustento para la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación correspondiente al mes de enero de 2014, de acuerdo al Anexo XI del Contrato de Concesión, le fue notificado el 27 de marzo de 2014.
- Si bien el recurso de apelación planteado por el Concesionario fue presentado el 21 de 3.5. abril de 2014, esto es, dentro del plazo de 15 días perentorios previsto en la LPAG, cabe indicar que el mismo resulta improcedente, toda vez que, el Oficio Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN² contiene, en esencia, una opinión técnica, ya que si bien emite una declaración sobre la conformidad del sustento para la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación, no emite una decisión respecto a si procede o no la liberación de fondos del fideicomiso. Por el contrario, conforme al Contrato de Concesión, dicha decisión debe ser adoptada por el Concedente.

² Sustentado en el Informe N° 852-2014-GSF-OSITRAN.





- Debe tenerse presente que no toda declaración de una entidad comprendida dentro del 3.6. ámbito de aplicación subjetiva de la LPAG, constituye un acto administrativo, encontrándose en esa categoría las opiniones técnicas e informes técnicos que en ejercicio de la función supervisora3, OSITRAN emite al otorgar su conformidad a los desembolsos del Fideicomiso de Recaudación.
- En efecto, en el presente caso, de acuerdo con lo dispuesto en el Anexo XI del Contrato de 3.7. Concesión, OSITRAN emite una conformidad, que constituye una opinión técnica previa, a la instrucción que finalmente emite el Concedente para hacer efectivo el desembolso. En otras palabras, quien decide autorizar el desembolso de recursos del Fideicomiso de Recaudación, es el Concedente y no el Regulador. En consecuencia, el informe técnico que emite el Regulador, es inimpugnable por no tratarse de la emisión de un acto administrativo, siendo ello coherente con el artículo 206 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (LPAG).

En palabras de Morón5: 3.8.

"La calidad de acto administrativo queda reservada para aquellas decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, en sus derechos, intereses u obligaciones. El Sujeto pasivo o administrado viene a ser calificado por que sobre sus intereses o derechos de relevancia pública recae el efecto del acto, y van a verse alterados –sea a favor o en contra-. Por ende resultan excluidos los actos, que están dirigidos a producir efectos indirectos en el ámbito externo, tales como los informes aún cuando sean vinculantes o dación de normas técnicas, aún cuando se expresen bajo forma de resolución".

Asimismo, en materia de impugnación, el mismo autor⁶ señala: 3.9.

"Actos recurribles

El presupuesto objetivo para la validez de cualquier recurso es la existencia de un acto administrativo antelado contra el cual se dirige la impugnación. Es el acto que se argumenta que causa agravio al administrado y cuya eficacia se pretende modificar o extinguir.

(....)

De este modo <u>se descarta la posibilidad de impugnar</u>:



³ Conforme establece expresamente el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, modificado por Decreto Supremo Nº 114-2013-PCM.

Edición. Lima, mayo de 2006. Pág. 111. ⁶ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Editorial Gaceta Jurídica. Quinta Edición. Lima, mayo de 2006. Pág. 545.



⁴ Al respecto, el artículo 206° de la Ley N° 27444, establece lo siguiente:

[&]quot;Artículo 206.- Facultad de contradicción

^{206.1} Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legitimo, procede su contradicción en la via administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo

^{206.2} Sólo son impuquables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo

que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo. 206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios

de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma." MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Editorial Gaceta Jurídica. Quinta

- a) actos de simple impulsión procesal o trámite,
- b) actos que reproducen otro acto anterior, sean definitivos o firmes.
- c) Actos confirmatorios de otros anteriores (por no haber sido recurrido el acto originario).
- d) <u>Actos de administración (dictámenes, informes, etc.)</u>. (....)"

[Subrayado es agregado]

3.10. Siguiendo esa misma línea, Guzmán Napurí⁷ apunta lo siguiente:

"Ahora bien, <u>en tanto los informes administrativos no generan efectos jurídicos directos, no pueden ser considerados propiamente como actos administrativos</u>, sino más bien como simples hechos de la Administración. <u>En mérito de ello</u>, los informes administrativos no son susceptibles de ser impugnados, aún en el supuesto de que sean vinculantes. La impugnación de la resolución permitirá discutir en la tramitación del recurso la validez del informe, o en todo caso, permitirá la emisión de uno nuevo".

[Subrayado es agregado]

3.11. A mayor abundamiento, Gordillo⁸ agrega:

"Pues bien, <u>los problemas de validez e impugnación de la actividad administrativa giran en torno a un principio</u>: Que puede atacarse mediante un recurso administrativo o acción judicial aquel acto de la administración que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos respecto del impugnante; <u>todo acto de la administración (o no) que de suyo no sea apto para producir efectos jurídicos, no es todavía directamente impugnable en cuanto a su validez</u>: la noción de acto administrativo debe entonces recoger ese principio y restringirse a aquellos actos aptos para producir efectos jurídicos directos, en forma inmediata.

Si dijéramos simplemente que es una declaración que produce efectos jurídicos, estaríamos abarcando los casos en que el efecto jurídico surge indirectamente del acto. Así, el dictamen vinculante que la Administración esté obligada a seguir es un acto productor de efectos jurídicos, en cuanto el orden jurídico establece un nexo entre su emisión y determinados efectos jurídicos. Pero no es un acto administrativo en el sentido propio del término, porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente. Es, pues, un acto de la administración o preparatorio, no un acto administrativo, a pesar de ser un dictamen vinculante.

3.12. Conforme a lo expuesto, los informes técnicos que OSITRAN emite no son susceptibles de ser impugnados, y ello con independencia de que lo dicho en el Informe tenga o no la calidad de vinculante. Por tanto, el recurso de apelación presentado por DEVIANDES contra del Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, resulta improcedente.

⁷GUZMAN NAPURI, Christian. El Procedimiento Administrativo. Editorial ARA Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima, 2007. ⁸GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. El Acto Administrativo. Buenos Aires, F.D.A., 2011. 10 edición.





- 3.13. Es más, cabe precisar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 171° de la LPAG, los dictámenes e informes (como el Informe N° 852-2014-GSF-OSITRAN, notificado por Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN) se presumen facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley; por lo que partiendo de esa premisa legal, y observando que ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico establece expresamente que el pronunciamiento del Regulador en cuestión, tiene carácter vinculante, no debe ni puede presumirse éste lo tiene. Esta conclusión también se deriva del propio contrato de concesión, dado que en el Anexo XI que rige el Fideicomiso de Recaudación, no se ha declarado expresamente la circunstancia que la conformidad del Regulador tenga carácter vinculante.
- 3.14. La conformidad del Regulador referida en el Anexo XI del Contrato de Concesión constituye una actuación procesal que forma parte del proceso contractual de Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación a cargo del Concedente, siendo éste último, el que finalmente emite el pronunciamiento en forma de instrucción, para la liberación correspondiente.
- 3.15. Por todo ello, la opinión técnica contenida en el Oficio N° 1646-2014, sustentado en el Informe N° 852-2014-GSF-OSITRAN, en el marco del Anexo XI del Contrato de Concesión, no resulta impugnable, por lo que debe declararse improcedente el recurso de apelación presentado por el Concesionario contra dicho Oficio.
- 3.16. Finalmente, en este punto, cabe mencionar que en la Resolución de Gerencia General Nº 048-2014-GG-OSITRAN¹, se declaró improcedente el cuestionamiento presentado por DEVIANDES SAC contra el Oficio de Gerencia de Supervisión y Fiscalización Nº 2385-2012-GS-OSITRAN. Debido a que en dicha oportunidad el cuestionamiento resultaba manifiestamente extemporáneo, carecía de objeto entrar a abordar y analizar la naturaleza del acto impugnado, lo cual sí resulta necesario hacer en el presente caso.
- 3.17. Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de la buena práctica administrativa, a continuación se evaluará de oficio los argumentos expuestos por el Concesionario, a fin de despejar cualquier duda o incertidumbre que pudiera haber sobre el particular, así como aclarar el criterio que corresponde aplicar.

B. LA ACTUACIÓN DE LA GERENCIA DE SUPERVISIÓN

- 3.18. En este punto, se abordará la opinión emitida por la Gerencia de Línea respecto a la liberación de los recursos del Fideicomiso de Recaudación al Concesionario, a fin de determinar si, como ha señalado éste, dentro de los recursos liberados por operación, la Gerencia de Supervisión opinó favorablemente para la liberación de "Intereses BANCOLOMBIA".
- 3.19. Con respecto a lo anterior, como quedó señalado en el Informe Nº 024-2014-GSF-OSITRAN, del examen de los documentos mencionados en el acápite de antecedentes, se advierte que en el Primer Año de la Concesión, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización otorgó su conformidad a la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación por el concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA".
- 3.20. Por su parte, en el Segundo Año de la Concesión, dicha Gerencia de Línea otorgó su conformidad a la liberación de recursos por dicho concepto, únicamente en el primer





trimestre; siendo a partir del segundo trimestre, con la emisión del Oficio N° 1834-2012-GS-OSITRAN⁹, que ésta advierte y explica¹⁰ al Concesionario que no corresponde la liberación de recursos del fideicomiso de recaudación para atender los referidos intereses.

C. LA SOLICITUD Y LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO

Sobre la supuesta contravención al principio de legalidad

- 3.21. Conforme se anotó en la sección de antecedentes, mediante escrito de fecha 21 de abril de 2014, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra el Oficio de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 1646-2014-GSF-OSITRAN, solicitando que se deje sin efecto, y que se reconozcan los desembolsos por el concepto denominado Intereses al Bancolombia, sosteniendo que dicho Oficio contraviene los principios de legalidad y predictibilidad.
- 3.22. Sobre la supuesta contradicción al principio de legalidad, el Concesionario afirma que los desembolsos o liberación de los recursos del Fideicomiso de Recaudación respecto de los meses de marzo a diciembre de 2011, que incluyeron los gastos por concepto de Intereses al Bancolombia, fueron debidamente aprobados por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, de acuerdo al procedimiento establecido en el Anexo XI del Contrato de Concesión y el Cronograma Referencial de Desembolsos aprobado por dicha Gerencia, siendo así plasmados en actos administrativos firmes, en virtud a los cuales se le pagó los montos correspondientes. Añade que, de manera ilegal y contradictoria, el Oficio Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN, sustentado en el Informe Nº 852-2014-GSF-OSITRAN, desconoce la validez de dichos actos administrativos firmes (emitidos por el mismo), pues decide deducir los desembolsos efectuados por el concepto denominado Intereses al Bancolombia, en dicha liberación y en las futuras liberaciones mensuales, sustentando que dichos gastos no habían correspondido ser pagados.

En lo que concierne a dichas afirmaciones, acorde con lo expuesto en la primera sección, debemos remarcar que la conformidad del Regulador a que hace referencia el Anexo XI del Contrato de Concesión, no constituye un acto administrativo, pues en puridad, es una opinión, una actuación procesal que forma parte del proceso contractual de Liberación de Recursos del Fideicomiso de Recaudación a cargo del Concedente, quien finalmente emite el pronunciamiento en forma de instrucción, para hacer efectiva la liberación correspondiente.

3.24. Como se indicó en el Informe N° 024-2014-GAJ-OSITRAN, que sustenta la Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, una situación distinta es que, al momento de realizar la verificación de los comprobantes de pago presentados como sustento por el Concesionario, la Gerencia de Supervisión no haya advertido (el Primer Año y parte del Segundo Año de la Concesión) la inconformidad existente entre el concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA", con el alcance del término Operación¹¹ comprendido en el Anexo XI; pues ello, sólo puede ser entendido como una omisión de la Gerencia de Línea al realizar la verificación y emitir su pronunciamiento. El hecho de no advertir la



CALLE 3.23.

⁹ Sustentado en el Informe N° 1114-2012-GS-OSITRAN.

¹⁰ Al respecto, se observa que con los Informes N° 1114-2012-GS-OSITRAN y N° 1352-2012-GS-OSITRAN, explicó las razones por las cuales el rubro "Intereses BANCOLOMBIA", no corresponde al lineamiento de "Operación" contenido en el Contrato de Concesión.

¹¹ Cuyo alcance se encuentra determinado en la cláusula 1.8.63 del Contrato de Concesión y en las Bases del Concurso.

inconformidad existente entre los comprobantes de pago (vinculados al concepto Intereses al BANCOLOMBIA), con la definición del término Operación comprendida en el Contrato de Concesión, sólo puede ser entendido como una omisión de la Gerencia de Línea al realizar la verificación, más no, como una conformidad definitiva de dicho concepto.

- El objetivo que rige el Fideicomiso de Recaudación, es garantizar el empleo eficiente de la 3.25. recaudación por Peaje y el impulso inicial de la ejecución de las obras a cargo del Concesionario en los primeros años de la Concesión, debido a lo cual tendrá una vigencia desde la Fecha de Inicio de Explotación de la Concesión hasta el momento en que el Regulador verifique una inversión en obras de responsabilidad del Concesionario ascendente como mínimo a Ocho Millones y 00/100 Dólares Americanos. Es por ello que, durante la vigencia del Fideicomiso corresponderá al Concesionario sustentar ante el Regulador la liberación de recursos para atender los aspectos vinculados a la Operación, hasta un máximo acumulado de US\$ 4, 982, 000.00, y US\$ 5, 756, 000.00 (sin incluir IGV) para el primer y segundo año de la Concesión, respectivamente; en caso que al finalizar el Segundo Año de la Concesión el Concesionario no haya acreditado la inversión mínima señalada en el numeral precedente, por causas no imputables a él, (como actualmente ocurre) los montos máximos de liberación de recursos comprendidos en el Segundo Año de la Concesión también se aplicarán en los siguientes años hasta la acreditación de la inversión mínima antes indicada.
- 3.26. De igual manera, con relación al supuesto acto administrativo que aprueba –según el Concesionario-- de modo definitivo el Cronograma referencial del Primer y Segundo Año de la Concesión, cabe recordar que las cláusulas de los contratos debe entenderse y aplicarse de manera conjunta y no aislada. Así, el sexto párrafo del Anexo XI del Contrato de Concesión, contempla de modo expreso que durante la vigencia del Fideicomiso corresponderá al Concesionario sustentar ante el Regulador para su conformidad, la liberación de recursos correspondientes.
- 3.27. Por ello, a partir de la conformidad emitida por el Regulador, dentro de los tres (3) Días contractualmente previstos, el Concedente debe emitir al Fiduciario la instrucción de hacer efectivo los pagos correspondientes; resaltándose que, en cada oportunidad que el Concesionario presenta el sustento correspondiente para la liberación de recursos, el Regulador observa que la liberación de recursos se ajuste estrictamente a las condiciones determinadas en el Contrato de Concesión.
- 3.28. No está demás recalcar que esto es lo que ha venido ocurriendo en la práctica, pues, como se advierte de los antecedentes¹² del presente informe, cada vez que el Concesionario ha





¹² Al respecto, respecto al Primer y Segundo Año de la Concesión, se tiene el siguiente detalle:

Primer Año de la Concesión Carta N° 1.240, de fecha 9 de mayo de 2011.

Carta N° 1.481, de fecha 22 de julio de 2011.

Carta N° 1.731, de fecha 17 de octubre de 2011.

Segundo Año de la Concesión

Carta N° 2012.10.0059, de fecha 17 de enero de 2012.

Carta N° 2012.10.279, de fecha 16 de abril de 2012.

Carta N° 2012.10.0353, de fecha 18 de mayo de 2012.

requerido la liberación de recursos, ha presentado al Regulador copia de los comprobantes de pago que sustentan su pedido correspondiente.

- 3.29. En ese orden de ideas, conforme se señaló en el Informe N° 024-2014-GAJ-OSITRAN, que sustenta la Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, la conformidad de OSITRAN emitida a través del Oficio N° 5181-2011-GS-OSITRAN (en base al Informe N° 2661-2011-GS-OSITRAN) de la Gerencia de Supervisión, respecto del cronograma referencial de desembolsos presentado por el Concesionario al inicio del Segundo Año de la Concesión, de ningún modo constituye una aprobación definitiva del mismo, como sostiene el Concesionario. Del mismo modo, la conformidad de OSITRAN emitida a través del Oficio N° 4892-10-GS-OSITRAN, (en base al Informe N° 1500-10-GS-OSITRAN), de la Gerencia de Supervisión, respecto del cronograma referencial del Primer Año de la Concesión, en modo alguno constituye una aprobación definitiva del mismo.
- 3.30. Aún más, de la revisión de los cronogramas presentados por el Concesionario para el Primer¹³ Año de la Concesión y Segundo¹⁴ Año de la Concesión no se observó el concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA", razón por la cual carecen de sustento los argumentos del Concesionario, por los que sostiene que dicho concepto fue aprobado de modo definitivo por el Regulador, al otorgar su conformidad a ambos cronogramas, y por ende que dicha conformidad constituya un acto administrativo de aprobación de los referidos intereses.
- 3.31. En tal sentido, todos los argumentos del Concesionario orientados a afirmar que la conformidad de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización respecto al Cronograma Referencial y los desembolsos del periodo marzo de 2011 a diciembre de 2011, contravienen el principio de legalidad, al supuestamente desconocer actos administrativos firmes, carecen de sustento.

Sobre la supuesta contravención a los principios seguridad jurídica y predictibilidad

- 3.32. El Concesionario sostiene que OSITRAN ha vulnerado los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, pues no se puede variar arbitrariamente las condiciones de actuación ante los administrados, debiendo enmarcar su conducta dentro de un marco de predictibilidad ante las mismas situaciones. A tal efecto, el recurrente afirma que el Regulador vulnera los mencionados principios pues en anteriores periodos de liberación de recursos ha reconocido expresamente la procedencia de desembolsos por dichos conceptos, motivo por el cual, con las últimas actuaciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, se configura una manifiesta contradicción entre sus pronunciamientos, generando un estado de indefensión, pues tenía expectativa y confianza legítima de cuál sería la posición del Regulador.
- 3.33. Sobre el particular, debemos acotar que los criterios que ha utilizado el Regulador para la liberación de los recursos del fideicomiso de recaudación, a partir del Oficio N° 1834-2012-GS-OSITRAN y el Informe N° 1114-2012-GS-OSITRAN, se sustentan en el propio Contrato de Concesión, resaltándose que en dicho instrumento contractual se advierte claramente que la liberación los referidos recursos se vincula a las actividades de Operación.

¹⁴ Carta N° 1.882 del 6 de diciembre de 2011.





¹³ Carta N° C. 2.038, de fecha 18 de noviembre de 2010.

3.34. Como se expuso extensamente en el Informe N° 024-2014-GAJ-OSITRAN que sustenta la Resolución N° 048-2014-GG-OSITRAN, el Anexo XI del Contrato de Concesión vincula la liberación de recursos del fideicomiso de recaudación a favor del Concesionario, al término Operación, el mismo que es definido en la Cláusula 1.8.63 del Contrato de Concesión, en los términos siguientes:

"Operación

Es el conjunto de actividades a desarrollar <u>para que la vía funcione normalmente e incluye</u> <u>el cuidado y vigilancia de la vía, el control de cargas y pesos vehiculares, seguridad vial y la prevención de emergencias viales</u>". [Subrayado es nuestro]

- 3.35. Siguiendo esa temática contractual, el término Operación se encuentra definido en las Bases del Concurso:
 - Bases de Eje Multimodal Amazonas Centro del "Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional IIRSA" (IIRSA CENTRO).

"1.2.45 Operación

Es el conjunto de actividades a desarrollar <u>para que la vía funcione normalmente e</u> incluye el cuidado de la vía, administración de las Unidades de Peaje, el control de cargas y <u>pesos vehiculares</u>, seguridad vial y la prevención de Emergencias Viales". [Subrayado es agregado]¹⁵

- 3.36. En ese contexto, durante la vigencia del Fideicomiso de Recaudación, el Regulador está obligado a verificar que el sustento que presenta el Concesionario para la liberación de recursos correspondientes, respete la clasificación del uso y montos establecidos en el Contrato de Concesión; destacándose que el Anexo XI del referido instrumento, vincula dicha clasificación de uso, a las actividades de Operación.
- 3.37. Lo expuesto ha sido confirmado, además, al analizar el modelo económico financiero del proceso de Concesión del Tramo 2 de IIRSA Centro, pues de acuerdo al flujo de caja del modelo financiero del Contrato de Concesión se tiene que los montos máximos permitidos de Liberación de Fideicomiso no han considerado para su determinación, el concepto de costos financieros; y por ende, menos aún, los costos financieros vinculados al concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA" que viene solicitando el Concesionario.

IP CALLE

Por su parte, las Especificaciones Técnicas Generales para la Conservación de Carreteras, aprobadas por Resolución Directoral N° 051-2007-MTC/14, definen Operación Vial, indicando lo siguiente:

¹⁵ Así también, en el marco de las Leyes y Disposiciones Aplicables 15, es pertinente remitirnos a la definición de Operación Vial, contenida en el Glosario de Términos de Uso Frecuente para Carreteras, aprobado por Resolución Ministerial N° 660-2008-MTC/02: "Operación Vial: Conjunto de actividades que se inician al término de una intervención de la vía y tienen por finalidad mantener un nivel de servicio adecuado. Estas están referidas al cuidado y vigilancia de los elementos confortantes de la vía incluyendo la preservación de la integridad física del Derecho de Vía, el control de cargas y pesos vehiculares, los servicios complementarios, medidas de seguridad vial así como la prevención y atención de emergencias viales". [Subrayado agregado].

[&]quot;Operación Vial: Conjunto de actividades a desarrollar para que la vía funcione normalmente e incluye el cuidado y la viailancia de la vía, el control de carqas y pesos vehiculares, aplicación de medidas de seguridad vial y la prevención y atención de emergencias viales". [Subrayado és agregado]

¹⁶ Según lo informado por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización mediante Memorando N° 388-2014-GSF-OSITRAN que adjunta la Nota N° 267-2014-GSF-OSITRAN.

- 3.38. De esta manera, considerando que los denominados "Intereses al Bancolombia" no se ajustan a la definición del término Operación señalada en el Anexo XI, cuyo alcance se encuentra determinado en la cláusula 1.8.63 y en las Bases del Concurso, carece de sustento el cuestionamiento del Concesionario. Aún más, lejos de encontrarse ligado a las actividades de Operación, los referidos intereses se encuentran directamente vinculados al préstamo obtenido por el Concesionario para pagar el Aporte Para Casos de Desempate fijado por PROINVERSIÓN en la Etapa del Concurso.
- 3.39. En tal virtud, lo alegado por DEVIANDES S.A.C., en el sentido que antes de la emisión del Oficio N° 1834-2012-GS-OSITRAN, y el Informe N° 1114-2012-GS-OSITRAN que lo sustenta, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización había dado conformidad a la liberación de recursos del fideicomiso de recaudación por el concepto denominado "Intereses al BANCOLOMBIA", y que, debido a ello, el cambio de postura de dicha Gerencia no sólo implica una contravención al Contrato de Concesión, sino también establecer la arbitrariedad como principio rector en materia de liberación de fondos del fideicomiso, carece de sustento.
- 3.40. Adicionalmente, con relación a la predictibilidad, no debe perderse de vista que desde la Fecha de Suscripción del Contrato de Concesión, el Concesionario tenía pleno conocimiento de las condiciones (clasificación de uso y montos máximos) establecidos en el Anexo XI para la liberación de recursos del Fidecomiso de Recaudación, y consecuentemente de los egresos Operativos máximos que le podían ser reconocidos, motivo por el cual resulta inaceptable que ahora pretenda desconocer dichas condiciones, alegando una supuesta afectación a la predictibilidad de sus ingresos futuros, por no reconocérsele los denominados "Intereses al BANCOLOMBIA", pues dicho concepto no constituye en modo alguno, un egreso operativo.
- 3.41. En consonancia con lo advertido, en esta parte, conviene anotar que en virtud a las potestades conferidas por la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Ley Nº 26917¹⁷, el Regulador tiene la obligación de fiscalizar el cabal cumplimiento del Contrato de Concesión, siendo uno de los instrumentos que se utilizan para tal fin, el control posterior conforme al artículo 7 de dicho cuerpo normativo. En ejercicio de dicha prerrogativa, y acorde con la obligación del Regulador de verificar el sustento que corresponde presentar al Concesionario durante la vigencia del Fideicomiso de Recaudación, OSITRAN está plenamente facultado a realizar las acciones necesarias para que la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación, se ajuste a los términos del Contrato de Concesión.
- 3.42. En ese cometido, en cada uno de sus pronunciamientos el Regulador debe observar permanentemente, la finalidad del Fideicomiso establecida en el Anexo XI del Contrato de Concesión, esto es, que: "El objetivo del Fideicomiso de Recaudación es garantizar el empleo eficiente de la Recaudación por Peaje y el impulso inicial en la ejecución de las Obras a cargo del Concesionario en los primeros años de la Concesión".





¹⁷ Artículo 5.- Objetivos

a) Velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura públicanacional de transporte.

Artículo 7: Funciones

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades de control posterior de los contratos bajo su ámbito.

- 3.43. En consecuencia, atendiendo a que los denominados "Intereses al BANCOLIOMBIA" de ningún modo constituyen egresos Operativos del Concesionario, en el presente caso, el Informe 852-2014-GSF-OSITRAN, que sustenta el Oficio Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN, resulta razonable y se encuentra debidamente motivado y sustentado en los términos y alcances del propio Contrato de Concesión, razón por la cual, no deviene en arbitrario ni contrario los principio de seguridad jurídica y predictibilidad.
- 3.44. Muy por el contrario, como ya se señaló anteriormente, ejecutar el Contrato de Concesión, manteniendo una situación de hecho contraria al ordenamiento jurídico, como sería la liberación de recursos del Fideicomiso de Recaudación que no se ajustan a los Lineamientos establecidos en el Anexo XI, tal como se realizó en el Primer Año y parte del Segundo Año de la Concesión, implicaría contravenir no sólo el propio Contrato, sino también la norma imperativa contenida en el artículo 1362° del Código Civil, conforme a la cual, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las Partes, máxime, cuando de la documentación remitida por el Concesionario, se advierte que los aludidos "Intereses al BANCOLOMBIA" están vinculados a un préstamo de \$ 20 millones que se hizo el Concesionario para pagar el aporte de desempate para adjudicarse la Concesión.
- 3.45. Por todo lo expuesto, podemos señalar que lo afirmado por el Concesionario, en el sentido que el Oficio N° 1646-2014-GSF-OSITRAN resulta nulo de pleno derecho, también carece de sustento.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. El recurso de apelación presentado por la Sociedad Concesionaria DEVIANDES S.A., contra el Oficio Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN, resulta improcedente.
- 4.2. Sin perjuicio de ello, se ha analizado los argumentos expuestos por el Concesionario, advirtiéndose que los mismos carecen de sustento.

V. RECOMENDACIÓN

5.1. Se recomienda a la Gerencia General, declarar improcedente el recurso de apelación presentado por la Sociedad Concesionaria DEVIANDES S.A., contra el Oficio Nº 1646-2014-GSF-OSITRAN.

Atentamente,

JEAN PAUL CALLE CASUSOL

Gerente de Asesoría orídica



OSITRAN GERENCIA GENERAL

J.C.Rojas.Z./mg	
Reg. Sal GAJ No.	19261-14

PROVEIDO №	***************************************
PARA :	
ACCIONES A SEGUIR	
EECHA:	,