

Resolución de Gerencia General

Nº 011 – 2009 – GG - OSITRAN

Lima, 13 de marzo de 2009

VISTO:

El Informe Nº 021-09- GAL-OSITRAN, de fecha 12 de marzo de 2008;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Oficio Circular Nº 381-08-GS-OSITRAN de fecha 13 de febrero de 2008, (Oficio Nº 381), el Gerente de Supervisión de OSITRAN informó a la Concesionaria IIRSA Norte S.A. (en lo sucesivo, la Concesionaria), en relación a los criterios y/o procedimientos de selección para la contratación de una empresa auditora que “OSITRAN, solicitará trimestralmente el Informe de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular, como requisito indispensable para aprobar el informe de recaudación por concepto de peaje”;

Que, mediante Oficio Nº 1002-08-GS-OSITRAN de fecha 24 de abril de 2008 (Oficio Nº 1002), el Gerente de Supervisión de OSITRAN informó a la Concesionaria, que “a fin de que proceda el pago del PAMO, es requisito indispensable, de acuerdo a lo comunicado a su representada (...) y aceptado por ustedes (...), contar con el Informe de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular para aprobar el Informe de recaudación por concepto de peaje”;

Que, mediante Carta Nº 413-CINSA-OSITRAN de fecha 7 de mayo de 2008, la Concesionaria cumple con remitir el informe de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular, solicitando aprobar en el más breve plazo los informes sobre recaudación de peajes; y asimismo, revisar la posición de OSITRAN sobre la exigencia de los referidos Informes de Auditoría;

Que, mediante Carta Nº 419-CINSA-OSITRAN de fecha 9 de mayo de 2008, la Concesionaria, adjunta un Informe Legal del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, documento que sustentaría que los informes trimestrales de recaudación de peajes son una obligación distinta al informe auditado de flujos vehiculares previstos en la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Oficio 1181-08-GS-OSITRAN de fecha 12 de mayo de 2008 (Oficio Nº 1181), el Gerente de Supervisión de OSITRAN absuelve la Carta Nº 419-CINSA-OSITRAN y, la Carta Nº 413-CINSA-OSITRAN, entre otras, con relación al pago del PAMO enero-marzo 2008;

Que, mediante Oficio 1186-08-GS-OSITRAN de fecha 12 de mayo de 2008, el Gerente de Supervisión de OSITRAN informó al señor Juan Suito Larrea, Director General de Concesiones en Transporte del MTC, que la Concesionaria había cumplido con presentar el Informe Trimestral de Tránsito y Recaudación, correspondiente al periodo enero-marzo 2008, conforme al Contrato de Concesión y lo estipulado por OSITRAN;

Que, mediante Oficio N° 1340-08-GS-OSITRAN, de fecha 28 de mayo de 2008, se notificó a la Concesionaria el Oficio N° 1186-08-GS-OSITRAN, adjuntándose además, la Nota N° 380-08-GS-OSITRAN y la Nota N° 388-08-GS-OSITRAN, a través del cual se hace referencia a la presentación del Informe de Auditoría de medición de Flujo Vehicular, de manera trimestral, a fin de aprobar el informe de recaudación por concepto de peaje;

Que, con fecha 17 de junio de 2008, la Concesionaria interpone Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 1186-08-GS-OSITRAN, “con la finalidad de que éste sea revocado únicamente en el extremo que requiere la presentación de Informes de Auditoría con periodicidad trimestral”. Sin embargo, atendiendo al requerimiento formulado mediante Oficio N° 2053-08-GS-OSITRAN de fecha 25 de julio del 2008, con fecha 1 de agosto de 2008, la Concesionaria remite el Recurso de Reconsideración, debidamente suscrito por letrado;

Que, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN de fecha 1 de agosto de 2008, y notificada mediante Oficio N° 2127-08-GS-OSITRAN de fecha 4 de agosto de 2008, OSITRAN resuelve declarar improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Concesionaria contra el Oficio N° 1186-08-GS-OSITRAN;

Que, con fecha 26 de agosto de 2008, la Concesionaria interpone Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN que declara improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto contra el Oficio N° 1186-2008-GS-OSITRAN;

Que, mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN de fecha 8 de setiembre de 2008, la Concesionaria señala que ha optado por “la aplicación del silencio negativo respecto de nuestro recurso de reconsideración presentado contra el oficio a) de la referencia¹, presentado mediante carta de la referencia b)² y complementado con la Carta indicada en la referencia c)³, con la que se acompañó nueva prueba instrumental”. En ese sentido, solicita entender “el presente recurso como uno de apelación contra la resolución denegatoria ficta de la Administración”;

Que, mediante Resolución de la Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2008, la Gerencia de Regulación resolvió, entre otro, declarar improcedente el Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-CINSA, así como, declarar improcedente la pretensión contenida en la Carta N° 512-CINSA-OSITRAN contra el presunto Silencio Administrativo Negativo recaído a su vez en otro presunto Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, presentado mediante Carta N° 413-CINSA-OSITRAN y Carta N° 419-CINSA-OSITRAN;

Que, mediante Carta N° 552-CINSA-OSITRAN de fecha 29 de octubre de 2008, la Concesionaria comunica que se ha producido la aprobación ficta de su Recurso de Apelación

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

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

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

deducido mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN, y cuya consecuencia sería no volver a requerir la presentación de auditorías trimestrales para la aprobación de los informes de recaudación por concepto de peajes;

Que, mediante Oficio N° 512-08-GG-OSITRAN de fecha 10 de noviembre de 2008, OSITRAN comunica a la Concesionaria que *“lo señalado en su Carta 552-CINSA-OSITRAN deberá sujetarse a lo resuelto en la precitada Resolución de Gerencia de Regulación N° 01-2008-GRE-OSITRAN”*;

Que, mediante Carta N° 566-CINSA-OSITRAN de fecha 13 de noviembre de 2008, la Concesionaria reitera que se ha producido la aprobación ficta de su Recurso de Apelación deducido mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN, y cuya consecuencia sería no volver a requerir la presentación de auditorías trimestrales para la aprobación de los informes de recaudación por concepto de peajes;

Que, mediante Oficio N° 606-08-GG-OSITRAN de fecha 30 de diciembre de 2008, OSITRAN comunica a la Concesionaria que “si la Concesionaria IIRSA Norte S.A. no ha deducido recurso impugnativo alguno contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, coincidimos en que resulta un imposible jurídico que pueda aplicarse el Silencio Administrativo Negativo, menos aún la presunta aprobación ficta del Recurso Administrativo de Apelación. En atención a lo expuesto, reiteramos el contenido del Oficio N° 512-08-GG-OSITRAN, en el sentido que la Carta N° 566-CINSA-OSITRAN deberá sujetarse a lo resuelto en la Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN”;

Que, mediante Oficio N° 039-09-GS-OSITRAN de fecha 7 de enero de 2009 y notificado el 9 de enero de 2009, OSITRAN remite a la Concesionaria, los criterios y/o procedimiento de selección para la contratación de la empresa auditora;

Que, mediante Carta N° 621-CINSA-OSITRAN de fecha 30 de enero de 2009, la Concesionaria interpone Recurso de Apelación Parcial contra el Oficio Circular N° 039-09-GS-OSITRAN, en los extremos referidos a la presentación de auditorías trimestrales y a las obligaciones establecidas en el Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora;

ANÁLISIS

A. Análisis de Admisibilidad y Procedencia

A.1 Apelación contra el Tercer Párrafo del Oficio Circular N° 039-09-GS-OSITRAN

El tercer párrafo del Oficio Circular N° 039-09-GS-OSITRAN prevé lo siguiente:

“(...) el Contrato de Concesión señala que el Concesionario debe presentar informes de recaudación de los peajes de manera mensual y/o trimestral,

ciñéndose a los meses calendario del año. La Concesionaria, presentará trimestralmente el Informe de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular como requisito indispensable para aprobar el informe de recaudación por concepto de peaje".

[El subrayado es nuestro]

Al respecto, la Concesionaria señala lo siguiente:

"(...) OSITRAN se encuentra obligado a cumplir con el acto administrativo firme a que ha dado lugar la aprobación ficta del Recurso de Apelación mencionado en el numeral 1.3 precedente⁴, y está jurídicamente impedido de: (i) pronunciarse nuevamente sobre el tema; y, (ii) requerir auditorías trimestrales para aprobar el informe previo al pago del PAMO, desconociendo la resolución aprobatoria ficta".

[El Subrayado y la nota de pie incluida]

A fin de poder abordar los requisitos de admisibilidad y procedencia, corresponde realizar una breve lectura de los documentos que sustentan la referida impugnación, los cuales debemos advertir, ya han sido analizados en la Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN.

Sobre el particular, una breve lectura del íntegro del texto de la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN indicada en el numeral 4 del presente informe, permite advertir que la Concesionaria, en ningún momento, ha tenido intención alguna de formular Recurso Administrativo de Reconsideración contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, es decir, no existe manifestación de voluntad expresa, menos aún tácita, sobre la intención de formular el referido Recurso⁵.

De otro lado, mediante Carta N° 419-CINSA-OSITRAN indicada en el numeral 5 del presente informe, la Concesionaria adjunta un Informe Legal del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, documento que sustentaría la opinión de la Concesionaria, en el sentido de que los informes trimestrales de recaudación de peajes son una obligación distinta al informe auditado de flujos vehiculares. No obstante, de igual modo que en el numeral 25 precedente, dicho documento no cuenta con una manifestación de voluntad que acredite que éste constituye Recurso Administrativo alguno o parte de él.

En tal sentido, la Concesionaria, en ningún momento, ha deducido recurso impugnativo alguno contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, es decir, no existe manifestación de voluntad expresa, ni menos tácita, sobre la intención de formular el referido Recurso.

⁴ 1.3 OSITRAN no se pronunció sobre nuestro Recurso de Reconsideración, generando con ello su denegatoria ficta. Mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN (Anexo 4) interpusimos Recurso de Apelación contra la resolución denegatoria ficta del mencionado Recurso de Reconsideración.

⁵ "La doctrina y legislación comparada consigna como elementos fundamentales de todo recursos administrativo: (a) la voluntad de recurrir y su exteriorización documental; (...)". MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima. Gaceta Jurídica, 2001. Página 447.

Ahora bien, llama la atención la actuación de la Concesionaria, quien después de cinco meses de supuestamente haber formulado recurso impugnativo alguno, mediante Carta N° 512-CINSA-OSITRAN, precise qué la Carta N° 413-CINSA-OSITRAN, así como la Carta N° 419-CINSA-OSITRAN, constituían un Recurso Administrativo de Reconsideración, lo cual nos deja dudas respecto al cumplimiento de la conducta procedimental⁶ que deben observar las partes en todo procedimiento administrativo⁷.

De otro lado, con relación a la aplicación del Silencio Administrativo Negativo, la Concesionaria pretende que ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, se presuma que, dicha voluntad se ha producido con un contenido negativo o desestimatorio⁸, habilitando al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes⁹.

Sin embargo, si la Concesionaria no ha deducido recurso impugnativo alguno contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN; en tal sentido, resulta un imposible jurídico que pueda aplicarse el Silencio Administrativo Negativo.

En ese orden de ideas, no cabía, por improcedente, el Recurso Administrativo de Apelación contra el presunto Silencio Administrativo Negativo recaído a su vez en otro presunto Recurso de Reconsideración contra el Oficio N° 1002-08-GS-OSITRAN, presentado mediante Carta N° 413-CINSA-OSITRAN y Carta N° 419-CINSA-OSITRAN. Cabe resaltar que, este hecho fue puesto de conocimiento de la Concesionaria mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN.

De otro lado, el numeral 206.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁰, establece que:

⁶ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Sobre el particular, MORON URBINA señala "**Con el acogimiento de la buena fe en la actuación administrativa, el ordenamiento busca la protección a la confianza de la apariencia generada en la otra parte por su propia conducta, al haber generado la confianza razonable o legítima de que no ejercerá dicha facultad o de que la ejercerá de otro modo.**

La buena fe o la confianza legítima, como es conocido este principio en otros ordenamientos, impone el deber de coherencia en el comportamiento propio de las autoridades, administrados, los representantes, y abogados. (...)" MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ibid. Página 37.

⁷ Artículo 56°.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento.

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

1. **Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.**

(...)

⁸ García de Enterría, Eduardo & Ramón Fernandez, Tomás. Curso de Derecho Administrativo I. Civitas Ediciones S.L. Madrid, 1999. Pag.584.

⁹ Según el Artículo 188° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día 11 de abril de 2001.

“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.”

En el presente caso, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 29° y 30° del presente informe, cabe anotar que la controversia sobre la exigibilidad de los Informes de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular fue resuelta mediante Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN, de fecha 1 de agosto de 2008. A pesar de que la referida Resolución fue impugnada por la Concesionaria, mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2008, resolución que agotó la vía administrativa, OSITRAN ratificó la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN, y por ende, la exigibilidad de los Informes de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular.

El numeral 218.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé que:

“218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148° de la Constitución Política del Estado”.

En el caso que nos aborda, como puede advertirse, la controversia sobre la exigibilidad de los Informes de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular es una cosa decidida, es decir, se ha agotado la vía administrativa¹¹. En ese orden de ideas, corresponde a la Concesionaria, de ser el caso, acudir a la vía judicial, mediante el proceso contencioso-administrativo para impugnar la decisión correspondiente.

En atención a lo expuesto, no cabe, por improcedente, el Recurso Administrativo de Apelación Parcial contra el tercer párrafo del Oficio Circular N° 039-09-GS-OSITRAN de fecha 7 de enero de 2009, en base a los argumentos antes descritos.

A.2 Apelación contra el Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora (Auditor de Tráfico).

La Concesionaria interpuso Recurso Administrativo de Apelación contra algunas obligaciones establecidas en el “Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora” adjunto al Oficio Circular N° 039-09-GS-OSITRAN.

Al respecto, el numeral 1.2.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que:

*“1.2 No son actos administrativos:
1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinadas a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son*

¹¹ Según lo previsto en el artículo 218° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.”

Sobre el particular, la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA”, en adelante el Contrato de Concesión, prevé lo siguiente:

“8.26.- 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, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.

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

[El subrayado es nuestro]

Como puede advertirse, el Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora constituye una función exclusiva del organismo regulador, que tiene por objetivo la eficacia en la selección y ejecución de las auditorías de flujo vehicular, conforme a lo previsto en la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión. Así, en aplicación del numeral 1.2.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, la aprobación del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora constituye un acto de administración interna, no siendo pasible la interposición de recurso administrativo alguno¹².

En atención a lo expuesto, no cabe, por improcedente, el Recurso Administrativo de Apelación contra los actos de administración interna, como es el caso del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora, en base a los argumentos antes descritos.

Sin perjuicio de lo antes señalado, analizaremos puntualmente cada una de las observaciones formuladas por la Concesionaria.

¹² 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 siguiente.

(...)

Artículo 207°.- Recursos administrativos

207.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de Reconsideración.
- b) Recurso de Apelación.
- c) Recurso de Revisión.

Sobre el numeral 3.5

Con relación al numeral 3.5 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora, la Concesionaria señala textualmente lo siguiente:

“En el numeral 3.5 del Procedimiento de Selección se indica que el informe de evaluación del Auditor de Tráfico debe remitirse a OSITRAN hasta el 30 de enero de 2009. Debe recordarse que de acuerdo con el segundo párrafo de la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión la selección del Auditor de Tráfico debe efectuarse dentro de los dos primeros meses del año a ser auditado.

La labor de fiscalización efectuada por OSITRAN, y en general la de los organismos reguladores, debe hacerse respetando las disposiciones contenidas en los Contratos de Concesión.

En tal sentido, y adoptando un criterio similar al del Procedimiento de Selección aplicable a 2008, solicitamos a su Despacho que el informe de evaluación del Auditor de Tráfico deba remitirse hasta el 10 de febrero de 2009”.

[El subrayado es nuestro]

Sobre el particular, el numeral 3.5 y 3.6 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora señala lo siguiente:

“3 PROCEDIMIENTO Y/O CRITERIOS DE CONTRATACIÓN DEL AUDITOR DE TRÁFICO

(...)

- a. *Remitirá al OSITRAN un Informe de la evaluación efectuada, con la conclusión sustentada de la selección de la empresa ganadora; incluyendo las propuestas de las empresas invitadas, dentro de los primeros treinta (30) días calendario del primer mes del año 2009.*
- b. *El OSITRAN, evaluará la información que le fuera remitida, dentro de los cinco (05) días siguientes a la presentación y procederá, de encontrarla conforme, a comunicar su aprobación respectiva, para que la empresa Concesionaria proceda a la Contratación de la empresa auditora.”*

Como puede advertirse, los numerales 3.5 y 3.6 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora se encuentran acordes con el plazo previsto en la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión; es decir, el plazo del procedimiento se realiza dentro de los dos primeros meses del año que corresponden ser auditados.

Ahora bien, debe advertirse que el Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora no concluye con el informe de evaluación que debe ser presentado por la Concesionaria, toda vez que, seguidamente, se inicia una etapa de evaluación a cargo de OSITRAN sobre todo el procedimiento desarrollado por ésta. De existir observaciones, se ha previsto que la Concesionaria tenga el plazo suficiente para absolverlas y contratar a la empresa Auditora cumpliendo con lo previsto en la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión.

En atención a lo expuesto, los numerales 3.5 y 3.6 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora buscan viabilizar la contratación oportuna de la Empresa Auditora, encontrándose enmarcados dentro de la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión; por lo que no resulta justificada la pretensión de la Concesionaria.

Sobre el numeral 5.1

Con relación al numeral 5.1 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora, la Concesionaria señala textualmente lo siguiente:

“En el último párrafo del numeral 5.1 se establece un plazo de 7 días calendario para que la empresa auditora envíe a OSITRAN información de campo del control de flujos vehiculares.

Solicitamos que el plazo máximo para que el Auditor de Tráfico remita la información de campo del control de flujos vehiculares no sea de 7 días calendario como se indica en el Procedimiento de Selección sino de 5 días calendario”.

[El subrayado es nuestro]

Sobre el particular, el plazo previsto en el numeral 5.1 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora, cláusula que regula la remisión de información de campo del control de flujos vehiculares, tiene como objetivo garantizar la entrega oportuna de información de campo a OSITRAN, con la finalidad de que ésta sea procesada adecuadamente.

Cabe resaltar que, la Cláusula 8.26 del Contrato de Concesión prevé que OSITRAN establece los criterios de selección de la empresa auditora a ser contratada. En el ejercicio de dicha función, ésta debe velar porque los plazos resulten razonables y oportunos, máxime si dicha información será útil para el Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO).

De otro lado, debe advertirse que, no existe argumento alguno en la propuesta de la Concesionaria, que justifique variar el plazo propuesto.

En atención a lo expuesto, no resulta justificada la pretensión de la Concesionaria con relación al plazo previsto en el numeral 5.1 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora.

Sobre el numeral 5.2.2

Con relación al numeral 5.2.2 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora, la Concesionaria señala textualmente lo siguiente:

“En el numeral 5.2.2 del Procedimiento de Selección se establece que los informes trimestrales deben presentarse dentro de los 10 días calendarios del mes siguiente.

Solicitamos modificar el numeral 5.2.2 del Procedimiento de Selección, de modo que el plazo para presentar los informes trimestrales, que de acuerdo con lo indicado en los acápite I y II precedentes no son auditados, sea los primeros cinco días hábiles de los meses de enero, abril, julio y octubre de 2009, conciliando así este plazo con el establecido en la Cláusula 8.24-A inciso d) del Contrato de Concesión para la presentación de nuestros informes trimestrales.
[El subrayado es nuestro]

El numeral 206.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece lo siguiente:

“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.”
[El subrayado es nuestro]

Al respecto, cabe anotar que el plazo de la impugnación propuesta tiene vinculación directa con la controversia sobre la exigibilidad de los Informes de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular que fue resuelta mediante Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN¹³, de fecha 1 de agosto de 2008. A pesar de que la referida Resolución fue impugnada por la Concesionaria, mediante Resolución de Gerencia de Regulación N° 001-2008-GRE-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2008, resolución que agotó la vía administrativa, OSITRAN ratificó la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN, y por ende, la exigibilidad de los Informes de Auditoría de Medición de Flujo Vehicular, entre otros aspectos.

En atención a lo expuesto, sobre este extremo, no cabe el Recurso Administrativo de Apelación Parcial, conforme a lo previsto en el artículo 206.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, por lo que no resulta justificada la pretensión de la Concesionaria.

¹³ En el informe N° 0523-08-GS-OSITRAN, que sirve de base para la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 018-2008-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión señala:

(...)
47 Como se ha mencionado en párrafos precedentes y de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 8.24.A del Contrato de Concesión, la aprobación para el pago del PAMO es trimestral, pues el Contrato de Concesión en su Cláusula 8.26 estipula la presentación por parte del Concesionario de “un informe de los flujos vehiculares auditados por el auditor de tráfico, cuya información y periodicidad se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión”, al respecto el Reglamento General de Supervisión en su artículo N° 37 obliga a las empresas concesionarias “a presentar informes mensuales”. Sin embargo, no establece una periodicidad anual para la entrega de informes de los flujos auditados.

48. A mayor abundamiento, la solicitud hecha por el OSITRAN de presentar informes de auditoría trimestral se enmarca dentro de dos aspectos del Contrato de Concesión, primero, en la Cláusula 8.26, la que obliga al Concesionario a presentar informes de flujo vehicular auditados y segundo, en el inciso d.4 de la Cláusula 8.24.A en donde se solicita al OSITRAN que “apruebe” el informe con el detalle de la recaudación de peajes. Por lo tanto, como se desprende de lo descrito, la Cláusula 8.26 es el instrumento que permite aprobar el informe con el detalle de recaudación de peajes descrito en la Cláusula 8.24.A.

(...)
52 Consideramos que no debe confundirse el plazo máximo que tiene el Concesionario para llevar a cabo el procedimiento de selección de una empresa auditora con la periodicidad con la que debe presentar el informe de los flujos vehiculares auditados. La periodicidad para presentar el informe de los flujos vehiculares auditados tiene que tener una correspondencia con la periodicidad con la que se autoriza el pago del PAMO, por cuanto el objeto de la auditoría del flujo vehicular es precisamente que se pueda verificar los ingresos efectivos recaudados por el Concesionario. Es este el instrumento que ha reservado el Contrato de Concesión para que el regulador pueda verificar los ingresos efectivos recaudados por el Concesionario.

Sobre el numeral 5.2.3

Con relación al numeral 5.2.3 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora, la Concesionaria señala textualmente lo siguiente:

“En el numeral 5.2.3 se señala que dentro del primer mes del año 2010 la empresa auditora consolidará la información recibida durante el año 2009 en un informe anual de auditoría.

Solicitamos a su despacho se sirva modificar el Procedimiento de Selección, de modo que el plazo para presentar el informe anual de auditoría sea los 5 primeros días hábiles de enero de 2010”

[El subrayado es nuestro]

El numeral 5.2.2 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora prevé la presentación de informes trimestrales auditados, correspondiente a cada trimestre calendario, dentro del plazo de 10 días calendarios del mes siguiente.

Por su parte, el numeral 5.2.3 del referido Procedimiento establece lo siguiente:

“5.2.3 Dentro del primer mes del año 2010, la empresa Auditora consolidará la información recabada durante el año 2009 y la consolidará en un Informe Anual de Auditoría, analizando la recaudación del ingreso efectivo recaudada por la empresa Concesionaria, para lo cual deberá solicitar la información necesaria de la misma, lo que le permitirá determinar la consistencia de lo informado en su oportunidad por la empresa Concesionaria al OSITRAN. El plazo establecido en este punto, sólo podrá ser modificado, atendiendo al Contrato de Concesión en caso el caso el mismo le establezca uno diferente de manera específica”.

[El subrayado es nuestro]

Como puede advertirse, la presentación de un Informe Anual de Auditoría tiene por objetivo consolidar los informes trimestrales auditados, analizando la recaudación del ingreso efectivo recaudado por la Concesionaria, con la finalidad de determinar la consistencia de lo informado en su oportunidad por la Concesionaria a OSITRAN.

En ese orden de ideas, no existe justificación alguna para variar el plazo para la presentación del Informe Anual de Auditoría previsto en el numeral 5.2.3 del Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora.

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

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar improcedente el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., con relación a la presentación de las auditorías trimestrales y respecto a las obligaciones establecidas en el Procedimiento de Selección para la Contratación de la Empresa Auditora, en base al análisis contenido en la presente Resolución.

SEGUNDO.- Notificar a la CONCESIONARIA IIRSA NORTE S.A. la presente Resolución y el Informe N° 021-09-GAL-OSITRAN, el mismo que integra la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y archívese.

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General

Reg. Sal. GG N° 4799-09