

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 010-2000-CD/OSITRAN

Lima, 11 de diciembre de 2000

VISTO:

El Recurso de Apelación interpuesto por el concesionario Ferrocarril Transandino S.A. con fecha 23 de octubre del presente año, contra la Resolución de Nº 008-2000-GG-OSITRAN que impuso a la empresa concesionaria una multa por el incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión,

CONSIDERANDO :

Que, con fecha 02 de octubre del presente año, la Gerencia General notifica a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. la Resolución Nº 008-2000-GG-OSITRAN, mediante la cual declara que dicha empresa ha incumplido la cláusula 5.2 del contrato de concesión que tiene suscrito con el Estado Peruano, al haber efectuado una deducción indebida y prohibida por el propio contrato de concesión para determinar el monto a pagar por concepto de la Retribución Especial y le impone a la empresa una sanción equivalente al uno por ciento (1%) de los Ingresos Brutos obtenidos por ella en el mes inmediatamente anterior.

Que, la empresa Ferrocarril Transandino S.A., con fecha 23 de octubre, interpone Recurso de Apelación contra dicha Resolución.

Que, la empresa concesionaria sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes fundamentos:

- a) La cláusula 5.2 establece dos obligaciones: el pago, obligación de carácter substancial y la entrega de información, obligación de carácter formal.
- b) La Resolución Nº 008-200-GG-OSITRAN establece erróneamente que la obligación es sólo una, con varias actuaciones: la presentación de la Declaración Jurada, la determinación adecuada del monto y el pago. Sin embargo es evidente que se trata de obligaciones distintas.
- c) En ese sentido, el llamado cumplimiento adecuado por OSITRAN, no nace del contrato de concesión sino de una interpretación que la entidad hace del mismo.
- d) El argumento de la División Técnica de Infraestructura Vial de que Ferrocarril Transandino S.A. no cumplió con el pago no fue recogido por la Resolución de Gerencia General. Los argumentos del incumplimiento por falta de pago entonces quedan desvirtuados en la misma resolución.
- e) Dicha Resolución establece que Ferrocarril Transandino S.A. no desvirtúa la deducción indebida y prohibida. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se imputó la infracción de incumplimiento de pago y no el haber realizado una deducción indebida y por ello los descargos no incidieron en ese aspecto.
- f) La cláusula 5.2 del contrato de concesión establece sólo dos obligaciones: el pago y presentar la documentación sustentatoria, obligaciones que fueron cumplidas por Ferrocarril Transandino S.A. La Resolución pretende

crear una nueva obligación: la determinación correcta de la retribución espeial. Esto viola el principio de legalidad, en virtud del cual quedan prohibidos la analogía y la interpretación extensiva o la utilización de métodos de integración.

- g) OSITRAN, de conformidad con la cláusula 10 del contrato de concesión debió revisar la liquidación y, en su caso, observarla, requiriendo del concesionario que pague. Si el concesionario no lo hace dentro del plazo previsto, habría incurrido en infracción.
- h) La Gerencia General considera que se puede sancionar por el posible daño que se hubiera generado en un supuesto que en el presente caso no se dio, como si el incumplimiento fuese sancionable por el simple hecho de haberse producido, sin considerar si se ocasionó un perjuicio o si hubo culpa o dolo. Sin embargo, el Reglamento de Infracciones, Sanciones y Tasas establece que OSITRAN debe imponer sanciones siguiendo el principio de objetividad, de proporcionalidad. La infracción al ser de carácter contractual y de conformidad con lo establecido en el Código Civil, sólo puede generar sanciones en caso de producir daño. El incumplimiento en este caso es un incumplimiento formal que no ha generado daño.
- i) En aplicación del principio de oportunidad -principio del derecho penal que se aplica al derecho administrativo sancionador- no debería imponerse sanción ya que el eventual daño es mínimo y ha sido reparado.
- j) La Gerencia General considera como infracción muy grave una infracción formal – determinación errónea de la retribución especial- mientras que el Reglamento de Infracciones, Sanciones y Tasas la considera una infracción leve. La Resolución expedida por la Gerencia General se basa en que incumple una condición básica del contrato y pudo causar daño, es decir, tomando en cuenta sólo dos de los cinco criterios establecidos en el Anexo IV del contrato, para la calificación de la infracción. Respecto al primer criterio, la condición sería la falta de pago. Sin embargo la propia Resolución reconoce que sí se efectuó el pago. Respecto al segundo criterio, los supuestos daños económicos no pudieron haberse generado toda vez que el monto de inversiones supera el monto a pagar por retribución.
- k) Debe tomarse en cuenta que se trata de una infracción fácilmente subsanable y, por ende, calificaría como leve.
- l) Por otro lado, el Reglamento de Infracciones otorga la facultad a OSITRAN de imponer la sanción inmediatamente inferior en caso la infracción sea subsanada, cosa que ocurrió.
- m) Finalmente los ingresos brutos sobre los cuales aplicar la sanción deben ser únicamente los relacionados con la explotación directa o indirecta de la concesión y no otros.

Que, mediante escrito de fecha 14 de noviembre, Ferrocarril Transandino S.A. solicita al Consejo Directivo se les dé la oportunidad de sustentar oralmente su posición con relación a la Resolución apelada;

Que, mediante Proveído N° 01, el Consejo Directivo fija como fecha para la realización del Informe Oral, el día miércoles 06 de diciembre a las 11:00 horas, lo cual es notificado a la empresa concesionaria el día 27 de noviembre;

Que, con fecha 06 de diciembre se presentó el doctor Jorge Velarde, en representación de Ferrocarril Transandino S.A., para informar oralmente los siguientes fundamentos:

- a) OSITRAN ha aplicado equivocadamente la Circular Nº 23, debido a que Ferrocarril Transandino S.A. sólo obtuvo la renta mínima de diez mil dólares americanos (US\$ 10,000.00) indicados en la primera liquidación y no obtuvo ingresos brutos mayores a dicho monto ni la posibilidad de deducir monto alguno. Ferrocarril Transandino no realizó ninguna deducción por gastos de mantenimiento, en consecuencia, los hechos en que se basa la Resolución son inexactos.
- b) La reliquidación obedeció al deseo de no contrariar a OSITRAN, debido a que el tema podía ser discutible. Sin embargo, ello no significó el reconocimiento de incumplimiento alguno, sino una concesión gratuita.
- c) Existe error en cuanto a la calificación de la sanción, ya que debería haber sido calificada como leve, en razón de ser fácilmente subsanable. Prueba de ello es que se subsanó con la reliquidación. En ese sentido, no puede considerarse que incumple una condición básica del contrato de concesión. Por otro lado, la falta de pago, de acuerdo al Reglamento de infracciones, Sanciones y Tasas, es una infracción grave y no muy grave, como ha sido calificada por la Resolución.
- d) La determinación del monto a pagar tiene un procedimiento especial en las cláusulas 5.4 y 10.1.5 del contrato de concesión, en el cual si hay diferencias entre las partes, éstas se canalizan a través del procedimiento de conciliación de pagos, dando lugar a una reliquidación y no a una sanción administrativa.
- e) OSITRAN ha equivocado sus procedimientos empleando la sanción cuando debió supervisar. No se ha seguido con el procedimiento establecido por el Reglamento General de Supervisión

Que, con fecha 06 de diciembre, Ferrocarril Transandino S.A. presenta un escrito ampliatorio del Recurso de Apelación, en el cual expresan lo siguiente:

- a) El Contrato de Concesión no sanciona la determinación equivocada del importe de la retribución ni la falta de pago en sí – toda vez que para tales casos se contempla únicamente la aplicación de una tasa de interés moratorio. Lo que el contrato de concesión sanciona es la doble falta, es decir, cuando se ejerce de manera inadecuada el beneficio previsto en el contrato y, a pesar de haber sido detectado y requerido, el concesionario no efectúa el pago correspondiente.
- b) Los principios de razonabilidad y legalidad que deben regir el procedimiento administrativo sancionador, han sido pasados por alto por OSITRAN.
- c) OSITRAN pretende calificar como infracción muy grave el simple hecho de no haber determinado correctamente la Retribución Especial
- d) Dentro del Derecho Administrativo Sancionador, debe regir el principio de la Culpabilidad conforme al cual debe concurrir dolo o la culpa en el autor de la infracción administrativa como requisito para imponer una sanción, es decir, debe evaluarse la intencionalidad del supuesto infractor y, en el presente caso, no hubo intención alguna de determinar un monto distinto al que consideraba OSITRAN como correcto.

Que, el contrato de concesión está integrado por el texto mismo del contrato, las bases respectivas, así como las circulares que emitió el Comité Especial en el curso del proceso de promoción de la inversión privada y los documentos y declaraciones presentados por el adjudicatario, sus integrantes o sus empresas vinculadas, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 1.2, cuarto párrafo del contrato de concesión;

Que, la Circular N° 23 de las Bases de la Licitación Pública establece: *“PREGUNTA: En el numeral 5.2 “Canon Especial” de la versión preliminar del Contrato de Concesión, no queda claro el significado y extensión del concepto “explotación de los Bienes de la Concesión (material tractivo, material rodante y equipo ferroviario concesionado)”.*

Este concepto es muy amplio y podría tener distintas implicaciones:

- a. *En el caso de que un operador preste los servicios de transporte ferroviario, el concesionario podría eventualmente arrendarle los equipos que el primero requiera, por lo tanto los ingresos brutos de la explotación de estos, se derivarán del arriendo que el concesionario cobre al operador por la utilización de los equipos. Esto quiere decir que el canon especial, ¿se calculará a partir de estos ingresos brutos provenientes del arriendo de los equipos? ¿Si en el trato incluye el mantenimiento de los equipos por parte del concesionario, éste costo no se podrá rebajar de los ingresos brutos y debería contemplarse en un contrato diferente?*

(...)

Estas dos situaciones presentan diferencias en la magnitud del ingreso bruto derivado de la Explotación de los bienes de la concesión, y por ende se producirá una diferencia en el monto que el concesionario deberá pagar a ENAFER por concepto de canon especial, produciéndose una incertidumbre sobre cuál será la base de aplicación del canon especial.

(...)

RESPUESTA: a) De acuerdo al numeral 5.2 del Contrato de Concesión, el canon especial se calcula sobre todos los ingresos obtenidos por la explotación de los Bienes detallados en el Anexo N° 3 del contrato. En tal sentido, no se admitirán descuentos por gastos de mantenimiento o de algún otro concepto vinculado con la explotación de dichos bienes (...)

Que, en el caso materia de la presente apelación, el argumento principal del concesionario consiste en que no se presentó un incumplimiento contractual sino únicamente un error en el cálculo de la liquidación y pago de la retribución especial;

Que, no es posible acoger el argumento esgrimido por el apelante, puesto que estamos ante una deducción prohibida por el contrato de manera expresa y no ante un error de cálculo en las liquidaciones de la retribución especial;

Que, con relación al argumento de la inexistencia de daño, debe considerarse que el daño no se produjo debido a la acción oportuna de Ositran que obligó a efectuar una reliquidación;

Que, respecto al argumento de que estaríamos ante hechos fácilmente subsanables, debe considerarse que la subsanación es el mejor instrumento de supervisión con que cuenta el organismo regulador, puesto que corrige los problemas sin generar mayores costos. Sin embargo, debe precisarse que la misma sólo puede presentarse cuando se trata de hechos en los que cabe una distinta interpretación de las obligaciones contractuales de las partes o cuando las obligaciones materia del incumplimiento son de carácter accesorio;

Que, en el caso planteado estamos ante una regla contractual contenida en la Circular N° 23 y que, por responder a una pregunta específica de uno de los postores es absolutamente clara respecto al impedimento de efectuar deducciones por mantenimiento o de algún otro concepto vinculado con la explotación de dichos bienes;

Que, en cuanto al carácter sustantivo de la obligación incumplida, no cabe duda para este cuerpo colegiado, que el pago de la retribución especial y la forma de cálculo de la misma establecida en el propio contrato, constituye la principal contraprestación a cargo del concesionario, razón por la cual no puede ser considerada una obligación accesorio;

Que, a pesar de lo expuesto en los considerandos precedentes, la Gerencia General, en la resolución materia de apelación, consideró como causal atenuante el hecho de que la subsanación hubiera sido efectuada por el concesionario, razón por la cual se impuso la sanción correspondiente a una falta grave y no a una falta muy grave, tal como lo recomendó la División Técnica respectiva y como corresponde al incumplimiento de una obligación contractual sustantiva;

Que, la multa establecida debe aplicarse sobre todos los ingresos brutos del mes anterior percibidos por la empresa concesionaria debido a que en el Anexo 9 no se establece distinción alguna respecto de la base sobre la cual aplicar la penalidad;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del día martes 12 de diciembre de 2000;

SE RESUELVE :

Artículo Primero: Confirmar lo dispuesto en la Resolución N° 008-2000-GG-OSITRAN.

Artículo Segundo.- Exigir el cumplimiento de la cláusula 5.2 del contrato de concesión y el pago de la multa impuesta por la Gerencia General.

Artículo Tercero.- Poner en conocimiento del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción la presente Resolución, en su calidad de Concedente en el Contrato de Concesión.

Artículo Cuarto.- Encargar a la Gerencia General adoptar las acciones necesarias para hacer cumplir lo dispuesto en la presente Resolución.

Notifíquese y archívese.

LEONIE ROCA VOTO-BERNALES
Vice Presidenta