

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 078-2006-CD-OSITRAN

Lima, 20.de diciembre de 2006

El Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

El Informe Nº 048-06-GRE-GAL-OSITRAN, mediante el cual se evalúa si el Recurso de Reconsideración interpuesto por ENAPU contra la Resolución Nº 064-2006-CD-OSITRAN - sólo sobre la parte que declara improcedente su solicitud de suspensión de la ejecución de los Artículos 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución del Consejo Directivo Nº 050-2006-CD-OSITRAN - debe ser admitido a trámite; y, en su caso, resolver si el Consejo Directivo debe declarar fundado o infundado el mencionado recurso de reconsideración; y, el proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentados al Consejo Directivo en su sesión de fecha 20 de diciembre de 2006;

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con las Leyes Nº 26917, Nº 27332 y Nº 27631 OSITRAN regula los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras públicas o privadas. En tal sentido, OSITRAN regula, supervisa y fiscaliza a las Entidades Prestadoras que explotan la infraestructura de transporte de uso público, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios. Del mismo modo, vela por el cabal cumplimiento de lo establecido en los contratos de concesión de la infraestructura bajo su ámbito;

Que, como parte de su función reguladora corresponde a OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, determinar las tarifas, ya sean mediante procesos de fijación o revisión de tarifaria, para los servicios derivados de la explotación que se encuentran bajo su ámbito, en los casos en que éstos no se presten en condiciones de competencia;

Que, el Consejo Directivo ha expedido la Resolución Nº 064-2006-CD-OSITRAN, en cumplimiento estricto del Reglamento General de OSITRAN (REGO) y el Reglamento de Tarifas de OSITRAN (RETA), y de la Ley Nº 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General).

Que, el Reglamento de Tarifas (RETA) aprobado por la Resolución Nº 043-2004-CD-OSITRAN del 23 de setiembre de 2004, que es la norma aplicable al caso, establece en su Artículo 73º que *“frente a las Resoluciones que establezcan, en vía de fijación o revisión, las Tarifas relativas a los servicios prestados por las Entidades Prestadoras, y frente a las resoluciones tarifarias que pongan fin al procedimiento desestimando la fijación o revisión correspondiente”* las Entidades Prestadoras podrán interponer Recurso de Reconsideración ante el Consejo Directivo de OSITRAN, dentro de los quince (15) días posteriores a la fecha de recepción de la notificación correspondiente, conforme a lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General; y, el

Consejo Directivo contará con un plazo máximo de treinta (30) días para resolverlo con base al informe elaborado por la Gerencia de Regulación.

Que, según el Artículo 208° de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. Sin embargo, en aquellos casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba, cual es el caso.

Que, en el presente caso, ENAPU fue notificado de la Resolución del Consejo Directivo N° 064-2006-CD-OSITRAN el día 22 de Noviembre de 2006 a través del Oficio Circular N° 107-06-SCD-OSITRAN, tal como consta en autos, por lo que ha presentado su recurso de reconsideración dentro del plazo de 15 días hábiles. Habiendo ENAPU presentado oportunamente el escrito de reconsideración, en la parte que se refiere a su pedido de suspensión de los Artículos 2°, 3°, 4° y 5° de la Resolución del Consejo Directivo N° 050-2006-CD-OSITRAN, la solicitud de reconsideración debe ser admitida a trámite.

Que, en lo que se refiere al fondo de asunto, ENAPU alega que la Resolución N° 064-2006-CD-OSITRAN parte de un supuesto errado (*en lo que se refiere a la decisión de declarar improcedente su solicitud de suspensión*) que consiste en que el Consejo Directivo de OSITRAN ha asumido que su pedido de suspensión sólo puede ser concedido mientras el proceso administrativo se encuentre en trámite cuando, según ENAPU, el Artículo 216.5° de la Ley N° 27444 señala expresamente lo siguiente:

“La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió”.

Que, para efectos de analizar este primer argumento de ENAPU, es importante transcribir de manera completa la disposición legal en que se sustenta ENAPU, a efectos de tener un panorama integral de lo regulado por la norma administrativa:

“Artículo 216.- Suspensión de la ejecución

216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

216.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

216.3 La decisión de la suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

216.4 Al disponerse la suspensión podrán adoptarse las medidas que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o los derechos de terceros y la eficacia de la resolución impugnada.

216.5 La suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso-administrativo, salvo que la autoridad

administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió”.

Que, como se podrá apreciar de la lectura integral de la norma legal glosada, en la que busca ampararse ENAPU, la premisa principal de la misma es que el mero hecho de interponer un procedimiento administrativo no significa la suspensión de la ejecución del (los) acto (s) impugnado (s) el (los) cual (es) fue (fueron) lo decidido por los Artículos 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución del Consejo Directivo N° 050-2006-CD-OSITRAN.

Que, en efecto, la autoridad administrativa tiene la potestad discrecional de suspender la ejecución del acto si es que, la ejecución del mismo puede causar perjuicios de imposible cumplimiento o difícil reparación que se aprecie la existencia de un vicio de nulidad trascendente, tal como lo expresa el Artículo 216.2 glosado.

Que, en el presente caso, la motivación que tuvo el Consejo Directivo de OSITRAN para declarar la improcedencia de la solicitud de suspensión de los artículos 2º, 3º, 4º y 5º de la Resolución del Consejo Directivo N° 050-2006-CD-OSITRAN se sustentó en que, habiendo sido solicitada la suspensión dentro del *“Primer Otrosí Digo”* del recurso de reconsideración, y en vista que dicha reconsideración se estaba declarando inadmisibles por extemporánea, lo cual daba por concluido el procedimiento administrativo, ya no procedía la solicitud.

Que, por ello, no existe el supuesto error que pretende ENAPU atribuir al Consejo Directivo toda vez que es evidente que el pedido de suspensión se presentó en el primer recurso de reconsideración como una solicitud aparte, que merece tener un tratamiento administrativo distinto al objeto principal de dicho recurso, por lo que el análisis se ha efectuado desde el punto de vista de la oportunidad de su presentación, donde ya se había declarado concluido el procedimiento administrativo principal, de donde cualquier solicitud de suspensión sólo cabría efectuarla en un proceso judicial, tal como lo prescribe el Artículo 23º de la Ley N° 27584 (Ley del Proceso Contencioso Administrativo).¹

Que, en el sentido expuesto, el pedido de reconsideración de ENAPU deviene en infundado debiendo declarársele como tal, dando por agotado el procedimiento administrativo en este nuevo extremo, sin perjuicio del derecho que tiene ENAPU de solicitar judicialmente una medida cautelar que obligue a la suspensión del acto administrativo cuestionado.

Que, finalmente, es importante resaltar que el propio ENAPU ha declarado y demostrado a través de la presentación de copia del escrito correspondiente, que ha interpuesto una demanda de nulidad total de la Resolución N° 064-2006-CD-OSITRAN ante el Cuarto Juzgado en lo Contencioso Administrativo (Exp. N° 44692-2006) lo cual demuestra que el propio ENAPU ha decidido dar por terminado el procedimiento administrativo, amparado en la Ley N° 27584 (Ley del Proceso Contencioso Administrativo) cuyo Artículo 1º indica que *“La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control*

¹ Ley N° 27584

Artículo 23.- Efecto de la admisión de la demanda

La admisión de la demanda no impide la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo establecido por esta Ley sobre medidas cautelares.

jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”.

Que, en efecto, según el Artículo 18° de la mencionada ley *“Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales”*, lo que implica que ENAPU considera agotada la vía administrativa en todo lo resuelto por la Resolución N° 064-2006-CD-OSITRAN.

Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1, literal b) de la Ley N° 26917, que faculta a OSITRAN a operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito; y, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley N° 27444 y dentro de los límites que fija la ley; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo, en su sesión de fecha 20 de diciembre de 2006;

RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por ENAPU el 13 de diciembre de 2006.

Artículo 2°.- Dar por concluido el presente procedimiento administrativo relativo al pedido de suspensión de los Artículos 2°, 3°, 4° y 5° de la Resolución N° 064-2006-CD-OSITRAN, donde hay que tomar en cuenta además que ENAPU ha interpuesto una demanda judicial por considerar que se ha agotado la vía administrativa.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución conjuntamente con el Informe N° 48-06-GRE-GAL-OSITRAN a la Autoridad Portuaria Nacional y a ENAPU.

Artículo 4°.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano. Asimismo, se autoriza la difusión de la Resolución y del Informe N° 48-06-GRE-GAL-OSITRAN en la página Web de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDO CHANG CHIANG
Presidente