

Resolución de Gerencia General

N° 050-2009-GG-OSITRAN

Lima, 16 de septiembre de 2009

Materia : Recurso Administrativo de Apelación presentado contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 020-2009-GS-OSITRAN.

Administrado : Ferrovías Central Andina S.A.

VISTOS:

1. El Recurso Administrativo de Apelación presentado por la Entidad Prestadora: Ferrovías Central Andina S.A., en lo sucesivo el Concesionario, el Informe de Gerencia de Asesoría Legal N° 044-09-GAL-OSITRAN, y el Expediente Administrativo correspondiente, y;

CONSIDERANDO:

II.- ANTECEDENTES

2. Con fecha 19 de julio de 1999, actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Estado Peruano, --en adelante el Concedente-- suscribió el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro, con el Concesionario;
3. Mediante Carta s/n de fecha 30 de marzo de 2009, el Concesionario comunicó a este Organismo Regulador, su decisión de acogerse al mecanismo de Liberación de Pago de la Retribución Especial correspondiente al periodo Septiembre-2008-Marzo-2009, conforme a lo previsto en la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión, señalando para tal efecto que, el monto invertido ascendía a la suma de S/. 1,102,170.89 (un millón ciento dos mil, ciento setenta y 89/100, nuevos soles);
4. Con fecha 11 de mayo de 2009, en base al Informe N° 400-09-GS-OSITRAN, a través de la Resolución N° 17-2009-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión reconoció al Concesionario, para efectos del mecanismo de liberación de pago de la Retribución Especial, la suma de S/. 984,634.83 (novecientos ochenta y cuatro mil, seiscientos treinta y cuatro y 83/100 nuevos soles);
5. Con fecha 04 de junio de 2009, el Concesionario interpone Recurso Administrativo de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 017-2009-GS-OSITRAN;

6. Con fecha 15 de julio de 2009, en base al Informe N° 610-2009-GS-OSITRAN, a través de la Resolución N° 20-2009-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión declaró infundado el Recurso de Reconsideración presentado por el Concesionario;
7. Con fecha 07 de agosto de 2009, el Concesionario interpone Recurso Administrativo de Apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 20-2009-GS-OSITRAN;

III.- ANÁLISIS

CUESTIÓN PREVIA: Requisitos de Admisibilidad del Recurso de Apelación

8. El artículo 26° del Reglamento Aplicable al Mecanismo de Liberación del Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial en las Concesiones Ferroviarias del Centro y del Sur Oriente¹, establece que la Entidad Prestadora podrá interponer Recurso de Apelación en un plazo no mayor de quince (15) días, contados a partir del día a la fecha de notificación del pronunciamiento de OSITRAN. Asimismo, el artículo 27° del precitado reglamento, establece que el Recurso de Apelación deberá estar dirigido a la Gerencia General, indicando el monto impugnado y el sustento del pedido de apelación, por distinta interpretación de los hechos o del derecho aplicable;
9. Sobre el particular, cabe señalar que del Expediente Administrativo se observa que el Recurso de Apelación materia de análisis, fue presentado por el Concesionario dentro del plazo establecido en el artículo 27° del Reglamento, y observando los requisitos a que se contrae el artículo 28° del aludido cuerpo normativo. En ese sentido, procede que su admisión a trámite;

EL RECURSO DE APELACIÓN

10. La pretensión del Recurso de Apelación presentado por el Concesionario, es que la Gerencia General revoque la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 20-2009-GS-OSITRAN, a efectos que, se reconozca como inversión correspondiente al período septiembre 2008 – marzo 2009, el monto de **S/. 82,729.20** (ochenta y dos mil, setecientos veintinueve y 20/100) nuevos soles, por concepto de **materiales y repuestos**, y el monto de **S/. 34,806.86** (treinta y cuatro mil ochocientos seis y 86/100) nuevos soles, por concepto de **almacenes**, lo que sumado hace un **importe total de S/. 117,536.06** (ciento diecisiete mil, quinientos treinta y seis y 06/100) nuevos soles;

A. Materiales y Repuestos

11. Con respecto al monto de S/. 82,729.20 (ochenta y dos mil, setecientos veintinueve y 20/100) nuevos soles, por concepto de **materiales y repuestos**, los argumentos del

¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 001-2006-CD-OSITRAN.

concesionario se pueden resumir de la siguiente manera:

- A.1.No existe norma contractual o regulatoria que excluya al mantenimiento y los repuestos de la maquinaria y los equipos de vía como inversiones.
- A.2.En los artículos 14º y 15º del reglamento, se reconoce como inversión la adquisición de maquinaria y equipos. En ese sentido, también debe reconocerse el mantenimiento y los repuestos de dichos equipos, en virtud al aforismo jurídico quien puede lo más, puede lo menos.
- A.3.La Resolución impugnada afecta el Principio de Predictibilidad de las decisiones del Regulador.

A.1.No existe norma contractual o regulatoria que excluya el mantenimiento o los repuestos de la maquinaria y los equipos de vía como inversiones

- 12. Con relación a lo manifestado por el Concesionario, en el sentido que no existe norma contractual o regulatoria que excluya el mantenimiento de la maquinaria y equipo utilizado en la vía férrea como inversiones, cabe acotar que las estipulaciones contractuales referidas al mecanismo de liberación del pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial contenidas en el Contrato de Concesión, no prevén que el Concesionario pueda presentar para efectos de liberación de pago, los gastos del mantenimiento de la maquinaria y equipo utilizado en la vía férrea;
- 13. De acuerdo a la definición de Inversiones contenida en la cláusula 1.1² del Contrato de Concesión, se entiende por inversiones, los recursos del Concesionario destinados exclusivamente a la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea, excluyéndose de dicho concepto las inversiones realizadas utilizando Empresas Vinculadas del Concesionario, y las remuneraciones del personal del Concesionario;
- 14. Por su parte, la cláusula DÉCIMA³ del Contrato de Concesión, establece que para

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

Inversiones: significarán, para efectos del mecanismo previsto en el numeral 10.1 de este Contrato, los recursos del Concesionario destinados exclusivamente a la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Se excluyen de este concepto las Inversiones realizadas utilizando Empresas Vinculadas del Concesionario, entendiéndose por estas últimas a aquellas definidas como tales por las Bases, y las remuneraciones del personal del Concesionario.

³ **CLÁUSULA DÉCIMA: INCENTIVOS A LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO**

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

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

efectos de la liberación de pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial, el Concesionario deberá acreditar que efectivamente invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Dichas inversiones, --agrega la norma contractual-- se considerarán efectuadas en el momento que efectivamente se instalen bienes o se reciban servicios en la Línea Férrea. Como es de verse, el Contrato de Concesión no incluye los conceptos señalados por el Concesionario como inversiones;

15. Con respecto a las normas regulatorias, la norma que señala los desembolsos que califican para efectos del mecanismo de liberación de pago, y que se encuentra contenida en el artículo 12⁴ del REGLAMENTO APLICABLE AL MECANISMO DE

(...)[Resaltado y Subrayado agregado]

4 Artículo 12º.- Desembolsos que califican para efectos del mecanismo de Liberación del Pago.

12.1 Califican para efectos del mecanismo de Liberación del Pago establecido por los Contratos de Concesión, los desembolsos realizados por el Concesionario en rehabilitación y/o mantenimiento de la Línea Férrea, siempre que éstos cumplan con las siguientes condiciones:

- i) Sean destinados exclusivamente al mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.
- ii) Que los bienes o servicios, se encuentren efectivamente instalados o se hayan recibido los servicios en la Línea Férrea.

12.2. Las actividades a las que se puede aplicar el mecanismo de liberación de pago son las siguientes:

- a) Mantenimiento de la Línea Férrea
 - Nivelación y alineación de la vía
 - Perfilado y reforzamiento de taludes
 - Cambio de durmientes
 - Ajuste periódico de los elementos de fijación
 - Mantenimiento de juntas y lubricadores de riel
 - Lubricación de eclisas
 - Limpieza de cunetas y alcantarillas
 - Mantenimiento de desvíos de cruzamiento y cambios conectados a la vía principal
 - Mantenimiento y desquinchado de túneles
 - Mantenimiento de puentes
 - Reparación y limpieza de cambios y cruzadas
 - Mantenimiento de la señalización y de las instalaciones de seguridad
 - Limpieza de la Línea Férrea afectada por acción de la naturaleza o siniestros.
- b) Rehabilitación de la Línea Férrea
 - Construcción de Línea Férrea, desvíos de cruzamiento y cambios conectados a la vía principal.
 - Construcción o reconstrucción de puentes y túneles dentro de área matriz de la concesión.
 - Reconstrucción del perfil de la vía.
 - Cambio de elementos de Línea Férrea.
 - Adición o colocación de balasto nuevo.
 - Defensa de terraplenes: encauzamiento de ríos, muros de contención, gaviones y similares.
 - Construcción de cunetas y alcantarillas.
 - Reconstrucción de partes de la estructura metálica o de concreto de los puentes.
 - Reemplazo de cruzadas.
 - Instalación de señalización de la Línea Férrea.
 - Elaboración de expedientes técnicos de obra.
 - Obras civiles necesarias para la Línea Férrea

12.3 Para efectos de la aplicación del mecanismo de liberación de pago, califica la instalación de los siguientes bienes y los servicios utilizados en el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea:

- i. Materiales y suministros
 - Rieles y accesorios.
 - Durmientes y accesorios.
 - Balasto.
 - Vigas.
 - Cruzadas y accesorios.
 - Combustibles y lubricantes que requiere la maquinaria y el equipo utilizado en el mantenimiento y rehabilitación de la vía.
 - Herramientas.

LIBERACIÓN DEL PAGO DE LA RETRIBUCIÓN PRINCIPAL Y DE LA RETRIBUCIÓN ESPECIAL EN LAS CONCESIONES FERROVIARIAS DEL CENTRO Y DEL SUR Y SUR ORIENTE⁵, en adelante el Reglamento de Liberación de Pago, tampoco prevé que el Concesionario pueda presentar para efectos de liberación de pago, los gastos del mantenimiento y los repuestos de la maquinaria y equipo utilizado en la rehabilitación o mantenimiento de la vía férrea, como inversiones para efectos del mecanismo previsto para la Liberación de pago de la Retribución Especial, previsto en la cláusula DÉCIMA del Contrato de Concesión;

16. El literal d) del artículo 13° del Reglamento para la Aplicación de Pago, establece que, entre otros, no califican para efectos de la aplicación del mecanismo de liberación de pago contemplado en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión, la compra de bienes que no han sido instalados o de servicios que no han sido recibidos en la Línea Férrea;
17. De lo anterior se tiene que, tanto el Contrato de Concesión, como el Reglamento de Liberación de Pago, no incluyen el mantenimiento y los repuestos de la maquinaria y el equipo utilizado en la rehabilitación o mantenimiento de la vía férrea, como inversiones para efectos de aplicación del mecanismo de liberación de pago previsto en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión. En ese sentido, lo afirmado por el Concesionario en este extremo de su Recurso de Apelación, carece de sustento;

A.2. En los artículos 14° y 15° del reglamento, se reconoce como inversión la adquisición de maquinaria y equipos. En ese sentido, si se reconoce como inversión la maquinaria y equipos, también debe reconocerse el mantenimiento y los repuestos de dichos equipos, en virtud al aforismo jurídico, quien puede lo más puede lo menos

18. Con relación a este argumento, el Concesionario manifiesta que, si de acuerdo a lo

-
- Materiales de construcción.
 - ii. Mano de obra directa utilizada en el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea de terceros, distintos a empresas vinculadas y al personal de la Empresa Concesionaria.
 - iii. **Adquisición y/o reposición de maquinaria y equipo con un valor individual, no mayor de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.**
 - iv. **Utilización efectiva, según horas-máquina, de maquinaria y equipo ferroviario, con un valor individual mayor de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.**
 - Máquinas rameadoras y cambiadoras de durmientes.
 - Niveladoras.
 - Equipo de encarrilar.
 - Perforadoras de durmientes.
 - Tirafoneras.
 - Lubricadoras de rieles.
 - Cortadora de rieles.
 - Equipo de movimiento de tierra destinado al mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.
 - Otros.
 - v. Leasing por maquinaria y equipo con o sin opción de compra, incluido el pago de la opción de compra.
 - vi. Utilización del material rodante: autovías y trenes de trabajo destinados para el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.

⁵ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 01-2006-CD-OSITRAN.

establecido en los artículos 14° y 15° del Reglamento de Liberación de Pago, se reconoce como inversión la maquinaria y equipos –a lo que denomina lo principal--, también debe reconocerse el mantenimiento y los repuestos de dichos equipos –a lo que denomina lo accesorio--, para tal efecto, sustenta su postura en el aforismo jurídico **“quien puede lo más puede lo menos”**, y el artículo 889° del Código Civil;

19. Sobre el particular, en primer lugar, cabe señalar que el aforismo jurídico *“quien puede lo más puede lo menos- **ab maioris ad minus**”*, es una de las formas en que se presenta y materializa la analogía, que es un método de integración jurídica;
20. Para aplicar la analogía, se debe partir de una condición inicial básica: La existencia de una Laguna del Derecho. Naturalmente, dicha circunstancia, no se presenta en este caso, toda vez que, el Reglamento de Liberación de Pago, enumera de modo claro y preciso, los desembolsos del Concesionario, que califican para efectos del mecanismo de Liberación de Pago previsto en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión;
21. Por la analogía⁶, la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia. En otras palabras, la analogía consiste en aplicar a un caso no previsto en la norma, lo que sí está fijado para otro caso por razón de semejanza, por razón que exista la misma **ratio legis**;
22. En el caso **sub examine**, no existe semejanza entre la maquinaria y el equipo considerado en el Reglamento de Liberación de Pago, y los repuestos de dicha maquinaria y equipo. En efecto, por su naturaleza, la finalidad de los primeros, es rehabilitar y/o dar mantenimiento exclusiva y directamente a la línea férrea, mientras que la finalidad de los bienes y servicios aludidos por el Concesionario, no es aquella, sino simplemente dar mantenimiento a dichas maquinas y equipos;
23. Cabe destacar que éste método de integración jurídica no se aplica a normas especiales, prohibitivas, o que establecen excepciones o restringen derechos⁷, toda vez que por su naturaleza, dichas normas no permiten traspasar su indicación precisa y limitativa;
24. El Reglamento para la Liberación de Pago, contiene una enumeración taxativa –no

⁶ Marcial Rubio Correa, en: Código Civil Comentado, Tomo I. Segunda Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima 2007.

⁷ Ciertamente, al respecto, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, establece:

Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley

La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

En tanto que, concordante con lo prescrito en la precitada norma legal, el numeral 9 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, prevé:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

enunciativa-- de los desembolsos del Concesionario que califican para efectos del Mecanismo de Liberación de Pago. En consecuencia, es jurídicamente inviable que se integre a dicho Reglamento, los repuestos y/o el mantenimiento de la maquinaria y equipo utilizado en la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea, como pretende el administrado;

25. A mayor abundamiento, conviene anotar que los artículos aludidos por el Concesionario, esto es, los artículos 14° y 15° del Reglamento de Liberación de Pago, únicamente fijan los límites y el mecanismo aplicable para el reconocimiento como inversión de los bienes y servicios contemplados en los literales (iii) y (iv) del numeral 12.3 del artículo 12° del citado Reglamento;

CUADRO N° 1

| | |
|---|--|
| <p>Artículo 12°.- Desembolsos que califican para efectos del mecanismo de Liberación del Pago. (...) 12.3 Para efectos de la aplicación del mecanismo de liberación de pago, califica la instalación de los siguientes bienes y los servicios utilizados en el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea: (...) iii.- Adquisición y/o reposición de maquinaria y equipo con un valor individual, no mayor de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.</p> | <p>14° Límites para la liberación de pago de equipo ferroviario, maquinaria y equipo de menor cuantía. OSITRAN reconocerá para efectos de la liberación de pago los desembolsos realizados por la adquisición o mejora de maquinaria y equipo utilizado de manera exclusiva en la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea, siempre que el valor individual del activo no supere las (5) Unidades Impositivas tributarias (UIT), sin incluir el Impuesto General a las Ventas.</p> |
| <p>Artículo 12°.- Desembolsos que califican para efectos del mecanismo de Liberación del Pago. (...) 12.3 Para efectos de la aplicación del mecanismo de liberación de pago, califica la instalación de los siguientes bienes y los servicios utilizados en el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea: (...) iv.- Utilización efectiva, según horas-máquina, de maquinaria y equipo ferroviario, con un valor individual mayor de cinco (5) Unidades</p> | <p>15° Reconocimiento horario por la utilización de equipo ferroviario, maquinaria y equipo de mayor cuantía. OSITRAN reconocerá, para efectos de la liberación del pago los desembolsos realizados por la utilización efectiva de equipo ferroviario, maquinaria y otros equipos, cuyo valor individual supere las cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sin incluir el Impuesto General a las Ventas, el monto proporcional correspondiente a las horas efectivas de utilización de la maquinaria y equipo, respecto de la vida útil expresada en horas máquina y equipo, respecto de la vida</p> |

| | |
|---|--|
| <p>Impositivas Tributarias, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.</p> | <p>útil expresada en horas máquina, de conformidad al numeral 12.3, iv, del artículo 12.</p> <p>En este caso el concesionario esta obligado a llevar un registro de control horario de uso efectivo de la maquinaria y equipo.</p> <p>La aplicación del mecanismo de liberación de pago tendrá como tope el total de horas máquina, o kilómetros en caso de vehículos, correspondiente a la vida útil.</p> |
|---|--|

26. Conforme se desprende del Cuadro N° 1, los artículos 14° y 15° invocados por el apelante, simplemente fijan los límites y el mecanismo aplicable para el reconocimiento como inversión de la maquinaria y equipo comprendido en los literales (iii) y (iv) del numeral 12.3 del artículo 12° del Reglamento de Liberación de Pago;
27. En base a lo anterior, se reitera que jurídicamente no es factible que sobre la base de los artículos 14° y 15° del Reglamento de Liberación de Pago, se integre al mismo, los repuestos y el mantenimiento de la maquinaria y equipo utilizado en la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea, tal como pretendería el Administrado;

A.3.La Resolución impugnada afecta la predictibilidad de las decisiones del Regulador.

28. Con relación a este punto, el Concesionario señala que durante los primeros (9) nueve años de la Concesión, OSITRAN habría reconocido el mantenimiento y los repuestos de los equipos de vía, como inversión, y que una interpretación diferente solamente literal y de corto alcance afectaría la predictibilidad de las decisiones del Regulador;
29. Sobre el particular, conviene acotar que el Principio de Predictibilidad⁸ contenido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo sucesivo LPAG, establece que la autoridad administrativa debe brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio el administrado pueda tener una conciencia certera de cual será el resultado que se obtendrá;
30. De lo anterior fluye que, el Principio de Predictibilidad tiene dos finalidades. La primera, es permitirle al administrado poder determinar previamente el posible resultado de un

⁸ 1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuados para sus intereses. La Segunda, es desincentivar la presentación de solicitudes sin mayor efectividad o legalidad pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición;

31. En el caso abordado, la información veraz, completa y confiable, aplicable al mecanismo de liberación del pago previsto en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión, se encuentra en el Reglamento de Liberación de Pago. Dicha norma Regulatoria fue dictada –en ejercicio de su función normativa⁹-- por el Consejo Directivo de OSITRAN, para dar mayor predictibilidad¹⁰ al accionar del Regulador sobre la materia. En esa línea, no se habría inobservado la predictibilidad de las decisiones del regulador, como afirma el apelante;
32. Más aún, el numeral 2.5 del artículo V del Título Preliminar de la LPAG, concordante con el numeral 1 del artículo VI del citado cuerpo normativo, establece que son fuente del Procedimiento Administrativo, las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por sus leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general, que deben estar debidamente publicados. Dichas decisiones --añade la norma-- generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en sede Administrativa;
33. Evidentemente, aquí no estamos frente a un precedente administrativo. El artículo 8¹¹ del Reglamento de Liberación de Pago, establece que OSITRAN está facultado para efectuar la verificación posterior de la Liberación de Pago de la Retribución Principal y de

⁹ De acuerdo a lo previsto en el artículo 3º de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, la Función Normativa de los Organismos Reguladores comprende: La facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

¹⁰ Dicha circunstancia, se desprende del numeral "2 Efectos Esperados", de la Exposición de Motivos del Reglamento para la Liberación de Pago:

"2. Efectos esperados

*El Reglamento recoge la experiencia acumulada por OSITRAN durante los últimos años, en la calificación de inversiones para efectos de la liberación de pago de la retribución principal y especial. En tal sentido, un primer efecto esperado del presente reglamento es el de dar **mayor predictibilidad al accionar de OSITRAN** respecto de los criterios utilizados y procedimientos sobre dichas materias."*

¹¹ Artículo 8º.- Verificación Posterior.

OSITRAN está facultado para efectuar la verificación posterior de las liberaciones de pago de la Retribución Principal y la Retribución Especial aprobadas. Dichas verificaciones podrán ser físicas, documentarias, así como verificaciones de los precios de mercado y calidad de los bienes y servicios utilizados, entre otros elementos probatorios, a efectos que éstos se ajusten a lo establecido en los contratos de concesión, los principios aplicables y en las normas establecidas por el presente Reglamento.

En el caso que como resultado de la verificación posterior se determine que la liberación de pago aprobada, no cumplió con los requisitos y principios establecidos en el presente reglamento, OSITRAN procederá a notificar a la empresa concesionaria el monto de las retribuciones dejados de pagar, junto con los intereses correspondientes, sin perjuicio de las sanciones que establece el Reglamento de infracciones y Sanciones de OSITRAN y el Contrato de Concesión, según sea el caso.

la Retribución Especial aprobada. Además de ello, el artículo 9¹² del citado instrumento, establece que esa facultad vence al término de los cinco (5) años calendario, contados desde el 1º de enero del año siguiente a la aprobación de la solicitud de liberación de pago en última instancia administrativa;

34. En ese orden de ideas, este argumento esgrimido por el Concesionario en su Recurso Administrativo de Apelación, también carece de sustento;

B. Almacenes

35. Con respecto al monto de S/. 34,806.86 (treinta y cuatro mil, ochocientos seis y 86/100 nuevos soles), por el concepto de almacenes, el Concesionario señala como sustento de su postura los mismos argumentos¹³ esgrimidos para el caso de Materiales y Repuestos;
36. Al respecto, del Expediente Administrativo que se tiene a la vista, se aprecia que los materiales como acetileno, oxígeno, electrodos y soldadura consignados por el Concesionario en el rubro Almacenes por un monto de S/. 34,806.86 (treinta y cuatro mil, ochocientos seis y 86/100 nuevos soles), no fueron destinados exclusivamente por éste, a la rehabilitación y/o mantenimiento de la Línea Férrea¹⁴, sino a la reparación de unidades mecánicas (autocarril, tamper, cargador frontal, etc.), hecho que no ha sido desvirtuado por el Administrado;
37. En virtud a ello, bajo ninguna circunstancia estos pueden ser considerados como inversión para efectos del mecanismo de liberación de pago de la Retribución Especial. Sin perjuicio de ello, considerando que los argumentos del Concesionario respecto a esta pretensión, son los mismos argumentos esgrimidos para el caso Materiales y Repuestos, nos remitimos –en lo que corresponda– al análisis efectuado para dicho rubro;
38. En base a lo anterior, la pretensión del Concesionario relativa a este punto también debe ser desestimada;

¹² Artículo 9º.- Prescripción de la facultad de verificación posterior

La facultad de verificación posterior por parte de OSITRAN, a que hace referencia el artículo 8º, vence al término de los (5) años calendario, contados desde el 1º de enero del año siguiente a la aprobación de la solicitud de liberación de pago en última instancia administrativa. Vencido el plazo establecido sin que OSITRAN haya iniciado un proceso de verificación posterior, dicha facultad no podrá ser ejercida por OSITRAN.

¹³ Al respecto en el numeral 12 de su Recurso de Apelación, el Administrado señala:

“Solicitamos expresamente que todos y cada uno de los argumentos vertidos respecto a los materiales y repuestos para equipos de vía se consideren válidos para el reconocimiento respecto a los materiales como Acetileno, Oxígeno y Electrodos de Soldaduras y demás detallados dentro del rubro Almacenes en nuestro Recurso de Reconsideración, por un importe de S/. 34,806.86 (Treinta y Cuatro Mil Ochocientos Seis con 86/100).”

¹⁴ Tal y como lo prevé el Contrato de Concesión y el Reglamento de Liberación de Pago.

CONSIDERACIONES FINALES

Principio de Legalidad

39. De acuerdo al Principio de Legalidad¹⁵ que disciplina el accionar de las Entidades Públicas, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas;
40. El numeral 3.1 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, concordante con el literal a) del artículo 5° del precitado cuerpo normativo, establece que es Misión y parte de los Objetivos de OSITRAN, velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, los Inversionistas y los Usuarios;
41. Del análisis efectuado tanto al Contrato de Concesión, como al Reglamento de Liberación de Pago, no se desprende que OSITRAN pueda reconocer como desembolso que califique como inversión para efectos del mecanismo de Liberación de Pago, el monto por los bienes y servicios materia de Apelación. En ese sentido, y en observancia del Principio de Legalidad, el Recurso de Apelación presentado, debe ser desestimado;

En atención a lo señalado en los considerandos que anteceden, esta Gerencia General estima que:

42. El Contrato de Concesión, y el Reglamento para la Liberación de Pago, no incluyen el mantenimiento y los repuestos de la maquinaria y equipo de vía, para efectos de la liberación de pago de la Retribución Especial que el Concesionario está obligado a pagar al Concedente.
43. No es factible aprobar el monto impugnado por el concepto Materiales y Repuestos, así como tampoco el monto impugnado por el concepto Almacenes.
44. La Resolución N° 20-2009-GS-OSITRAN, no afecta la predictibilidad de las decisiones del Regulador. Asimismo, no vulnera el Principio de Predictibilidad.
45. La Gerencia de Supervisión es competente para iniciar las acciones de verificación posterior que correspondan, de acuerdo al marco jurídico vigente.

En merito a las atribuciones y funciones previstas en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, concordante con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores, así

¹⁵ Establecido tanto en el artículo IV numeral 1.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

como lo establecido en el Reglamento General de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y en virtud a lo dispuesto en el Reglamento de Liberación de Pago, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 01-2006-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el Recurso Administrativo de Apelación presentado por FERROVÍAS CENTRAL ANDINA S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 020-2009-GS-OSITRAN.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución Apelada, por consiguiente, el monto de Liberación de Pago de la Retribución Especial solicitado, aprobado y no aprobado, respecto al periodo septiembre-2008-marzo-2009, es el que se indica a continuación:

Monto Solicitado:

S/. 1'102,170.89 (Un Millón Ciento Dos Mil, Ciento Setenta y 89/100 Nuevos Soles).

Monto Aprobado:

S/. 984,634.83 (Novecientos Ochenta y Cuatro Mil, Seiscientos Treinta y Cuatro, y 83/100, Nuevos Soles).

Monto no Aprobado:

S/. 117,536.06 (Ciento Diecisiete Mil, Quinientos Treinta y Seis, y 06/100, Nuevos Soles).

TERCERO.- DECLARAR agotada la vía administrativa con la presente Resolución, no procediendo por tanto, ningún Recurso en esta vía.

CUARTO.- Notificar la presente Resolución al Concesionario FERROVÍAS CENTRAL ANDINA S.A. Asimismo, ponerla en conocimiento de la Gerencia de Supervisión para los fines correspondientes, y autorizar su publicación en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), y conforme a la normatividad vigente.

Regístrese, Comuníquese y Publíquese.

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General