

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 047-2008-CD-OSITRAN

Lima, 24 de setiembre de 2008

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

VISTOS:

Informe Nº 028-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN, el Recurso de Reconsideración y demás escritos complementarios y ampliatorios, presentados por FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A. (en adelante FVCA) contra el Acuerdo de Consejo Directivo Nº 1063-273-08-CD-OSITRAN, así como el proyecto de Resolución correspondiente, presentado en sesión de fecha 24 de setiembre último;

CONSIDERANDO:

Con fecha 28 de enero de 2008, FVCA presentó una solicitud de modificación del Contrato de Concesión, para la suscripción de la Quinta Addenda, cuyos requisitos de admisibilidad fueron cumplidos mediante escritos de fecha 30 de enero y 04 de febrero de 2008, respectivamente;

Mediante Oficio Nº 026-08-GRE-OSITRAN de fecha 19 de febrero de 2008, OSITRAN requirió al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que informe sobre diversos aspectos relacionados a la solicitud de Adenda. El pedido fue reiterado el 07 de marzo de 2008, mediante Oficio Nº 037-08-GRE-OSITRAN, siendo atendido el 11 de marzo de 2008, a través del Informe Nº 121-2008-MTC/25;

Mediante Oficio Nº 027-08-GRE-OSITRAN de fecha 19 de febrero de 2008, OSITRAN solicitó a FVCA información adicional sobre las inversiones a ser realizadas, supuestos del análisis financiero y evaluación del equilibrio económico y financiero del proyecto, la que fue atendida con fecha 21 de febrero de 2008;

Mediante escrito s/n de fecha 26 de marzo de 2008, recibido por OSITRAN el 1º de abril de 2008, FVCA solicitó se deje sin efecto el literal A de su



solicitud de Modificación del Contrato de Concesión, referido a la ampliación y modificación del plazo de la Concesión;

Mediante escrito s/n de fecha 05 de mayo de 2008, la empresa Concesionaria presentó información adicional a fin de ampliar el contenido del Anexo 2 de su solicitud de modificación del Contrato de Concesión. En dicha ampliación se incluye el Standard de la United Status Railroad Administration (FRA) Class III para las condiciones de seguridad de la vía férrea en el tramo Callao – La Oroya de la Concesión;

Mediante Oficio N° 449-2008-MTC/25 la Dirección General de Concesiones, manifestó el interés por parte del Concedente de que se concrete la devolución del denominado Patio y Factoría Guadalupe por parte del Concesionario; así mismo manifiesta que debido a la imposibilidad de ubicar un inmueble con las características que permitan desarrollar las actividades que se realizan en el Patio y Factoría Guadalupe, ha acordado con el Concesionario el acondicionamiento de la Estación de Chosica, propuesta que según manifiesta es poco atractiva para el Concesionario, toda vez que el valor comercial del inmueble (Patio Factoría Guadalupe) asciende a US\$ 7 856 604,40;

Con fecha 18 de junio de 2008, se notificó a FVCA y al MTC, mediante el Oficio Circular N° 056-08-SCD-OSITRAN, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN, que aprobó la Opinión Técnica de OSITRAN respecto de la Solicitud de Modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro, contenida en el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN;

Con fecha 10 de julio de 2008 la empresa concesionaria FVCA presentó un Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN, por habersele rechazado el íntegro de las modificaciones en los términos propuestos por FVCA;

Con fecha 25 de Julio de 2008, la concesionaria FVCA presentó el Escrito 2 denominado: *"Solicitud de Precisión vía Interpretación del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN"*, mediante el cual reformula sus pretensiones en torno al escrito de reconsideración presentado el 10 de julio de 2008;

Mediante Escrito complementario de fecha 1° de agosto de 2008, FVCA adjuntó Anexos adicionales, a efectos que se tengan en consideración al momento de resolver la Solicitud de Precisiones vía interpretación de fecha

25 de julio de 2008. Por otra parte, señala que en caso la solicitud de precisión en vía interpretación no sea acogida, dicho escrito sea tomado en consideración como parte de los argumentos del Recurso de Reconsideración;

Con fecha 1º de Agosto del 2008, FVCA presentó el Escrito N° 3 denominado: "*Escrito Complementario con relación al Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN*";

Mediante Oficio N° 118-08-GRE-OSITRAN de fecha 22 de agosto de 2008, la Gerencia de Regulación solicitó a Ferrovías Central Andina S.A. aclaraciones y precisiones respecto a la información presentada el 1º de agosto de 2008. Dicho requerimiento fue absuelto por FVCA, mediante Escrito S/N de fecha 29 de agosto de 2008;

i) DE LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PRESENTADO POR FVCA.-

El Capítulo III de la Ley del Procedimiento Administrativo General disciplinan el Régimen de los Recursos Administrativos. En dicho capítulo, se encuentra regulado el Artículo 208º el cual establece cuáles son los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de reconsideración.

Artículo 208.- Recurso de reconsideración

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. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

Conforme a ello, procede el recurso de reconsideración pues si bien el requisito de la presencia de nueva prueba no ha sido satisfecho, ello no es óbice al tratarse de un acto administrativo emitido por Instancia única (Consejo Directivo). Además, el recurso planteado se basa fundamentalmente de una revisión integral del pronunciamiento desde la perspectiva fundamentalmente legal y económica;

En lo que se refiere al plazo para interponer el Recurso de Reconsideración, según el Artículo 26 de RALP (al igual que en la Ley

27444), el plazo para plantear el recurso de reconsideración es de 15 días hábiles desde que se ha notificado el acto sujeto a impugnación, por lo que al haberse realizado la notificación el día 18 de junio del 2008 y presentado ese recurso el día 10 de julio del 2008, se cumple con el requisito de procedencia en esta parte;

ii) CUESTIONES PREVIAS A CONSIDERAR ANTES DEL ANALISIS DEL TEMA.-

a) Marco Legal del ejercicio de funciones de OSITRAN

Tal como se señaló en los párrafos precedentes, FVCA ha interpuesto un Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN, que aprobó la Opinión Técnica de OSITRAN respecto de la Solicitud de Modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro;

Sobre el particular, FVCA ha señalado en su escrito impugnativo que el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN ha rechazado el íntegro de las modificaciones en los términos propuestos por FVCA, reformulando en algunos casos, el texto de las mismas;

En vista de dicha afirmación y teniendo en consideración que a través del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN se aprobó la Opinión Técnica de carácter vinculante en relación a la Solicitud de Modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro, consideramos pertinente analizar las funciones que le corresponden cumplir a OSITRAN;

Se debe considerar que la Ley N° 26917 (norma de creación de OSITRAN) y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, otorgan a OSITRAN además de la función reguladora (que comprende los aspectos tarifarios, cargos de acceso y demás aspectos relativos al régimen de acceso a la infraestructura de transporte de uso público), la función supervisora (del cabal cumplimiento de los contratos) y la función normativa; aspectos todos que atañen a la explotación de la infraestructura concesionada y al comportamiento de la empresa concesionaria en cuestión;

Al respecto, el Artículo 7° de la Ley de Creación del OSITRAN, señala lo siguiente:

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones del OSITRAN son las siguientes:

f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la modificación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)

j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones lo requiera.

[El subrayado es nuestro]

En razón de dicha función, OSITRAN se encuentra obligado a emitir opinión técnica antes de la modificación de todo Contrato de Concesión bajo su ámbito de competencia. En ese sentido, la evaluación técnica que realiza OSITRAN respecto a la propuesta de modificación, debe analizar y ponderar los efectos que tal modificación produce en los distintos actores involucrados en la Concesión (concedente, concesionario y los usuarios) a la luz del interés público;

Además de ello, el ejercicio de la función reguladora, supervisora, normativa y de resolución de controversias por parte de OSITRAN, debe converger hacia el cumplimiento de la misión institucional, recogida en el Artículo 3º de la Ley N° 26917, la cual señala:

“Artículo 3.- Misión de OSITRAN

3.1. La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios (...).”

[las negritas son nuestras]

Asimismo, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN, se aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de opiniones sobre

Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión. Dicha norma establece los principios y criterios para emitir las correspondientes opiniones;

Además de ello, se establece que en el caso de los supuestos de modificación sustancial, la opinión de OSITRAN deberá contener un análisis de los efectos de la modificación, sugiriendo los términos de la misma, sobre la base del análisis del cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Prestadora;

Estos lineamientos señalan además que las solicitudes de modificación pueden ser presentadas por el Concesionario o el Concedente. Asimismo, cuando se determine que existen fallas en el diseño del Contrato de Concesión que produzcan distorsiones o ineficiencias en el funcionamiento de los mercados de explotación de infraestructura de transporte de uso público, OSITRAN podrá de manera pro-activa, recomendar a las partes modificaciones en los Contratos de Concesión;

En ese sentido, OSITRAN se encuentra obligado a conducir su actuación dentro de las facultades y atribuciones que la ley le confiere; ello en estricta aplicación del Principio de Legalidad que regula la actuación de la administración pública¹;

Sin embargo, el principio de legalidad no se erige bajo la lógica de un rígido criterio de literalidad. Existirán casos en los cuales la Administración contará con atribuciones que, si bien no se encuentran expresamente señaladas en una norma, se desprenden razonablemente de la función que le ha sido asignada a la entidad, sin que ello constituya una vulneración al principio de legalidad. Ello es lo que la doctrina denomina "facultades implícitas" o "poderes inherentes". Las facultades implícitas deben derivarse necesaria y razonablemente de una función expresamente asignada por una norma a la Administración y sólo aquellas facultades implícitas que razonablemente resulten necesarias para el cumplimiento de una función efectivamente asignada a la Administración y con el alcance necesario para cumplir la función específica;

¹ La Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), aprobada por Ley No. 27444, es expresa en recoger este principio rector de la actuación de toda autoridad administrativa. En efecto, el Título Preliminar de dicha ley, en su artículo IV, dispone lo siguiente: "*Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le son atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*"

En razón de lo antes expuesto, OSITRAN, al emitir su opinión técnica, le corresponde velar por que haya un adecuado equilibrio de los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, lo que evidentemente pasa por pronunciarse sobre los diferentes aspectos propuestos en una solicitud de modificación de contrato planteada por las partes;

b) Acerca de las diversas pretensiones del Concesionario

En el escrito ampliatorio presentado por la Concesionaria el 25 de julio del 2008, se exponen las pretensiones planteadas por FVCA. En tal sentido, manifiesta:

Pretensión Principal: consistente en la precisión vía Interpretación de las conclusiones vertidas en el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN.

Pretensión Accesorio: Integración de las precisiones a la Opinión Técnica vinculante contenida en el Informe N° 014-2008- GRE-GS-GAL-OSITRAN.

Pretensión subordinada: En caso no se acojan las pretensiones anteriores, se entienda ratificada las pretensiones expuestas en el Escrito originario de Reconsideración de fecha 10 de julio del 2008.

Ante ello, deberá tenerse en cuenta la normatividad contenida en el Código Procesal Civil respecto a la acumulación de pretensiones, el cual indica:

Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cual de las pretensiones va a cumplir; y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

III) ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FORMA.-

a. Solicitud de Precisión vía Interpretación del Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN

a.1. Pretensión Principal

A efectos de determinar la procedencia de la pretensión principal invocada por el Concesionario FVCA, corresponde analizar en primer lugar si este Órgano resulta competente para "precisar, vía interpretación, una Opinión Técnica Vinculante". Luego, de ser el caso, corresponderá efectuar las precisiones respecto a las cláusulas solicitadas;

OSITRAN, a través de su Consejo Directivo, ostenta la facultad de interpretación al amparo del literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917 y el literal d) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, los cuales facultan a OSITRAN a interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación;

No obstante, dicha prerrogativa de interpretación contiene límites materiales, por cuanto se efectúa únicamente sobre los *"títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación"* comprendiendo de modo enunciativo y no limitativo: el contrato de concesión, las bases, las circulares, las adendas, entre otros;

En razón de ello, los actos administrativos emitidos por la propia entidad, que no generan directa e inmediatamente efectos sobre la *explotación* de la Concesión, no son pasibles de interpretación, toda vez que ellos no se configuran bajo el supuesto de ser *"títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación"*; por consiguiente, acceder al pedido de interpretación de una "opinión técnica" llevaría al extremo de desnaturalizar las funciones del Consejo Directivo de OSITRAN;

En tal sentido, no cabe que el Consejo Directivo pueda interpretar sus propios actos administrativos, pues ellos no inciden directamente en la explotación de la concesión; situación distinta se daría en caso de las Adendas a los Contratos de Concesión, pues ellos si están dentro de los supuestos de "títulos";

Adicionalmente a ello, cabe precisar que la pretendida "precisión en vía de interpretación" que solicita FVCA lo que busca en el fondo es ampliar los alcances del contenido del Informe N° 014-GS-GRE-GAL-OSITRAN, para modificar la decisión adoptada por el Consejo Directivo, la misma que, de acuerdo a ley, sólo puede ser modificada a través de los cauces formales previstos en nuestro ordenamiento administrativo, como es el caso de un procedimiento de anulación de oficio, de corrección de



errores materiales, de revocación o, de un procedimiento recursal (reconsideración, apelación y/o revisión);

Ahora bien, de acuerdo al Artículo 406º del Código Procesal Civil (CPC), norma de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos, la administración esta en capacidad de aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de su resolución o que influya en ella. Sin embargo, la aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión, lo que implica que no se puede incorporar al pronunciamiento elementos o fundamentos adicionales a los que determinaron la decisión;

De acuerdo a lo anterior, a través de la “precisión vía interpretación” no se puede buscar un nuevo pronunciamiento sobre la decisión. Ello resulta lógico y comprensible, pues un recurso de precisión o aclaración no puede ser utilizado para un nuevo examen de los fundamentos analizados en el acto administrativo, pues el escrito presentado, más que precisar puntos ante posibles ambigüedades o falta de claridad, deviene de una nueva fundamentación jurídica;

En el presente caso, FVCA ha solicitado, que se precise, en vía de interpretación, lo siguiente:

a) Con relación al significado de ciertos términos, se pretende:

- *Interpretación de los términos “Acondicionar” y “Equipar” dentro de la definición de Inversiones en la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión*, a efectos que en el caso de las inversiones que se realicen para construir íntegramente el inmueble del Patio y Factoría Guadalupe, sean entendidas como sinónimos de equipar y acondicionar. A través de esta pretensión, lo que se pretende es modificar la posición de OSITRAN sobre este tema, quien ha señalado que la definición de inversiones solo esta relacionada a aquellos gastos derivados del mejoramiento de la vía férrea. Por otro lado este mismo argumento se encuentra dentro de los argumentos del Recurso de Reconsideración, el cual se pasará a analizar en los párrafos posteriores.
- *Interpretación del término “Inversiones” con relación a la incorporación de las partidas cuya ejecución será necesaria para cumplir con la ampliación y ventilación de túneles, entre otros conceptos, establecidos en la Cláusula 1.1 del Contrato de*

Concesión. En relación a este extremo de su pretensión, cabe señalar que a través de él también se pretende modificar la posición de OSITRAN en relación a la definición de inversiones, respecto a la cual ya se señaló que dicha definición no comprende los gastos que pueda incurrir el concesionario como consecuencia del traslado y reubicación del Patio Factoría Guadalupe así como la construcción de un nuevo taller, los mismos que en esta oportunidad pretende que sean incluidos vía interpretación.

- *Interpretación del término "Inversiones" a efectos de incorporar los gastos por mitigación y/o remediación de pasivos ambientales, dentro del referido término, establecido en la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión.* Sobre este extremo de la Solicitud, OSITRAN ya se pronunció en el Informe N° 014-08-GS-GRE-GAL, señalando que dichos gastos no forman parte del rubro inversiones, por cuanto es responsabilidad directa del concesionario. Por ello, no cabría vía interpretación una modificación que nos lleve a estar en contra de nuestra propia posición.

Con relación a la redacción del texto sugerido de modificación al Contrato, se pretende:

- *Interpretación respecto a la devolución y reducción del área matriz (Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión), a efectos que se considere que la devolución que solicite el Concedente de Bienes de la Concesión deberá hacerse siguiendo el mismo procedimiento aplicable para el Concesionario.* Sobre este extremo, OSITRAN ya fijó su posición proponiendo la modificación de la cláusula 9.5 para hacer viable la propuesta del concesionario; por consiguiente, no cabe modificar la misma vía interpretación, sino a través del recurso impugnativo correspondiente, el cual precisamente se analizará más adelante.
- *Interpretación respecto del cumplimiento del estándar FRA III, a efectos que se precise que la referencia al estándar FRA III sólo es de aplicación para el tramo de la vía férrea comprendido entre el Callao y La Oroya.* No obstante que vía interpretación no cabe precisar este extremo de su pretensión, su argumentación está siendo considerada como parte de la Reconsideración que pasaremos a exponer más adelante.

b) Con relación a los Plazos propuestos por OSITRAN, se pretende:

- *Interpretación con relación al plazo para comunicar arbitrios, a efectos que se precise que el MTC y FVCA puedan acordar un plazo menor, adecuado en todo caso a lo sustentado. De nuevo, vía interpretación no cabe precisar este extremo de su pretensión. No obstante, tal argumentación está siendo considerada como parte del Recurso de Reconsideración que se analizará posteriormente.*
- *Interpretación respecto del plazo para la devolución del Patio y Factoría Guadalupe (Anexo 13), a efectos que el plazo de 18 meses para entregar el Patio y Factoría Guadalupe se prorrogue automáticamente en caso que, sin culpa de FVCA, no pueda cumplir a tiempo con habilitar el nuevo inmueble. La opinión técnica de OSITRAN al respecto fue la de otorgar un plazo de 18 meses para entregar el referido inmueble al Concedente, sin considerar prórroga alguna. Nuevamente, vía interpretación no cabe amparar este extremo de su pretensión. No obstante, tal argumentación está siendo considerada como parte del Recurso de Reconsideración que se analizará posteriormente.*

c) Con relación a los incentivos a las Nuevas Inversiones, lo que se pretende es modificar los plazos de ejecución de las inversiones correspondientes al proyecto de modernización de la vía férrea;

Para ello, la empresa concesionaria ha invocado:

- Consideraciones sobre el Modelo Económico – Financiero.
- Precisiones respecto de la ausencia en el modelo de ciertos ingresos.
- Precisiones respecto del carácter jurídico de los aportes del Estado.
- Precisiones respecto de la fórmula de depreciación de los Bienes de la Concesión.
- Precisiones respecto de las estimaciones de la demanda.
- Precisiones respecto de la Metodología de Comparación.

Cabe señalar que ninguna de ellas, tal y como son planteadas, fueron materia de la solicitud original de modificación del contrato de concesión, por lo que mal puede solicitarse que vía interpretación pretendan ser incorporadas en la opinión técnica de OSITRAN contenida en el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN;

Además de ello, el detalle de todos estos nuevos argumentos de carácter económico, no han sido materia del Recurso de Reconsideración, por lo que debieron haber sido canalizados a través de una nueva solicitud de modificación contractual;

En consecuencia, la supuesta "precisión vía interpretación" de diversos aspectos de la Opinión Técnica, consiste en analizar nuevamente la decisión adoptada, bajo el argumento de aclarar aspectos dudosos, a pesar que las normas indican que un acto administrativo no puede ser modificado en cuanto a la decisión final, salvo mediante los correspondientes recursos impugnativos;²

Por tales consideraciones, la Pretensión Principal de la Solicitud de Precisión en vía de interpretación, presentada por FVCA, como escrito complementario al Recurso de Reconsideración, corresponde sea declarada improcedente;

a.2 Pretensión Accesorio

Resuelta las cuestiones relacionadas con la pretensión principal, corresponde pronunciarse en relación a la pretensión accesorio, referida a que se integren las precisiones solicitadas vía interpretación, a la Opinión Técnica Vinculante emitida por OSITRAN;

En relación a dicha pretensión accesorio, ésta se encuentra directamente relacionada a la pretensión principal que hemos analizado en los numerales anteriores;

Al respecto, el Código Procesal Civil³ en concordancia con los Principios Generales del Derecho, dispone que las pretensiones

² Que en estricto sentido, únicamente abarca a la Reconsideración, Apelación y Revisión.

³ Artículo 87.-Acumulación objetiva originaria

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se comparan también las demás.

accesorias corren la suerte de la pretensión principal amparada. En el presente caso, al declarar improcedente la pretensión principal corresponde también declarar improcedente todas las pretensiones accesorias;

a.3. Pretensión Subordinada

Con relación a la tercera pretensión planteada por FVCA, respecto a su ratificación en el recurso de reconsideración interpuesto⁴, consideramos que no existiendo impedimento legal alguno para su presentación, cabe admitirla;

b. Escrito complementario con relación al Acuerdo de Consejo Directivo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN

Mediante Escrito complementario de fecha 1° de agosto de 2008, FVCA adjunta Anexos adicionales, a efectos que se tengan en consideración al momento de resolver la Solicitud de Precisiones vía interpretación de fecha 25 de julio de 2008. Por otra parte, señala que en caso la solicitud de precisión en vía interpretación no sea acogida, dicho escrito sea tomado en consideración como parte de los argumentos del Recurso de Reconsideración;

Cabe mencionar que en dicho Escrito complementario, se presenta como Anexo 2 un cuadro resumen de la propuesta de modificación del contrato, en donde se detalla los temas que han sido planteados en la solicitud de interpretación, además de una columna en donde figura el texto a adoptar;

Tal como hemos señalado en los párrafos precedentes, la Pretensión Principal de la Solicitud de Precisión en vía de interpretación, presentada por FVCA, como escrito complementario al Recurso de Reconsideración, deberá ser declarada improcedente, por lo que los textos que se presentan en el cuadro resumen, así como el texto a adoptar, no deben ser tomados en consideración, toda vez que los argumentos válidos a

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

⁴ Reconsideración presentada mediante Escrito s/n del 11 de julio del 2008, el cual impugna todos los extremos de la Opinión Técnica contenida en el Informe N° 014-GS-GRE-GAL-OSITRAN.

analizar, son aquellos que han sido ampliamente desarrollados por el impugnante FVCA, en su recurso de Reconsideración;

iv) ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES DE FONDO.-

4.a Respecto a la definición de la cláusula 1.1 (Inversiones)

Mediante el Recurso de Reconsideración presentado con fecha 10 de julio del 2008, se impugna el punto referente a la Modificación de la cláusula 1.1 del Contrato de Concesión referente a la Definición de Inversiones, cuya impugnación se entiende únicamente al concepto: "Mitigación y/o remediación de pasivos ambientales"; por lo que en los que se refiere a los otros conceptos⁵ el acto administrativo consentido ha quedado firme en este extremo, no siendo sujeto a posteriores impugnaciones en vía administrativa pues ha logrado la calidad de "cosa decidida";

Mediante el recurso de reconsideración se impugna la negativa de OSITRAN de incorporar nuevos elementos a la Definición de Inversiones contemplada en el Contrato de Concesión, entre ellos se rechaza como inversiones los costos derivados de la remediación y/o mitigación de pasivos ambientales;

En su escrito de fecha 25 de julio 2008 y posteriormente en el escrito de fecha 1º de agosto de 2008, la empresa concesionaria, señala que existe un acuerdo entre las partes (Concesionario y Concedente) para incluir dentro del concepto inversiones, los gastos relativos a la mitigación y remediación de los pasivos ambientales. Así señalan en el escrito del 1º de agosto antes citado:

⁵ Los conceptos no impugnados son: *ampliación y ventilación de túneles, creación de patios de maniobras y adquisición de grúas puente; adquisición y mantenimiento de maquinaria de vía, sistemas de comunicación, creación de desvíos, incluidos cambios de vía, reforzamiento de puentes, realineamiento de la vía férrea, eliminación de Zig zags; obras de drenaje, señalización; modificación de trazo de la vía férrea. Asimismo, todos y cada uno de los activos fijos necesarios para el funcionamiento del taller de reparación de locomotoras y vagones que reemplazarán el Patio Factoría Guadalupe, como consecuencia de la devolución del mismo al Concedente y los gastos y costos que éstos conlleven, sea por construcción del taller, adquisición de grúas puente, tornamesa para locomotora, maquinaria para mecanizado de componentes, sistemas de aires comprimido; instalaciones eléctricas y sanitarias; gastos de desmontaje y montaje de torno en bajo nivel para ruedas; gastos de mudanza y traslados de equipos y materiales del Patio Factoría Guadalupe y demás traslados que sean necesarios; costos de permisos, autorizaciones municipales, del Instituto Nacional de Cultura y demás entidades competentes, declaratorias de fábrica; honorarios por estudios de Ingeniería, Supervisiones, Estudios de Impacto Ambiental, Seguros, entre otros.*

"Por acuerdo de las Partes se podrán reconocer como inversiones los conceptos referidos a la mitigación y remediación de pasivos ambientales generados con anterioridad a la fecha de cierre del Contrato"

Al respecto, en el Informe objeto de impugnación, se señaló lo siguiente:

"(...)

En lo que respecta a considerar el concepto de mitigación y/o remediación de pasivos ambientales dentro del rubro Inversiones, consideramos que no puede incluirse dicho concepto toda vez que la remediación de los mismos es responsabilidad directa del Operador o Concesionario, siempre que éstos hayan ocurrido con posterioridad a la fecha de Cierre del Contrato de Concesión, siendo el Concedente responsable por los pasivos anteriores a dicha fecha. En consecuencia, el Concedente podrá acordar directamente con el Concesionario la modalidad de pago por este concepto, sin que sea necesario modificar el Contrato de Concesión. Cabe indicar que esta es una práctica común en los contratos de concesión.

(...)"

En relación a ello, deberá mantenerse este criterio, pues tal como se mencionó en la Opinión Técnica Vinculante de OSITRAN, contenida en el Informe N° 014-08-GRE-GA-GAL-OSITRAN, las partes tienen la facultad de negociación para acordar el medio de pago de la mitigación de pasivos;

Cuando en el párrafo antes citado se señala que *"el Concedente podrá acordar directamente con el Concesionario la modalidad de pago"*, no se niega la posibilidad de que el pago por este concepto pueda realizarse "a cuenta" de la retribución, dicho acuerdo no implica en ningún caso la modificación del concepto de inversiones, previsto en el Contrato de Concesión;

En particular, debe tenerse presente que no todas las inversiones realizadas por el Concesionario son aplicables al Mecanismo de Liberación de Pago, más aún, no podrán incorporarse aquellas que tergiversan la finalidad del mecanismo de compensación, pues mediante este mecanismo se persigue promover inversiones en la vía férrea vinculadas exclusiva y directamente al logro de una mayor capacidad de



oferta de la vía férrea, así como de elevar los estándares de seguridad de la vía;

Adicionalmente, variar la definición del término Inversiones implica la modificación de las condiciones económicas originariamente convenidas, en desmedro de lo dispuesto por el artículo 33^{o6} del D.S. N° 059-96-PCM, Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos y el artículo 30° de su Reglamento;

Asimismo, implica desnaturalizar el mecanismo de Liberación de Pago de la Retribución al Estado. Si se accediera al pedido de la concesionaria, se tendría que modificar paulatinamente las normas que desarrollan este mecanismo financiero, como por ejemplo el Reglamento aplicable al Mecanismo de Pago de la Retribución Principal y Especial (RALP) y la Directiva para el Registro y Control Contable de Inversiones y Liberación de Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial en las concesiones ferroviarias;

Asimismo, al modificarse estos dos cuerpos normativos, sus consecuencias serían aplicables no sólo para la concesionaria del Ferrocarril del Centro, sino también para el Ferrocarril del Sur y Sur Oriente. Pues mediante la solicitud de FVCA no sólo se modifica una cláusula del Contrato de Concesión sino que se desvirtúa un "instrumento financiero aplicable a las concesiones de vías férreas";

En ese sentido, este extremo del Recurso de Reconsideración deberá ser declarado infundado.

4.b Respecto al Anexo N° 13: Régimen Aplicable al "Patio y Factoría Guadalupe"

En su escrito de reconsideración, Ferrovías Central Andina S.A. señala que la modificación que planteara respecto del régimen aplicable al Patio y Factoría Guadalupe se basó en los siguientes elementos:

⁶ Artículo 33.- Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- a) la naturaleza de la concesión;
- b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
- c) el equilibrio financiero para ambas partes:

- Obligación del Concedente de proporcionar al Concesionario un inmueble para la operación del taller de reparación de vagones y locomotoras, ante la solicitud de devolución que hiciera del Patio y Factoría Guadalupe.
- Acuerdo con el Concedente para que el taller se instale en un área de la Concesión (Estación de Chosica) con cargo a una compensación por US\$ 7 856 604,40 (valor del área a ser entregada por el Concedente) y el pago de US\$ 2 millones, que establece el Contrato de Concesión.
- Acuerdo con el Concedente de aplicar los pagos antes mencionados al mecanismo de liberación de la retribución principal y especial por un periodo de tres años (del décimo séptimo al Décimo noveno año de la Concesión).
- El plazo para la entrega del bien propuesto era de dos años y un máximo de tres años de recibida la solicitud de devolución por parte del Concedente.

La Empresa Concesionaria considera que la posición adoptada por OSITRAN no se ajusta a lo solicitado por ella y que además no responde a las circunstancias especiales que originan la devolución del patio y Factoría Guadalupe;

De la lectura del escrito de reconsideración se entiende que las referidas condiciones especiales son:

- Incapacidad del Concedente de entregar terreno de 100 mil m².
- Renuncia voluntaria del Concesionario a recibir inmueble distinto al de los bienes de la Concesión para reubicar el taller de reparaciones.
- Buena disposición del Concesionario para lograr los objetivos del contrato.

En ese sentido la empresa concesionaria señala que:

"En ese sentido, consideramos necesaria la inclusión del total del monto de compensación por la utilización de la Estación de Chosica como nuevo taller, dentro del Régimen aplicable al "Patio y Factoría Guadalupe" y el reconocimiento de los 03 años de liberación del pago de la retribución principal y especial; aplicados exclusivamente a compensar la suma de US\$ 7 856 604,40 correspondiente al valor del bien. Dicha compensación resulta más relevante aún considerando que FCA

no sólo renuncia al derecho de uso que tiene sobre el bien sino que él mismo será revertido al Estado al fin de la Concesión, en virtud del régimen de bienes establecido en el Contrato."

Del párrafo antes citado se desprende que el objetivo del Concesionario expresado en su escrito de reconsideración es el de recibir una compensación por la devolución del Patio Factoría Guadalupe, compensación que se expresaría en tres años adicionales de aplicación del mecanismo de liberación de pago de la retribución;

La evaluación realizada por OSITRAN en el Informe N° 14-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, recomienda al Concedente que retribuya al Concesionario por los gastos de movilización y reubicación del Patio y Factoría Guadalupe con el monto correspondiente a la retribución del primer año a partir de la suscripción de la adenda. Cabe señalar que esta recomendación se basó en la constatación que en promedio la retribución anual es de aproximadamente US\$ 2 millones. Con esta propuesta se buscó garantizar al Concesionario contar con los fondos necesarios para el traslado del Patio y Factoría Guadalupe;

Por otra parte, en el informe materia de Reconsideración, se reconoce expresamente la obligación del Concedente de compensar al Concesionario por la pérdida del terreno del Patio y Factoría Guadalupe. En ese sentido en el párrafo 46 del referido informe se señala, "(...) *consideramos que una forma de compensar al Concesionario por esta situación sería otorgarle un plazo adicional por liberación del pago de la retribución, tal y como lo ha propuesto el propio Concesionario.(...)*", seguidamente en el párrafo 48, se indica que esta propuesta es evaluada en la sección IV.4, titulada "Evaluación Económica y Financiera de la modificación propuesta";

En virtud de lo dicho anteriormente, OSITRAN no ha desconocido el derecho del Concesionario a recibir una compensación por la pérdida del terreno (derecho de uso), sino que la forma de incluir esta compensación difiere de la planteada por el Concesionario en su solicitud de modificación del Contrato de Concesión;

En el modelo utilizado por OSITRAN, la compensación por el terreno fue incluida en el flujo como una anualidad por derecho de uso no gozado, bajo el supuesto de que el Concesionario durante todo el periodo de concesión tiene derecho al uso de dicho terreno;

Como se observa, la lógica seguida por OSITRAN fue la de realizar una evaluación conjunta de la propuesta de modificación, y no realizar un análisis separado como viene siendo propuesto por el Concesionario en su escrito de reconsideración y que será evaluado en siguientes secciones;

- **Con relación al plazo para la entrega de bien**

Por otra parte, otro elemento materia de reconsideración vinculado al Anexo XIII del Contrato de Concesión es el referido al plazo para la entrega de bien. Al respecto la empresa concesionaria señala:

"La propuesta formulada por OSITRAN reduce considerablemente el plazo máximo para entregar el bien, una vez recibida la solicitud de devolución del mismo por parte del Concedente; de dos a tres años planteados pro FCA a 18 meses. Al respecto, consideramos que esta fórmula no contempla los plazos que demanda la obtención de las autorizaciones, permisos y/o licencias aplicables; lo que se encontraba en la versión original del Contrato como un supuesto de extensión del plazo, y que en la propuesta se contempló como plazo tomando en cuenta la alta probabilidad de retraso originado en el trámite de las citadas autorizaciones"

Respecto a esta argumentación, debemos señalar que en solicitud de modificación del Contrato de Concesión no existe sustento alguno del plazo solicitado por la empresa concesionaria. En dicho escrito, la única referencia a dicho plazo es la siguiente:

"El Concesionario devolverá al Concedente el Patio y Factoría Guadalupe en un plazo mínimo de dos (2) años y máximo de tres (3) años."

Toda vez que las recomendaciones de OSITRAN deben encontrarse debidamente sustentadas y al no existir al momento de la evaluación inicial una justificación por parte del Concesionario, OSITRAN consideró pertinente mantener el plazo previsto en el Contrato de Concesión de 18 meses. Cabe señalar que en el Contrato de Concesión no existe una referencia directa respecto a este plazo, ni del momento a partir del cual debe ser contabilizado, sin embargo, de la lectura del sexto párrafo del Anexo 13, se puede entender que el Concesionario contará con dicho

plazo para entregar el Patio y Factoría Guadalupe, en efecto este párrafo señala:

" Las Partes expresamente declaran que el plazo de los 18 (dieciocho) meses no podrá extenderse o suspenderse por razones derivadas del retraso del Concesionario en las obras necesarias para adecuar el nuevo inmueble o por falta de obtención de las autorizaciones, permisos y/o licencias derivada de la no culminación o de la culminación tardía de las obras de adecuación. En consecuencia, al vencimiento del plazo de 18 (dieciocho) meses y salvo que mediara algunos de los supuestos previstos en el párrafo anterior, el Concesionario deberá proceder inmediatamente a entregar sin reserva ni limitación alguna la posesión del "Patio y Factoría Guadalupe" a favor del Concedente, (...) "

Por otra parte, el quinto párrafo del mismo anexo, establece los casos en que el plazo para la entrega del inmueble pueda ser prorrogado:

De ocurrir alguno de los supuestos, el plazo para la adecuación del nuevo inmueble se entenderá automáticamente prorrogado por un periodo equivalente al que fuera necesario para obtener las autorizaciones, permisos y/o licencias requeridas o al que mediara hasta el momento en que el Concedente efectivamente realice el (los) desembolso(s) pendiente(s) o hasta que culmine el tendido de Línea Férrea hasta el nuevo inmueble, quedando el Concesionario automáticamente facultado para retener el "Patio y Factoría Guadalupe" hasta el momento en que se cumpliera con cualquiera de las citadas condiciones.

De la lectura del sexto y quinto párrafo de forma integrada se entiende que el Concesionario contará con un plazo de 18 meses para entregar el Patio y Factoría Guadalupe, es decir este resulta ser el plazo máximo para realizar todas las labores de construcción y traslado de los equipos al nuevo local. Dicho plazo únicamente podría ser ampliado cuando existieran problemas para la obtención de las licencias o permisos correspondientes. Toda vez que la propuesta de redacción de OSITRAN no consideró esta posibilidad o derecho del Concesionario, consideramos que, siendo factible que ello ocurra, es pertinente que se recoja en la propuesta de modificación. En tal sentido estimamos que corresponde declarar fundado este extremo del recurso de reconsideración;



Por otra, parte, en el escrito complementario de fecha 1º de agosto de 2008, la Empresa Concesionaria propone una redacción para el anexo 13 del Contrato de Concesión. Sin embargo, dicha redacción difiere sustancialmente de la propuesta planteada en la solicitud de modificación, toda vez que incluye elementos nuevos que no fueron evaluados por OSITRAN;

Al respecto, es preciso mencionar que vía dicha solicitud de interpretación se está pretendiendo modificar el Contrato de Concesión, pretensión que a luz del marco normativo vigente no es procedente, y deberá ser canalizada a través de los causes formales pertinentes, vía un nuevo trámite de modificación de Contrato;

Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, cabe señalar que estos nuevos elementos no fueron incluidos en el recurso de reconsideración y no han sido sustentados o justificados en dicho escrito ni en el escrito con que fueron remitidos. Así por ejemplo, el Concesionario propone en la nueva redacción del Anexo 13, que el Concedente asuma el total de los gastos necesarios para acondicionar, equipar y construir en la Estación de Chosica los talleres y otras instalaciones que reemplazarían al Patio y Factoría Guadalupe. El texto propuesto dice:

" El Concedente declara y garantiza el aporte de la suma dineraria que permitan cubrir los gastos necesarios para acondicionar, equipar y construir íntegramente en la Estación de Chosica las instalaciones y edificaciones requeridas para sustituir en forma idónea y equivalente a las instalaciones y edificaciones existentes en el Patio y Factoría Guadalupe. Se comprende dentro de los gastos en mención, todas las inversiones que se realicen en la adquisición de activos tales como grúas puente, tornamesa para locomotora, maquinaria para mecanizado de componentes, sistemas de aire comprimido, instalaciones eléctricas y sanitarias; gastos de desmontaje y montaje de torno en bajo nivel para ruedas, así como, los costos de instalación, mudanza y traslado de equipos y materiales del Patio y Factoría Guadalupe a la Estación de Chosica. Serán también reconocidos los gastos que generen para la obtención de todos los permisos, autorizaciones y licencias que deberán otorgar los municipios competentes, el Instituto Nacional de Cultura – INC, el Instituto Nacional de Defensa Civil – INDECI, así los costos, gastos, tasas y honorarios para la realización de Estudios de



Ingeniería, Supervisión, Impacto Ambiental, obtención de pólizas de seguros y el otorgamiento e inscripción de la declaratoria de fábrica en los Registros Públicos que la habilitación de la Estación de Chosica demande, con exclusión de las inversiones realizadas por las empresas vinculadas al Concesionario y la remuneraciones a su personal.

La relación de gastos e inversiones detallada en esta cláusula se computará íntegramente para el mecanismo de liberación de pago de la Retribución Principal y Especial contemplado en la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión.

Como se observa, con la nueva redacción propuesta por la Empresa Concesionaria, se estaría pretendiendo que el Concedente asuma un pago mayor al originalmente comprometido en el Contrato de Concesión (no mayor de US\$ 2 millones), aceptar la redacción propuesta por el Concesionario, implicaría trasladar al Concedente obligaciones mayores a las comprometidas originalmente. El Contrato original, preveía de cierta forma una compartición de gastos entre el Concesionario y el Concedente, siendo el compromiso de este último por un monto no mayor a US\$ 2 millones, y el compromiso del Concesionario de asumir los gastos adicionales, es decir existe una compartición de riesgos en este aspecto, mientras que la propuesta del Concesionario implica trasladar todo el riesgo al Concedente. En virtud de lo dicho anteriormente, consideramos que debe mantenerse como obligación del Concedente un pago no mayor de US\$ 2 millones;

No obstante lo antes mencionado, dicho extremo del Escrito Complementario de fecha 1º de agosto, corresponde ser canalizado a través de los causes formales pertinentes, vía un nuevo trámite de modificación de Contrato de Concesión;

- **Con relación a la definición de los términos “acondicionar” y “equipar”**

Finalmente, en relación al Anexo 13, en el recurso de reconsideración, la empresa concesionaria solicita se confirme la definición de los términos “acondicionar” y “equipar”. Al respecto la Empresa Concesionaria señala;

Por otro lado solicitamos la confirmación de la definición de los términos "acondicionar" y "equipar" aplicable al Anexo 13 "Régimen aplicable al Patio y Factoría Guadalupe"; las cuales consideramos, implican "la adquisición de todos y cada uno de los activos fijos necesarios para el funcionamiento del taller de reparación de locomotoras y vagones que reemplazarán al Patio y Factoría Guadalupe; sí como, para la construcción del taller; la adquisición de grúas puente, tornamesa para locomotora, maquinaria para mecanizado de componentes, sistemas de aires comprimido; instalaciones eléctricas y sanitarias; desmontaje y montaje de torno en bajo nivel para ruedas; mudanza y traslado de equipos y materiales y demás traslados necesarios; obtención de permisos, autorizaciones municipales, el Instituto Nacional de Cultura y demás entidades competentes, declaratorias de fábrica; contratación de profesionales para la elaboración de Estudios de Ingeniería, Supervisiones, Estudios de Impacto Ambiental, Seguros; entre otros"

La propuesta de redacción de OSITRAN recoge lo estipulado en el cuarto párrafo del Contrato de Concesión, el cual dice:

*"El Concedente declara y garantiza que el Estado a través de la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU o de quien designe al efecto, aportará una suma dineraria que permita cubrir parcialmente los gastos necesarios para **acondicionar y equipar** el inmueble que reemplazará al "Patio y Factoría Guadalupe", para todas las actividades que se desarrollen o se encontraba previsto desarrollar en este último, incluyendo el traslado de los equipos existentes en "Patio y Factoría Guadalupe".*

(el resaltado es nuestro)

Como se observa el objetivo del Contrato de Concesión es que el Concedente asuma de forma parcial con los gastos necesarios para "acondicionar" y "equipar" el nuevo inmueble. En la misma línea, la propuesta de modificación planteada por OSITRAN, se encuentra orientada a que el aporte del Concedente no sea superior a US\$ 2 millones (monto previsto en el contrato de Concesión), manteniendo el destino de los fondos;

La confirmación, que solicita el Concesionario, resulta en realidad en un pedido de interpretación que resulta ajeno al recurso de reconsideración;

Por otra parte como se ha dicho anteriormente, la propuesta de OSITRAN no cambia el sentido del Contrato Original por lo que, dentro del presente procedimiento impugnatorio, no corresponde solicitar una interpretación del contrato original de concesión;

En tal sentido, dicha solicitud corresponde ser canalizada a través de los causes formales pertinentes, vía un nuevo trámite de modificación de Contrato;

En virtud de los comentarios realizados en los párrafos anteriores, recomendamos, respecto al plazo para la entrega de los bienes, la siguiente redacción:

Anexo Nº 13

Régimen aplicable al "Patio y Factoría Guadalupe" (Numeral 13.12.)

Las partes convienen que después de los primeros cinco años de Concesión, el Concedente podrá solicitar al Concesionario la devolución y entrega del "Patio y Factoría Guadalupe, El Concesionario tiene la obligación de entregar el bien en un plazo máximo de dieciocho (18) meses de recibida la solicitud de devolución por parte del Concedente. Dicho plazo se entenderá automáticamente prorrogado por un periodo equivalente al que fuera necesario para obtener las autorizaciones, permisos y/o licencias requeridas.

El Taller de reparación de vagones y locomotoras que funciona en el Patio y Factoría Guadalupe podrá ser trasladado a la Estación de Chosica, inmueble que también forma parte de la Concesión, y que se encuentra descrito en el Anexo No. 2 del Contrato.

Todos los conceptos considerados como gastos necesarios para acondicionar y equipar el inmueble que reemplazará el "Patio y Factoría Guadalupe" para



todas las actividades que se desarrollen o se encontraba previsto desarrollar en este último, incluyendo el traslado de los equipos existentes en el "Patio y Factoría Guadalupe", serán asumidos por CONCEDENTE y pagados por este a cuenta de la Retribución del décimo año de la concesión. El monto a ser cancelado por el Concedente no podrá exceder la suma de US\$ 2 Millones de dólares americanos.

4.c Respecto a los incentivos a la Inversión del Concesionario

En el escrito de Reconsideración presentado por la Empresa Concesionaria, el punto en controversia resulta ser el tramo sobre el cual correspondería o le sería exigible al Concesionario lograr un estándar de seguridad FRA III. A entender de la empresa concesionaria, la propuesta de OSITRAN haría exigible el nivel FRA III a partir del décimo noveno año de la Concesión para todos los tramos de la Concesión;

Al respecto, la Empresa Concesionaria señala que el Contrato de Concesión establecía el cumplimiento del estándar FRA II, durante los primeros cinco años de la concesión únicamente para el tramo Callao – Cerro de Pasco. Y, que en tal sentido:

"(...) no encontramos justificación en su Incorporación en la modificación de la cláusula; más aún si se tratan de periodos vencidos a la fecha"

Por otra parte precisan que la propuesta planteada por la Empresa Concesionaria, comprendía exclusivamente el logro de dicho estándar sobre el tramo Callao la Oroya, en virtud de la mayor demanda que presenta dicho tramo. Concluyen con lo siguiente:

"Por tanto, no consideramos viable que se pretenda extender arbitrariamente la obligación de la Concesionaria más allá de la propuesta formulada por la misma y sin justificación alguna."

En el escrito planteado por la Empresa Concesionaria de fecha 05 de mayo de 2008, la empresa amplió el contenido del Anexo 2 de su solicitud original, con la finalidad de incluir el Estándar FRA III en el tramo Callao – La Oroya. En particular señalan:

*"Con relación a nuestra Solicitud de Modificación del Contrato de Concesión presentada el 28 de enero de 2008, por medio del presente documento ampliamos el contenido del **Anexo 2** de la misma, con la finalidad de incluir el Standard de la **United Status Railroad a Administración (FRA) Class III**, para las **condiciones de seguridad** de la vía férrea en el tramo **Callao – La Oroya** de la Concesión."*

En el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, párrafo N° 58, se señala expresamente que a criterio de OSITRAN, cualquier solicitud de ampliación del mecanismo de liberación del pago de la retribución deberá estar asociada directamente a mejorar el estándar de seguridad de la vía. Asimismo, se indica que una mejora en el nivel del servicio esta asociado a un incremento en la capacidad de tráfico de la vía;

Por otra parte, en el informe antes citado, se señaló expresamente que el proyecto de Modernización propuesto por la empresa concesionaria, se realizaría en el tramo Callao – La Oroya (párrafo 16);

La solicitud de ampliación del mecanismo de liberación propuesto por la empresa concesionaria, surge a partir del proyecto de modernización de la vía en el tramo Callao – La Oroya, en tal sentido, las inversiones que serían materia de reconocimiento para la aplicación del mecanismo debieran ser las ejecutadas en dicho tramo. En virtud de ello, resulta lógico que se exija al Concesionario un mejor nivel de estándar de seguridad en el tramo Callao – La Oroya, no pudiendo extenderse esta exigencia a tramos distintos de la Concesión. Cabe señalar que esta situación particular del tramo Callao – la Oroya, no libera al Concesionario de la obligación de mantener el nivel FRA II en otros tramos de la Concesión que son previstos originalmente en el Contrato de Concesión;

En virtud de lo dicho anteriormente, resulta pertinente precisar dicha situación y, en consecuencia, declarar fundado este extremo el recurso de reconsideración planteado por la empresa concesionaria;

4.d Respecto a la Devolución y Reducción del área matriz (Cláusula 9.5 Traslado de Bienes de la Concesión)



Mediante la opinión técnica contenida en el Informe N° 014-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN, se incorpora un párrafo adicional a la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, a fin de otorgar sustento contractual a la propuesta de modificación planteada por el Concesionario (modificación del Anexo 2);

Mediante el Recurso de Reconsideración, FVCA señala que lo formulado por OSITRAN no ha sido objeto de solicitud de modificación por el Concesionario ni por el Concedente; por tanto OSITRAN, no resultaría competente para establecer una modificación de la cláusula 9.5 del Contrato de Concesión; pues si bien se supedita la procedencia de las modificaciones a la Opinión Previa favorable de OSITRAN, ello no contradice el principio de modificación contractual: es decir la necesidad de un acuerdo entre las partes;

La posición de FVCA principalmente se fundamenta en que OSITRAN, al efectuar modificaciones en puntos no solicitados (cláusula 9.5 del Contrato de Concesión), estaría excediendo sus facultades contempladas en las normas sobre interpretación de contratos, las cuales exigen la iniciativa de parte (concedente o concesionario) para la propuesta de modificación contractual;

En aras de dilucidar si el extremo impugnado por FVCA debe declararse fundado o infundado, corresponde establecer en líneas generales las prerrogativas que ostenta el Regulador; así como las funciones del mismo sobre los procedimientos de emisión de opinión técnica ante propuestas de modificación del Contrato de Concesión;

Los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión, aprobado mediante Acuerdo del Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, señalan, entre otros que:

- La iniciativa para el inicio del proceso de modificación del Contrato de Concesión corresponde al concedente (MTC) o al concesionario (FVCA);
- OSITRAN está facultado para recomendar a las partes, de manera pro activa, propuestas de modificación a los contratos, lo cual no supone el inicio del proceso de modificación del Contrato de Concesión.

Como puede apreciarse, si bien OSITRAN está impedido de iniciar un procedimiento de modificación contractual, no lo está para plantear propuestas de modificación en el marco de un procedimiento de modificación del Contrato de Concesión iniciado por alguna de las partes;

Por otro lado, las actuaciones de OSITRAN se sujetan al Principio de Legalidad que regula la actuación de la Administración Pública. Sin embargo, la actuación de OSITRAN si bien se sujeta al Principio de Legalidad, ello no implica ceñirse literalmente al texto expreso, pues en la Administración existen las denominadas "facultades implícitas", las que se desprenden razonablemente de aquellas expresamente asignadas por el marco normativo;

En el caso concreto, el Procedimiento de Modificación al Contrato de Concesión se ha iniciado a instancia del concesionario, FVCA; cuyas propuestas se han establecido sobre los siguientes puntos:

- Devolución del Patio y Factoría Guadalupe
- Modificación del término Inversiones
- Obligaciones del Concedente: remisión de notificaciones en materia tributaria.
- Devolución y reducción del área matriz

Respecto al punto en controversia: "Devolución y Reducción del área matriz", la concesionaria FVCA ha solicitado la modificación del Anexo 2 del Contrato de Concesión, en el sentido de incorporar expresamente el acuerdo de reducción del área de matriz ⁷, para un supuesto diferente al que se plantea en el Contrato de Concesión, que es el de las modificaciones al área matriz a propuesta del Concesionario, y no por el supuesto de cambios en el trazo de la vía férrea;

⁷ La modificatoria plantada por FVCA señala:

"MODIFICACION DEL ANEXO Nº 2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN:

Devolución y reducción del área Matriz en la Intersección del tramo Av. Las Torres – Carretera Central.

Las partes acuerdan la reducción y devolución del área Matriz de 3,382.22 m2 del predio ubicado en el área denominada "Esquina Av. Las Torres y la Carretera Central" el cual se consigna en las partidas de independización provisional Nº 11838512 y Nº 11838517 de la Zona Registral Nº IX, sede Lima, cuyo detalle se incluye en el Anexo II de la presente Adenda."

El ejercicio de las funciones de OSITRAN se somete a la normatividad así como a lo dispuesto por el Contrato de Concesión. El correcto análisis de las cláusulas de un Contrato de Concesión se efectúa de manera sistemática y no aislada. Ante el cambio en una de sus cláusulas que repercutan directamente en otras, lo lógicamente razonable es la modificación de las cláusulas directamente relacionadas con las propuestas de modificatoria, aunque no hayan sido explícitamente solicitadas, pero que finalmente hacen viable la propuesta solicitada por el Concesionario, en aras de la equidad entre las partes contractuales y el bienestar social;

La opinión técnica contenida en el Informe N° 014-GS-GRE-GAL-OSITRAN, señala que la solicitud de modificación del Anexo 2 encuentra su origen en el Proyecto elaborado por EMAPE: "Proyecto de Mejoramiento de la Geometría Vial en la Intersección de la Av. Las Torres – Carretera Central"⁸;

Se debe tener en cuenta que en el Contrato de Concesión se han establecido las circunstancias que ameritan una reducción del área matriz, entre ellas la cláusula 9.5 señala su procedencia en caso de traslado de los activos a solicitud del Concesionario;

Sin embargo, dentro del Contrato de Concesión únicamente se prevé la reducción del área matriz en caso de retiro definitivo de estaciones (cláusula 9.3) y al traslado de los activos (cláusula 9.5), no existiendo contractualmente la posibilidad de acordar una reducción de área matriz debido a cambios en la estructura vial;

A fin de incorporar la modificatoria del Anexo 2, por causas diferentes a las previstas en el Contrato de Concesión, es necesario que se incorpore el supuesto que habilite legal y contractualmente la reducción del área matriz a solicitud del Concedente ante modificaciones en la estructura de otra infraestructura;

Si bien expresamente el concesionario no ha solicitado la modificatoria de la cláusula 9.5, ella deviene en indispensable para atender su solicitud;

Según lo manifestado por el Informe N° 121-2008-MTC/25.

En consecuencia, la labor de OSITRAN al emitir su Opinión Técnica no puede circunscribirse únicamente a la constatación con las normas legales vigentes; sino a todo el marco regulatorio conformado por las normatividad y el propio Contrato de Concesión. En tal sentido, la evaluación que efectúe el regulador, así como la opinión técnica vinculante que emita debe englobar todo el marco normativo y contractual;

En efecto, lo expuesto no colisiona con los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de opiniones sobre Propuestas de modificación de Contratos de Concesión (tal como lo argumenta el concesionario); por cuanto, OSITRAN no ha excedido sus funciones y tampoco ha vulnerado el principio de modificación contractual basado en el acuerdo de partes; todo lo contrario, al incorporar su opinión sobre la modificatoria a la cláusula 9.5 ha permitido darle viabilidad legal y contractual a la propuesta de modificación del anexo 2 (planteada por el concesionario);

Al respecto, cabe tener en cuenta además que la actuación de OSITRAN en tal sentido se ha dado en el marco de aplicación de los principios de oficialidad y de inmediatez del procedimiento administrativo, que imponen a la administración la obligación de llevar a cabo, de la manera más dinámica posible, los actos que resulten convenientes para la resolución de la cuestión planteada. En todo caso, las partes están en libertad de decidir si aceptan o no tal propuesta;

Sin perjuicio de lo antes dicho, y en virtud de los alcances de la facultad con la que cuenta OSITRAN para recomendar a las partes que la modificación al contrato esté acorde con el Principio de Equilibrio que se establece en los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de opiniones sobre Propuestas de modificación de contratos de concesión, consideramos pertinente replantear los términos de la modificatoria a la cláusula 9.5, a fin de garantizar un equilibrio entre las partes contractuales. En tal sentido proponemos la siguiente redacción:

9.5 Traslado de Bienes de la Concesión. El Concesionario tiene derecho a trasladar a su costo y riesgo los activos que conforman la Infraestructura Vial Ferroviaria, para su utilización en otro sector de la misma (cambios de rieles, ampliaciones en vías auxiliares, patios de maniobras, entre otros), debiendo informar al Concedente y a OSITRAN de estos cambios con la actualización anual del Anexo 2, conforme lo previsto en el Numeral 3.6 de este Contrato.

El Concesionario también podrá, previa autorización del Concedente, modificar su costo y riesgo el trazo de algún tramo de la Línea Férrea; los bienes y/o derechos que deban ser adquiridos para efectuar esta modificación deberán pasar a propiedad o transferirse a favor del Concedente de acuerdo a lo previsto en el numeral 3.4.1. El Concesionario se obliga, en ese caso, a realizar las modificaciones en forma coordinada con las Municipalidades y otros organismos o entidades que sean competentes respecto de la modificación y/o nuevo trazo de la Línea Férrea. Las eventuales modificaciones del trazo de la Línea Férrea también deberán incorporarse dentro de la actualización anual del Anexo 2 de este Contrato, a la que se hace referencia en el numeral 3.6

En cualquiera de los supuestos previstos en este numeral, el Concesionario está obligado a realizar sus actividades en forma tal que razonablemente no interrumpa o dificulte la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario, siendo responsable de ello ante el Concedente, OSITRAN y cualquier tercero que eventualmente resultara perjudicado por el incumplimiento de esta obligación.

El Concedente podrá solicitar al Concesionario el traslado de los activos que conforman la Infraestructura Vial Ferroviaria, asumiendo los costos que dicha modificación pueda generar al Concesionario. Sólo en estos casos, las Partes podrán convenir la reducción del Área Matriz, previa opinión favorable de OSITRAN, de conformidad a lo establecido en el literal f), numeral 7.1, artículo séptimo de la Ley N° 26917 y de acuerdo al procedimiento establecido en la Cláusula 24.3 del Contrato de Concesión.

Excepcionalmente, el Concedente podrá solicitar, previa opinión técnica de OSITRAN, la devolución de secciones del área matriz si es que ésta resultan indispensables para el desarrollo de otra Infraestructura de transportes. Las devoluciones solicitadas por el Concedente no podrán alterar el desempeño de la Concesión. La modificación del área matriz deberá incorporarse dentro de la actualización anual del Anexo N° 2 de este contrato a que se hace referencia en el numeral 3.6.



Como se aprecia, a través de las modificatorias planteadas se brinda mayor seguridad y certeza a ambas partes contratantes en los procedimientos de modificatoria del área matriz de la Concesión del Ferrocarril del Centro;

Por los considerandos expuestos, corresponde declarar fundado en parte este extremo del recurso de reconsideración planteado por la concesionaria FVCA;

4.e Respecto a las obligaciones del Concesionario (Cláusula 12.5)

La cláusula de traslado de carga tributaria contenida en la propuesta de modificación, no fue objeto de modificación por parte de OSITRAN, sin embargo la obligación impuesta al MTC respecto a la remisión inmediata de la documentación proveniente de las Entidades de Administración Tributaria, fue objetada en el extremo de los plazos disponiendo un plazo de 10 días hábiles para la remisión de los referidos documentos;

Al respecto, el Concesionario manifiesta su disconformidad con el plazo establecido por OSITRAN, en su Opinión Técnica, pues a su entender atenta contra su derecho a impugnar eventualmente las **resoluciones emitidas por la Municipalidad generándole un estado de indefensión**;

Frente a las dos pretensiones planteadas, corresponde a OSITRAN ponderar los intereses en juego a fin de arribar a la solución más eficiente y justa para las partes, sobre la base de las normas existentes así como factores externos, que coadyuven a dicho fin;

Por un lado, el Código Tributario establece plazos breves para la interposición de los medios impugnatorios (reclamación, apelación); dichos plazos son perentorios y preclusivos, por tanto su no interposición dentro de los mismos origina la pérdida del derecho a impugnar y el acto administrativo adquiere la calidad de cosa decidida. Por ello, es necesario que las notificaciones sean destinadas por el MTC dentro de un plazo razonable para que el Concesionario analice la conveniencia o no de la resolución notificada y en su caso interponga los respectivos recursos dentro del plazo;

De la revisión de los plazos establecidos en las normas tributarias, si bien existen plazos extendidos: 20 días hábiles para la interposición de recursos; lo contrario sucede con los plazos de los procedimientos de

cobranza coactiva que tienen naturaleza netamente sumaria, por ejemplo, el artículo 117 del Código Tributario señala:

Artículo 117.- PROCEDIMIENTO

El Procedimiento de Cobranza Coactiva es iniciado por el Ejecutor Coactivo mediante la notificación al deudor tributario de la Resolución de Ejecución Coactiva, que contiene un mandato de cancelación de las Ordenes de Pago o Resoluciones en cobranza, dentro de siete (7) días hábiles, bajo apercibimiento de dictarse medidas cautelares o de iniciarse la ejecución forzada de las mismas, en caso que éstas ya se hubieran dictado.

La perentoriedad de los plazos del Código Tributario nos conduce a establecer que el plazo fijado inicialmente en el Informe impugnado (10 días hábiles) podría originar un estado de indefensión del administrado (FVCA), al no tener éste oportunidad para ejercer su derecho de contradicción administrativa;

Por otro lado, es pertinente señalar el itinerario de las notificaciones en mención: Inicialmente, las notificaciones se dirigen al MTC en su calidad de "Deudor Tributario"⁹ (a efectos del cambio de notificaciones, a la Administración Tributaria no le es oponible los pactos de traslado de Carga Tributaria). Como en toda Entidad, la recepción documental no reporta inmediatamente el documento recibido, sino más bien, se sigue un determinado procedimiento interno, hasta llegar al despacho del área encargada (muchas de las veces se remite al área de asesoría legal), la cual luego de apreciar la procedencia correrá traslado al Concesionario; pero al tratarse de un trámite que involucra a un elemento externo (*courrier*) el conducto regular es remisión vía mesa de partes;

En razón de lo señalado, existen argumentos suficientes para sustentar que todo este trámite documental detallado, demanda tiempo y no puede ser pasado por alto, por lo que debe ser considerado al momento de fijar un plazo razonable para las partes;

En efecto, por un lado tenemos el ejercicio oportuno del derecho de contradicción y defensa del Concesionario y por otro lado, el debido cumplimiento del trámite interno de una entidad gubernamental como el MTC. El otorgarle primacía a uno de ellos determina en gran medida, la fijación del plazo para la remisión de las notificaciones. La óptima solución ante la discrepancia esgrimida líneas arriba es mediante la

⁹ De acuerdo a la interpretación que hace la Municipalidad de Lima Metropolitana respecto de la Ordenanza Municipal N° 562, el obligado al pago de los Arbitrios Municipales es el MTC.

ponderación de los intereses y derechos en juego; en tal sentido, para considerar si efectivamente corresponde aplicar un plazo mayor o menor para la remisión de la documentación tributaria al concesionario, corresponde analizar no solo las normas tributarias en materia de plazos, sino también las circunstancias pertinentes;

Como consecuencia de todo lo antes expuesto, se considera que el plazo de 10 días hábiles señalados en la Opinión Técnica podrían eventualmente vulnerar el derecho de defensa del Concesionario, por ello es necesario disminuir el plazo a uno más razonable; sin embargo la propuesta del Concesionario (3 días hábiles) podrían no ser factibles de ser ejecutados, teniendo en cuenta el trámite documentario que toda entidad gubernamental afronta;

Por tanto, a efectos de considerar un plazo prudencial que no origine un estado de indefensión del concesionario y que no comprometa las labores del MTC, consideramos que un plazo de 5 días hábiles no lesiona los intereses de la Concesionaria y tampoco limita los itinerarios internos de tramitación del MTC. En razón a ello planteamos la siguiente redacción:

Tributos. El Concesionario no será responsable del pago de deudas tributarias vinculadas con las actividades de Enafer, o con los Bienes de la Concesión originadas antes de la Fecha de Cierre, las que son de cargo exclusivo de Enafer.
(...)

El Concesionario se obliga expresamente al pago de los arbitrios municipales que correspondan a los bienes de la Concesión, a partir de la vigencia de la presente addenda.

El Concedente se obliga a remitir al Concesionario en un plazo no mayor de 5 (cinco) días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación al Concedente por parte de la Municipalidad. toda notificación o acotación que reciba, dirigida a su nombre, respecto al pago de arbitrios municipales correspondientes a los bienes de la concesión, a fin de que éste pueda cumplir oportunamente sus obligaciones o impugnar dichos actos administrativos, dentro del plazo de ley, en caso de ser necesario.

En caso que el Concedente no cumpliera con remitir las notificaciones y/o acotaciones antes mencionadas en las condiciones señaladas en el párrafo anterior o no otorgara al



Concesionario las facultades requeridas y ello diera lugar a un estado de indefensión, las consecuencias del mismo serán asumidas por el Concedente. En ningún caso el Concesionario estará obligado a reembolsar al Concedente los pagos que éste tuviera que efectuar a causa de dicho estado de indefensión.

En tal sentido corresponde declarar fundado en parte este extremo del recurso de reconsideración presentado por el Concesionario;

4.f Respecto al modelo financiero utilizado por OSITRAN

En el escrito de Reconsideración presentado por la Empresa Concesionaria con fecha 10 de julio, se señala de forma general que algunas consideraciones tomadas en el análisis del costo financiero del modelo utilizado por OSITRAN deben ser revisadas. Por otra parte señalan que en el "análisis del Beneficio económico Financiero se contrasta el VAN del Concesionario en una situación con proyecto con el beneficio del Estado, conceptos diferentes que no resultan comparables";

A partir de dichas afirmaciones, la empresa Concesionaria concluye señalando que *"Si consideramos estas correcciones llegaremos a los 7 años solicitados"*;

En el escrito antes mencionado, no se presentan mayores elementos que sustenten las afirmaciones antes señaladas;

Es recién con el escrito presentado el 1º de agosto que la empresa concesionaria sustenta o plantea de forma explícita las observaciones al modelo utilizado por OSITRAN en el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN. En dicho escrito, la empresa Concesionaria presenta cuatro cuadros que fundamentan su "Análisis Costo – Beneficio de la Solicitud de Modificación del Contrato formulada por FCA" Los cuadros que presentó son los siguientes:

- Evaluación financiera para la Devolución del Patio y Factoría Guadalupe excluyendo la realización de la primera etapa del proyecto de Modernización de la Vía Férrea del Ferrocarril Central
- Evaluación Financiera para la ejecución de la Primera etapa del proyecto de Modernización de la Vía Férrea del Ferrocarril Central con exclusión del valor Residual de los activos fijos al término de la Concesión
- Evaluación financiera para la Devolución del Patio y Factoría Guadalupe incluyendo la realización de la primera etapa del



proyecto de Modernización de la Vía Férrea del Ferrocarril Central e incluyendo el valor Residual de los activos fijos al término de la Concesión.

- Consolidación de los resultados obtenidos en los escenarios antes indicados.

Luego de una revisión detallada de la información presentada por FVCA y de diversas reuniones de trabajo entre funcionarios de OSITRAN y de la Empresa Concesionaria, OSITRAN mediante Oficio N° 118-08-GRE-OSITRAN de fecha 22 de agosto de 2008, se solicitó a la Empresa Concesionaria precisara algunos supuestos planteados. Mediante escrito de fecha 29 de agosto de 2008, Ferrovías Central Andina absolvió dicho requerimiento;

Como se señaló anteriormente, en el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, se consideró en el flujo de caja la entrega del patio y Factoría Guadalupe y el Proyecto de Modernización en forma simultánea, de ahí que en total se recomendaba una ampliación del mecanismo de liberación por 4 años adicionales, además de un pago hasta por US\$ 2 millones a cuenta de la retribución del primer año a partir de la vigencia de la adenda;

En su escrito de Reconsideración, la Empresa Concesionaria, señala que no resulta correcto hacer una evaluación conjunta de ambos eventos (devolución del Patio y Factoría Guadalupe y Proyecto de Modernización) si no que la evaluación debería hacerse de forma independiente. En su escrito de fecha 1º de agosto de 2008, en las notas al cuadro N° 1, el Concesionario señala:

"La evaluación costo – beneficio debe efectuarse por separado, es decir enfocando de un lado el impacto de la formula de devolución del Patio y Factoría Guadalupe y de otro lado, el impacto del proyecto de Modernización de la Vía Férrea y Construcción del Túnel Transandino tal y como se planteó en nuestra solicitud del 30 de enero del 2008, empleando un criterio de compensación patrimonial"¹⁰

Al respecto, debemos señalar que en la solicitud de modificación del Contrato de Concesión, no se desprende de forma directa dicha

¹⁰ En el presente informe solo se evalúan las inversiones vinculadas a la primera etapa del "Proyecto de Modernización de la Vía Férrea y Construcción del Túnel Transandino"

afirmación, toda vez que la redacción induce a plantear una evolución conjunta. En efecto en el referido escrito se señala:

“Proyecciones Financieras:

Las proyecciones financieras han sido preparadas (...) tomando las siguientes consideraciones: (...)

- *Propone la Liberación de pago de las Retribuciones al 100% durante 7 años a partir del año 2009, para luego retomar las liberaciones de pago que nos queden, es decir un año de 50% y 10 años de 10% y luego el pago de las retribuciones al 100% hasta el final de la concesión incluyendo 5 años de ampliación de la concesión.*
- *Cabe resaltar que el proyecto de Adenda contempla 10 años de liberación de Pago de las Retribuciones debido a que tres años corresponden a la compensación por la devolución de las instalaciones del Taller Guadalupe”*

Por otra parte, en las notas del Cuadro N° 2, la Empresa Concesionaria señala:

“(...)”

3. Es decir, durante los tres primeros años la liberación del pago de Retribución Principal y la Retribución Especial se aplicaría a la cancelación del beneficio patrimonial obtenido por el Concedente al exonerarse de entregar al Concesionario un inmueble de 100,000 metros cuadrados en reemplazo del Patio y Factoría Guadalupe, así como del pago en efectivo de la compensación de US\$ 2, 000,000 por el traslado de los Bienes de la Concesión a la Estación de Chosica.

4. A partir del cuarto año, la liberación del pago de la Retribución Principal y la Retribución Especial se aplicará exclusivamente a la compensación de las inversiones realizadas en el Proyecto de Modernización de la Vía Férrea y Construcción del Túnel Trasandino. (...)”



Como se observa en los párrafos antes citados, en la propuesta inicial del Concesionario, las inversiones en la modernización de la vía férrea y sus consecuentes liberaciones se iniciarían en el año 2009 y no en el año 2011 como ha propuesto en su escrito de Reconsideración. En tanto que la compensación por la devolución anticipada del Patio y Factoría Guadalupe se daría a partir del año 2016;

Así en el recurso de reconsideración, la Empresa Concesionaria habría invertido el orden de ejecución de cada uno de los hechos (devolución del Patio y Factoría Guadalupe y Modernización de Vía Férrea), lo que implica una modificación a los términos de su solicitud de modificación del Contrato de Concesión que fuera presentada con fecha 28 de enero del 2008 y que dio origen al presente procedimiento administrativo. En el siguiente gráfico se muestra el cambio en las posiciones del Concesionario:

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Propuesta Inicial										
Reconsideración										

Modernización de la Vía FérreaDevolución Patio y Factoría Guadalupe



Modernización de la Vía Férrea



Devolución Patio y Factoría Guadalupe

La evaluación realizada por OSITRAN respetó la propuesta original del Concesionario al considerar la ejecución de las inversiones a partir del año 2009 e incluyó la devolución del Patio y Factoría Guadalupe;

En su recurso de reconsideración FVCA ha variado la pretensión que dio origen al presente procedimiento de modificación contractual, lo cual contraviene la facultad de contradicción consagrada en el Artículo 206 de la LPAG. Según dicha norma, para que un acto sea válidamente impugnado debe referirse al acto de la Administración *"que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo"*, concentrándose en sustentar el supuesto agravio;

Es preciso mencionar que las exigencias de los recursos impugnativos en sede administrativa no es una simple manifestación de un pretendido derecho a la doble instancia administrativa a favor del administrado, sino que debe existir una sustentada fundamentación en donde quede acreditada la supuesta violación o lesión de un derecho o interés en perjuicio del impugnante, a efectos que la Administración pueda revisar el



acto administrativo emitido. De lo contrario, se estarían desvirtuando la naturaleza de los recursos impugnativos;

En ese sentido, en vía de reconsideración el administrado no puede variar la pretensión que origina el procedimiento administrativo, lo cual sólo sería procedente en un nuevo procedimiento;

En virtud de tales consideraciones corresponde declarar improcedente este extremo del recurso de reconsideración;

POR LO EXPUESTO y sobre la base al análisis contenido en el Informe N° 028-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 24 de setiembre de 2008;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el extremo del Recurso de Reconsideración referente a la Modificación de la cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, sobre la Definición de Inversiones, a efectos que se considere el concepto: "Mitigación y/o remediación de pasivos ambientales".

Artículo 2°.- Declarar fundado el extremo del Recurso de Reconsideración relativo a la modificación del Anexo N° 13 del Contrato de Concesión, en lo concerniente a la ampliación del plazo para la entrega del Patio y Factoría Guadalupe, en tanto demore la obtención de las licencias y permisos necesarios para el inicio de las obras en la Estación de Chosica.

Artículo 3°.- Declarar fundado el extremo del Recurso de Reconsideración referido a la precisión para que la exigencia de la obtención del nivel de seguridad FRA III solo se entienda referida al tramo Callao - La Oroya, manteniéndose vigente el cumplimiento del nivel de Seguridad FRA II para los otros tramos que exija el Contrato de Concesión.

Artículo 4°.- Declarar fundado en parte el extremo del Recurso de Reconsideración referido a la modificación de la Cláusula 9.5 del Contrato de Concesión, respecto a la devolución y reducción del área matriz.

Artículo 5°.- Declarar fundado en parte el extremo del Recurso de Reconsideración referido a la modificación de la Cláusula 12.5, sobre obligaciones del concesionario, en lo concerniente al traslado de las

notificaciones para el pago de arbitrios municipales por parte del Concedente al Concesionario.

Artículo 5º.- Declarar improcedente el extremo del Recurso de Reconsideración relativo a la pretensión que sustenta el período de aplicación del mecanismo de liberación de pago de la retribución principal y especial para el pago de la compensación y los costos derivados de la reubicación y traslado del Taller de Reparaciones de Locomotoras y Vagones, para la modificación de la Cláusula 10.1 del Contrato de Concesión.

Artículo 6º.- Ratificar los demás extremos de la Opinión Técnica de OSITRAN, contenida en el Informe N° 014-08-GRE-GS-GAL-OSITRAN, que no han sido objeto de impugnación mediante el Recurso de Reconsideración interpuesto.

Artículo 7º.- Declarar improcedente la pretensión principal de la solicitud de Precisión Vía Interpretación, a través de la cual se pretende que OSITRAN analice nuevamente la decisión adoptada, bajo el argumento de aclarar aspectos dudosos, toda vez que un acto administrativo solo puede ser modificado en lo sustancial mediante los correspondientes recursos impugnativos.

Artículo 8º.- Declarar improcedente la pretensión accesorio de la solicitud de Precisión Vía Interpretación, en razón a que ésta debe correr la misma suerte que la pretensión principal.

Artículo 9º.- Declarar fundada la pretensión subordinada de la solicitud de Precisión Vía Interpretación, a efectos que se entienda ratificados los argumentos de FVCA en su Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo N° 1063-273-08-CD-OSITRAN.

Artículo 10º.- Disponer que la Administración encause la Solicitud de precisión vía interpretación de fecha 25 de julio 2008 y, de su Escrito complementario de fecha 01 de agosto 2008, a efectos de darle el trámite correspondiente de una nueva solicitud de FVCA para la modificación e interpretación del Contrato de Concesión, respectivamente, en virtud al Principio de impulso de Oficio establecido en el Numeral 1.3 del Artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en concordancia con los Principios de Celeridad y el de Eficacia, previstos en los Numerales 1.9 y 1.10, respectivamente, del citado cuerpo normativo; en los siguientes extremos:

- i. Interpretación de los términos "acondicionar" y "equipar", a que hace referencia el Anexo 13 del Contrato de Concesión, respecto del inmueble que sustituirá al Patio y Factoría Guadalupe.
- ii. Interpretación del término "inversiones" a efectos que se incluya en él la ampliación y ventilación de túneles y otros conceptos, dentro de la cláusula 1.1. del Contrato de Concesión.
- iii. Modificación de la Cláusula 10.1 del Contrato de Concesión, sobre el período de aplicación del mecanismo de liberación de pago de la retribución principal y especial como mecanismo de financiamiento parcial del proyecto de Modernización de la Vía Férrea del Ferrocarril del Centro, sustentado en los nuevos supuestos del Modelo Económico –Financiero, presentados con su escrito del 01 de agosto 2008.

Artículo 10º.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 028-08-GS-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa concesionaria Ferrovial Central Andina S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Artículo 11º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.



JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal N° PD16365-08