

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 001-2001-GG-OSITRAN

Lima, 21 de febrero de 2001

**PROCEDIMIENTO DE OFICIO
EXPEDIENTE Nº 001-2001-GG-OSITRAN
CUMPLIMIENTO DE LA CLAUSULA 5.1º DEL CONTRATO DE CONCESION
CORRESPONDIENTE AL FERROCARRIL DEL SUR Y SUR ORIENTE
FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.**

La Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN:

VISTOS:

El informe Nº 16-2000-DTIV/OSITRAN de fecha 20 de diciembre del 2000 debidamente notificado a la empresa concesionaria por carta No. 116-00-GG-OSITRAN con fecha 26 de diciembre del 2000 de diciembre del 2000, mediante el cual el Jefe de la División Técnica de Infraestructura Vial pone en conocimiento de la Gerencia General que detectó el incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 5.1 del contrato por FETRANS, recomendando la imposición de una sanción;

El escrito Nº 1 de fecha 10 de enero del 2001 mediante el cual FETRANS formula sus descargos al informe antes mencionado; y,

El escrito Nº 2 de fecha 15 de enero del 2001 mediante el cual FETRANS amplía sus descargos y presenta documentos probatorios adicionales; y

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, corresponde a OSITRAN, velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte para lo cual, cuenta con la atribución fiscalizadora que comprende la potestad de imponer sanciones a las entidades prestadoras que explotan la infraestructura de transporte de uso público por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión;

Que, el literal a) del artículo 7.1º de la ley mencionada establece como función de OSITRAN administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito;

Que, el literal c) del artículo 7.1º de la ley mencionada establece como función de OSITRAN adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas;

Que, asimismo, el numeral 17.3º del contrato de concesión correspondiente al Ferrocarril del Sur y Sur Oriente suscrito por la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. con el Estado Peruano, establece que OSITRAN también se encuentra facultado para imponer al Concesionario las multas o sanciones que corresponda, conforme a este Contrato, sin perjuicio de aquellas que correspondan según las Leyes Aplicables;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN se aprobó el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN;

Que, en el Título III del referido Reglamento se contempla el procedimiento administrativo sancionador y se determina como órganos competentes para imponer sanciones en primera instancia a la Gerencia General de OSITRAN y a los Cuerpos Colegiados de OSITRAN en aquellas controversias que le correspondan resolver;

Que, a mayor abundamiento, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los servicios Públicos, ratifica la facultad del OSITRAN para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas y para imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en sus respectivos contratos de concesión;

Que, en el presente caso, mediante el Informe de VISTOS se da cuenta de las labores realizadas por la División Técnica de Infraestructura Vial en lo concerniente al cumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión suscrito por la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. con el Estado Peruano:

Que, la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión mencionado establece lo siguiente:

“Retribución Principal. El Concesionario está obligado al pago de la Retribución Principal la misma que equivale al porcentaje de Ingresos Brutos propuesto en su Oferta Económica, la que en copia legalizada notarialmente se incorpora como Anexo No. 5 de este Contrato, Para efectos de la Retribución Principal no se considera en la base de cálculo a los ingresos que provengan de la explotación del Material Tractivo y/o Material Rodante incluido en el Anexo No. 3 ni el Impuesto General a las Ventas.

La Retribución Principal deberá pagarse al Concedente por año vencido, el veinte de enero o el siguiente Día Hábil; de no efectuarse el pago y sin perjuicio de lo previsto en los numerales 20.2 y 20.3 de este Contrato, el Concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente a favor del Concedente el interés compensatorio que resulte de aplicar la tasa activa de mercado promedio ponderado efectiva (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros, a la suma pendiente de pago y hasta su efectiva cancelación. El primer pago de la Retribución Principal comprenderá los meses transcurridos desde la fecha de cierre hasta el 31 de diciembre del mismo año de la Fecha de Cierre.

Para efectos de este pago el Concesionario deberá actualizar mes a mes sus Ingresos Brutos, según las normas vigentes para el ajuste de estados financieros por inflación para efectos de contables. El Concesionario se obliga a realizar dicho pago adjuntando un balance y estados financieros no auditados en los que se identifique en detalle sus Ingresos Brutos y la base sobre la que se ha calculado la Retribución Principal.

La Retribución Principal deberá pagarse hasta la fecha en que el Concesionario efectivamente devuelva los Bienes de la Concesión al Concedente. En caso que la devolución de los Bienes de la Concesión no coincidiera con el fin de un Año Calendario, el pago de la Retribución Principal por este último período deberá comprender los ingresos percibidos desde el primero de enero del año en que se devuelven dichos Bienes hasta la fecha de su devolución y dicho pago deberá efectuarse en la fecha de devolución de los Bienes de la Concesión.”

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula citada, por carta de fecha 20 de enero del 2000, la empresa concesionaria Ferrocarril Trasandino S.A., presentó la liquidación

de la Retribución Principal del período comprendido entre el 21 de septiembre y el 31 de diciembre de 1999;

Que, en dicha comunicación se señaló que la Retribución Principal a pagar ascendió a S/.3'830,225.00 (TRES MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES) que equivale al 37.25% de los ingresos brutos reportados como S/.10'282,483.00 (DIEZ MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES Y 00/100 NUEVOS SOLES). De acuerdo al Estado de Ganancias y Pérdidas, dichos ingresos brutos se componen de S/.10'231,076.00 (DIEZ MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y UN MIL SETENTA Y SEIS Y 00/100 NUEVOS SOLES) por acceso a la vía y S/.51,407.00 (CINCUENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SIETE Y 00/100 NUEVOS SOLES). Asimismo, en la referida comunicación FETRANS señaló que dejaría de pagar la totalidad de la retribución principal determinada durante el referido período, en atención a que las inversiones realizadas por ella en la rehabilitación y mantenimiento de la Línea Férrea en el mismo período, ascendieron a S/.5'870,685.00 (CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES).

Que, por Carta No. 066-2000-DTIV-OSITRAN, remitida el 24 de mayo del 2000, la DTIV solicitó a FETRANS que explique la diferencia entre los ingresos por acceso a la vía registrados en los Estados Financieros y aquellos resultantes de aplicar las tarifas de acceso al tráfico de Km-Vagón que la misma empresa informara en su oportunidad.

Que, por Carta No. 079-2000/FETRANS S.A., recibida el 31 de mayo del 2000, el concesionario brinda las explicaciones solicitadas en la comunicación del párrafo anterior, mencionando que la información de tráfico enviada a OSITRAN contenía un error, por parte de ellos, metodológico y de interpretación, los cuales, una vez corregidos, no deberían presentar ninguna diferencia.

Que, por Carta No. 075-00-DTIV-OSITRAN, remitida con fecha 5 de junio del 2000, la DTIV solicita a FETRANS que remita la información de tráfico km-vagón en la forma y medios indicados oportunamente. Adicionalmente, se solicita una nueva liquidación de la Retribución Principal que incluya los ingresos financieros conforme lo establecido en la Circular No. 21, en la base de cálculo de la misma y se le indica que dicha liquidación deberá considerar cualquier regularización derivada del tráfico informado, en caso que fuera aplicable.

Que, por carta No. 092-2000-DTIV-OSITRAN de fecha 10 de agosto del 2000, la DTIV solicita que FETRANS efectúe un nuevo cálculo de la Retribución Principal en un plazo no mayor a cinco días útiles, en el cual se incluyan los siguientes conceptos:

- a) Ingresos financieros por S/.99,563.82, regularización previamente solicitada a través de la carta No. 075-00-DTIV-OSITRAN mencionada en el párrafo anterior.
- b) Ingresos excepcionales por S/.1'455,995.46.
- c) Ingresos diversos por S/.430.46.
- d) Ingresos no facturados por un monto aproximado de S/.174,258.00; correspondientes a un mayor tráfico Km/Vagón.

Que, por Carta No. 110-2000/FETRANS S.A., recibida con fecha 18 de agosto del 2000, FETRANS afirma que la definición de la base de cálculo para determinar la Retribución Principal debe sustentarse en lo establecido contractualmente en la cláusula 9ª "Derechos del Concesionario", numeral 9.1:

"Ingresos: El Concesionario tiene derecho a percibir en propiedad los ingresos que reciba por concepto de tarifas, subcontrataciones, prestación de Servicios Complementarios y cualquier otro relacionado con la explotación directa o indirecta de la Concesión".

Que, al amparo de dicha definición y en la misma comunicación, FETRANS afirma lo siguiente:

- a) Los ingresos financieros de S/.99,563.82 se componen de S/.98,145.11 correspondientes a Ganancia por Diferencia de Cambio y S/.1,418.71 por intereses sobre depósitos. Asimismo, FETRANS manifiesta que el primero de los componentes “no se actualiza” por inflación y es transferido a la cuenta de Resultado por Exposición a la Inflación (REI), y por lo tanto, no forma parte de los ingresos financieros y no deberían incluirse en la base de cálculo de la Retribución.
- b) En los ingresos excepcionales por S/.1'455,995.46 se incluyen S/.727,335.00 que corresponden a un ajuste de gastos pre-operativos por servicios de consultoría de la empresa BDO y gastos legales relacionados con la concesión. FETRANS afirma que, inicialmente, esta operación se registró abonando directamente a la cuenta de resultados y que se trata de *“una errada operación de registro contable que considera como ingresos sumas que no lo son”*.

El segundo componente de los ingresos excepcionales alcanza a S/.728,660.46 y proviene de una venta de activos (suministros y activos fijos) que FETRANS efectuó a la empresa MEVIASUR S.A.C., FETRANS declara que dichos bienes son de *“exclusiva propiedad”* de la empresa y que los ingresos *“no se hallan considerados dentro de los alcances y definiciones contenidos en el artículo 9.1º del Contrato de Concesión, la Circular Nº 21 de la Cepri –ENAFER S.A., la cláusula 5.1º del Contrato de Concesión, ni en el Anexo Nº 5 del Contrato de Concesión continente de nuestra Carta de Presentación de Oferta Económica”* debido a que *“la venta efectuada no se produce en relación directa o indirecta, o con ocasión de actividad vinculada a la concesión”* y por lo tanto, no corresponde considerar estos ingresos para el cálculo de la Retribución Principal.

- c) Los ingresos diversos por S/.430.46 provienen de *“una diferencia generada por redondeos derivados de los pagos de planillas laborales”* y *“no se trata de un ingreso sino de una regularización contable”*.
- d) En cuanto a los ingresos no facturados por un mayor tráfico Km/Vagón, FETRANS manifiesta que *“la omisión involuntaria de información se debió a que al efectuarse la liquidación de la Retribución Especial, no se incluyó el recorrido de la carga internacional”* y que deben *“proceder a reliquidar la Retribución Principal agregando a las cifras entregadas por este concepto en el mes de marzo la suma total de US\$79,745”*.

Que, por carta No. 100-2000-DTIV de 23 de agosto del 2000, la DTIV invitó a FETRANS a una reunión para tratar los conceptos enunciados en su carta No. 110-2000-FETRANS S.A.

Que, dicha reunión se llevó a cabo el día 4 de septiembre del 2000 y se acordó lo siguiente:

El registro de ingresos extraordinarios por S/.727,335,00 que corresponden a una errada operación de registro contable al tratarse de una regularización por un ajuste de gastos pre – operativos, no forma parte de la base de cálculo para la Retribución Principal, sin embargo FETRANS debe remitir los respectivos asientos contables a la referida operación, acompañados de una explicación por parte de su empresa auditora.

Que, el 30 de octubre del 2000, FETRANS envió la comunicación 149-2000/FETRANS S.A. adjuntando copias simples de reportes contables donde muestran el registro de S/.727,335.00 en las cuentas intangibles e Ingresos Extraordinarios y un monto menor en la partida de gastos. Asimismo, a dicha comunicación se adjunta una fotocopia simple de los asientos contables correspondientes a los S/.430.46 por ajuste de redondeo de las planillas que se encuentran registrados como ingresos diversos.

Que, con la Comunicación No. 155-2000/FETRANS S.A., de fecha 8 de noviembre del 2000, FETRANS adjunta fotocopia de las facturas No. 001-0001031 y No. 001-0001032 cuyos montos, excluyendo el I.G.V., ascienden a US\$52,969.50 y US \$26,775.90; respectivamente, manifestando que *“son correspondientes a la regularización de derecho de acceso a la vía férrea relacionada al transporte de carga internacional por los períodos setiembre a diciembre de 1999 y de enero a marzo del 2000 respectivamente”*.

Que, por comunicación No. 156-2000/FETRANS S.A. del 9 de noviembre del 2000, FETRANS informa sobre la reliquidación de la Retribución Principal incrementándola, con respecto a su liquidación inicial de S/. 3'830,225.00 a S/.3'900,159.20 debido a que la nueva base de cálculo incluye S/.189,894.00 correspondientes a ingresos no facturados del ejercicio 1999 y además S/.1,849.00 debido a ingresos por intereses sobre depósitos.

Que, conforme lo expuesto FETRANS ha cumplido con subsanar las omisiones incurridas con relación a los ingresos por uso de vía y a los ingresos financieros por intereses sobre depósitos, sin embargo, se mantuvo la situación de incumplimiento con relación a los otros conceptos.

Que, teniendo en consideración lo dispuesto en la cláusula 5.1º del Contrato de Concesión y lo dispuesto en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN que recogen el principio de No Convalidación y Obligación de cese que disponen que el cese en la verificación de la infracción no sustrae la materia sancionable, la División Técnica de Infraestructura Vial emitió el Informe de Vistos considerando que existía un incumplimiento de la obligación contractual establecida en la cláusula 5.1º del Contrato, al haber presentado la empresa concesionaria el 20 de enero del 2000 una liquidación de Retribución Principal con un monto inferior al que debió de presentar en dicha oportunidad como consecuencia de no haber incluido algunos conceptos que debían considerarse obligatoriamente de acuerdo al Contrato de Concesión, considerándola como Infracción Muy Grave y por lo tanto recomendaba la imposición de una sanción equivalente al 5% del Ingresos Bruto del mes anterior obtenidos por la empresa de conformidad con lo dispuesto en el Anexo N° 9 del Contrato;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN la Gerencia General mediante Carta No. 116-00-GG-OSITRAN de fecha 26 de diciembre del 2000 y notificada en la fecha, puso en conocimiento de la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. el informe de VISTOS para que emita los descargos que estime convenientes:

Que, en atención a ello, por escrito No. 1 de fecha 10 de enero del 2001, la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. remite sus descargos y fundamenta los mismos de la siguiente manera:

1. La cláusula 17 del Contrato de Concesión establece la supervisión del Contrato por OSITRAN siguiendo las normas del Reglamento General de Supervisión (RGS) al no haber un procedimiento establecido en el contrato. Esa es la labor que debe desarrollar la DTIV y no el procedimiento administrativo sancionador.
OSITRAN debe cumplir con su misión de cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses de los inversionistas (art. 3º de Ley 26917), y la gerencia debe requerir el cumplimiento en razón de estar así establecido en diversas cláusulas del contrato el derecho de subsanación del concesionario, y sólo iniciar el procedimiento administrativo sancionador cuando, pedida la rectificación a que alude el segundo párrafo del art. 27º del RGS, el concesionario persista en el incumplimiento.
La razón, la equidad y el derecho (art. 27º del RGS) llevan a que previamente la inicio del procedimiento sancionador, la gerencia otorgue al concesionario un plazo prudente para que subsane cualquier incumplimiento, bajo apercibimiento de iniciar el procedimiento sancionador.
El procedimiento sancionador es el último estadio de la labor de supervisión y sólo si el concesionario persiste en el incumplimiento de sus obligaciones. Si el artículo 27º del RGS confiere a la gerencia la prerrogativa de otorgar un plazo para subsanar el incumplimiento, es para que haga ejercicio de esta prerrogativa con equidad y sólo denegar dicho plazo

cuando tenga evidencia de que exista dolo, pero no si se trata de errores involuntarios o interpretaciones divergentes.

En consecuencia, se ha desnaturalizado el procedimiento administrativo de supervisión al ceñirse la actividad de OSITRAN al procedimiento administrativo sancionador. Ello vicia de nulidad el procedimiento al no aplicar el reglamento de supervisión.

2. Las discrepancias sobre la interpretación del contrato entre el Concesionario y la División Técnica de Infraestructura Vial no pueden ser consideradas por OSITRAN como incumplimiento contractual. La DTIV parece no admitir interpretación válida distinta a la suya y está guiada por un propósito sancionador. Las discrepancias sobre la recta interpretación del contrato serán determinadas en arbitraje de derecho seguido entre las partes y en tanto ello no ocurra, OSITRAN debiera asumir una posición prudente y acorde con su misión y no alegar incumplimientos basados en interpretaciones equivocadas con un propósito sancionador.

3. La División Técnica de Infraestructura Vial sostiene en su Informe que en la cláusula 5.1 hay tres obligaciones que dan lugar a incumplimiento contractual y a sanción, y que basta que OSITRAN considere que la liquidación no sea “adecuada” para que la liberación de pago no opere y se produzca la falta de pago y proceda la sanción.

Consideramos que esa posición es incorrecta y la única sanción establecida en esa cláusula contractual es en caso de no pago oportuno de la retribución principal. Además, consideramos que el no pago oportuno únicamente puede darse cuando no existan inversiones en la línea férrea en exceso del monto que en definitiva corresponda por concepto de retribución principal.

La DTIV también sostiene en su Informe que el pago de la retribución principal se puede efectuar cancelando su importe o mediante el mecanismo de liberación de pagos, peor en cualquiera de ambas formas se hace el pago. Es decir, esa División curiosa y equivocadamente sostiene que se puede realizar el pago no pagando, cuando lo cierto es que si existen inversiones por montos mayores que el correspondiente a la retribución principal y el concesionario ejerce el derecho que le confiere la cláusula 10.1.1, simplemente no se realiza pago alguno (se deja de pagar), es decir, desaparece la obligación de pago de la retribución pues esas Inversiones liberan al concesionario de pagarla.

En consecuencia, existiendo inversiones que exceden el monto de la retribución principal (cualquiera que sea en definitiva el monto correcto), independientemente de si fueron bien hechas (“adecuadas” o no) las liquidaciones del concesionario o correcta la calificación de los Ingresos Brutos, no existe obligación de pago de esa retribución ni de intereses. Al no existir esa obligación de pago, no cabe sanción alguna pues ella está exclusivamente prevista en la cláusula 5.1 del contrato para el caso de no efectuarse el pago oportuno. Por ello, la incorrecta determinación de la retribución no está tipificada ni en el contrato ni en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, por lo que no cabe imposición de sanción.

Adicionalmente, la determinación del monto a pagar tiene un procedimiento especial de conciliación de pagos, previsto en las cláusulas 5.4 y 10.1.5 del contrato de concesión. Las diferencias entre las partes o los reparos de la supervisión sobre la determinación de la retribución se canalizan por dicho procedimiento de conciliación de pagos. Hecha la conciliación, el efecto de la incorrecta determinación de la retribución conlleva una reliquidación más intereses y la actualización por inflación sólo si hay lugar a pago de retribución (que no es el caso), más no importa el incumplimiento del contrato ni da lugar a sanción administrativa. El incumplimiento se da si agotado el procedimiento contractual y requerido el concesionario para el pago, éste no lo realiza en el plazo debido.

4. Los ingresos están definidos en la cláusula 9.1 del contrato de concesión como aquellos que reciba el concesionario por “tarifas”, subcontrataciones, prestación de Servicios Complementarios y **cualquier otro relacionado con la explotación directa o indirecta de la Concesión**”.

La referencia en la Circular No. 21 a Ingresos Brutos como “cualquier ingreso del Concesionario con ocasión de sus actividades vinculadas al Contrato de Concesión” es hecha dentro del contexto de la definición de Ingresos Brutos contenida en el contrato. De allí que deba integrarse lo referido en esa Circular con la definición de la cláusula 9.1, teniendo presente las reglas de interpretación contenidas en la cláusula 1.2, según las cuales prevalece el contrato sobre las circulares. Así se colige que en todos los casos, los Ingresos brutos forzosamente deben derivar de una actividad de explotación de la

concesión. Todos los conceptos enunciados en la cláusula 9.1 y en la Circular 21 aluden a una explotación directa o indirecta de la concesión. En consecuencia, cualquier ingreso que no provenga de la explotación de la concesión no constituye base de cálculo para el pago de la retribución principal. Este es el caso, entre otros, del precio de los bienes adquiridos de ENAFER y de los ingresos financieros que no deriven de la explotación de la concesión.

Venta de bienes adquiridos a ENAFER: La adquisición de bienes a ENAFER importó una compra compulsiva exigida por las bases de la concesión. El único compromiso del concesionario fue comprar esos bienes, quedando librado a su sola decisión la utilización o disposición de dichos bienes. En el presente caso, el concesionario no afectó dichos bienes a la explotación de la concesión, es decir, jamás fueron accesorios de la concesión, habiéndolos mantenidos como existencias mientras intentó venderlos y hasta que dispuso de ellos a título oneroso. En definitiva, el concesionario sustituyó un activo por otro. No explotó ese activo.

OSITRAN deberá tener presente que es la explotación de los bienes de la concesión lo que da lugar al pago de la retribución al Estado. En efecto, la justificación de la existencia de una retribución a favor del concedente no es otra que la explotación que de la concesión y de sus bienes realiza el concesionario. Al sustituir un activo por otro, no se produce acto de explotación alguno por el cual el concedente deba ser retribuido, sino enajenación del activo sustituido, por lo que no se justifica el pago de dicha retribución.

Así, el compromiso contenido en el Anexo No. 5 del contrato de concesión alude al pago de un porcentaje “de los Ingresos Brutos que obtengamos de la Concesión por este ferrocarril”. Los bienes adquiridos de ENAFER no formaron parte de los Bienes de la Concesión, por lo que su venta importa un ingreso no obtenido de la explotación de la Concesión. El texto citado alude a los ingresos por la explotación del ferrocarril. La voz “explotación” es definida como la “acción y efecto de explotar” y ese último término es definido como “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”. La venta de esos bienes no produjo utilidad alguna sino pérdida, tal como consta de los estados financieros.

Por otro lado, la Circular 52, en su último párrafo, reconoce que los bienes adquiridos de ENAFER no forman parte de la concesión, al permitir al concesionario utilizarlos como Inversiones y en el mecanismo de liberación de pagos contenido en la cláusula 10.1 del contrato. Las inversiones por definición del contrato son “recursos del concesionario”, es decir bienes de absoluto dominio y disposición del concesionario y que éste puede o no incorporar a la concesión, a su sola decisión. Ello demuestra que los bienes adquiridos de ENAFER no formaban parte de la concesión ni estaban directamente vinculados a la operación ferroviaria, como sostiene equivocadamente el informe de OSITRAN; pues, de haber sido así, no se habrían calificado como inversiones ni conferido al concesionario el derecho de utilizarlos para efectos del mecanismo de liberación de pago de la retribución al concedente. Por el contrario, OSITRAN pretende penalizar al concesionario injusta y doblemente. En primer término, al disponer de esos bienes, el concesionario dejó de utilizarlos como inversiones y no se benefició del mecanismo de liberación de pagos. En segundo término, al incorporar su sustitución por otro activo en el cálculo de la retribución. Ganancia por diferencia de cambio.- Los ingresos financieros a que alude la Circular No. 21 son los derivados de las operaciones que realiza el concesionario en sus actividades de explotación de la concesión, tales como el financiamiento que pueda otorgar a sus clientes, tales como operadores de transporte ferroviario o locatarios de servicios complementarios. Sin embargo, los Ingresos percibidos por la explotación de la concesión son los únicos afectos al cálculo de la retribución principal. Aquellos ingresos financieros generados por los Ingresos ya afectos a la retribución principal ya son ajenos a la explotación de la concesión y, por tanto, no afectos a la retribución principal. De lo contrario se penalizaría doblemente al concesionario y se desnaturalizaría el principio y justificación de la retribución al concedente, cual es la derivada de la explotación de la concesión y de sus bienes. Los bienes del concesionario, tales como sus recursos en bancos, no son del concedente y la explotación de ellos no da lugar a retribución del Estado.

La diferencia de cambio aludida no constituye ingreso según la cláusula 9.1 pues no corresponde a la percepción efectiva de suma alguna por cuanto no guarda relación con la explotación de la concesión. Además, la diferencia de cambio no se ajusta por inflación, a diferencia de los Ingresos Brutos que sirven de cálculo para la retribución principal según la cláusula 5.1 del contrato. Tampoco forma parte de los ingresos financieros según las normas internacionales de contabilidad que forman parte del ordenamiento legal nacional.

Además, la Resolución CONASEV 006-84 a que alude el informe de la División Técnica, ha sido superada por las normas internacionales de contabilidad y no es aplicable al concesionario, tal y conforme lo acredita el informe de fecha 4 de enero del 2001 preparado por la firma de auditores BDO. Dicho informe también sustenta la improcedencia de los demás reparos formulados por la DTIV.

5. La División Técnica pretende incluir como base de cálculo de la retribución principal diversos egresos y a pesar de haber demostrado que son egresos los incluye, alegando que el concesionario no ha demostrado fehacientemente (por no presentar firma del contador sino del representante legal) que no sean ingresos. El informe adjunto de los auditores externos, la firma BDO, certifica que se trata de egresos y que no constituyen ingresos.
 - 5.1. Los gastos pre-operativos equivocadamente se consideraron ingresos excepcionales pero luego se activaron para ser amortizados en el tiempo por estar relacionados con la generación de ingresos futuros.
 - 5.2. Los gastos de planillas no son ingresos. Si se retiró una cifra global para pago de planillas y resultó exceder en S/.430,46 al importe que efectivamente se pagó por esas planillas, el retorno de ese saldo no utilizado a la cuenta de la sociedad no constituye ingreso alguno sino el retorno de parte de los fondos no utilizados a su lugar de origen.
6. La DTIV sostiene equivocadamente que la no adecuada determinación del monto a pagar por concepto de la retribución principal y el no acreditar fehacientemente determinadas operaciones constituye incumplimiento de la cláusula 5.1, para concluir que el concesionario ha incumplido la cláusula que contiene la obligación de pago de la retribución. Agrega que ello califica como infracción muy grave por cuanto el pago de la retribución constituye una condición básica del contrato y recomienda que la imposición de una sanción sea equivalente al 5% del ingreso bruto del mes anterior, sin perjuicio de una actualización y cobro e intereses moratorios.

Esa conclusión y la recomendación no tiene sustento racional ni legal alguno:

 - a) Como no se puede afirmar la falta de pago, el informe alude al incumplimiento de la cláusula que contiene la obligación de pago. La única obligación susceptible de incumplimiento y de sanción en la cláusula 5.1 es la falta de pago de la retribución. Únicamente la falta de pago de la retribución puede dar lugar a la imposición de una sanción. Ello fluye del texto expreso de la cláusula 5.1 del contrato.
 - b) En este caso, no existe obligación de pago pues el concesionario hizo uso del derecho conferido en la cláusula 10.1 del contrato. En consecuencia, si no hay obligación de pago, no hay falta de pago ni incumplimiento de la cláusula 5.1 ni, mucho menos, el pretendido ajuste de actualización e intereses. Si la obligación de pago es cero, el ajuste es cero y los intereses son cero. Así de simple.
 - c) Al no haber falta de pago, no cabe aplicación de sanción alguna.
 - d) La falta de pago de la retribución no está prevista expresamente como infracción en el Anexo 9 del Contrato, por lo que en tal hipótesis (que no se da en el presente caso) resultaría de aplicación el artículo 40 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aplicable supletoriamente según el artículo 3 de dicho Reglamento. Dicha norma establece que el incumplimiento "de pago de las retribuciones por el derecho de concesión estipuladas en sus respectivos contratos" da lugar a infracción grave. Ello demuestra que la DTIV persiste en el error al sugerir la calificación de un incumplimiento inexistente como infracción de una categoría más alta a la que verdaderamente correspondería si hubiese habido incumplimiento.

Solicita finalmente que en atención a sus descargos se archive el expediente.

Ofrece como medio probatorio el informe de los auditores externos de la sociedad, la firma BDO.

Que, por escrito No. 2 de fecha 15 de enero del 2001, FETRANS cumple con recaudar documentos contables debidamente legalizados por notario y firmados por la contadora general de la empresa, para acreditar los siguiente conceptos:

1. Gastos Pre operativos: Los documentos sustentan el registro contable de gastos pre operativos por la suma de S/.727 335,00, así como identificar con claridad las fuentes que originan dicha cifra. Dicha documentación fue presentada durante el procedimiento de fiscalización mediante copias simples. Con esta instrumental,

FETRANS considera acreditado el hecho que los gastos pre operativos no eran ingresos sino gastos.

2. Redondeo para pago de haberes: Los documentos sustentan fehacientemente que la suma de S/.430,36 no corresponde a ingresos de la concesión, sino al simple redondeo en el pago de haberes, por lo que en modo alguno puede considerarse dicho concepto para determinar un supuesto incumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión. Dicha documentación fue presentada durante el procedimiento de fiscalización mediante copias simples.

Finalmente, señalan que OSITRAN carece de sustento legal para atribuir un incumplimiento contractual por el simple hecho que la documentación entregada por nuestra empresa estaba conformada por copias simples y no por copias legalizadas notarialmente. En ese sentido el Informe supone en sí mismo un incumplimiento al principio de veracidad y de lo dispuesto por el artículo 32º de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757.

En atención a lo señalado, reiteran su solicitud de que se deje sin efecto el procedimiento administrativo sancionador y se archive el expediente.

Que, corresponde a la Gerencia General determinar lo siguiente:

- i. Si corresponde declarar nulo todo lo actuado en atención a que el procedimiento administrativo sancionador no era aplicable sino el procedimiento general de supervisión.
- ii. Si las discrepancias sobre la interpretación del contrato eximen al concesionario de cumplir sus obligaciones.
- iii. Si la única obligación sujeta a sanción que contempla el numeral 5.1 del contrato de concesión es la falta de pago de la retribución principal, o si la tipificación de las infracciones por parte de la DTIV fue correcta y corresponde requerir el cumplimiento de la cláusula 5.1.
- iv. Si el ingreso de la venta de los bienes adquiridos a Enafer pueden considerarse como ingreso bruto gravados con la retribución principal.
- v. Si el ingreso por la diferencia en cambio puede considerarse como ingreso bruto gravado con la retribución principal.
- vi. Si procede la inclusión de egresos en el cálculo de la retribución principal al no haberse acreditado fehacientemente el registro incorrecto de los gastos pre-operativos y los gastos de planillas.
- vii. Si resulta correcta la calificación de la infracción como muy grave y la imposición de una multa de 5% de los ingresos brutos del mes anterior.

Que, antes de analizar la nulidad del procedimiento señalada en el acápite i), corresponde estudiar la naturaleza del procedimiento de supervisión y las diferencias que tiene con el proceso administrativo sancionador.

Que la exposición de motivos del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-99-CD/OSITRAN de fecha 20 de diciembre de 1999, establece que:

*“La estructura de supervisión de este Reglamento, apunta a establecer una diferencia conceptual entre la supervisión y la fiscalización o control. **Para el Reglamento, la supervisión es un concepto más amplio que la fiscalización y el control.** Éstos constituyen el aspecto más extremo de las actividades de supervisión y sólo se deben desarrollar de manera excepcional, cuando existen hechos que permiten presumir razonablemente el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales”. (El subrayado es nuestro).*

Que, por otro lado, debe tenerse presente el contexto en que se dicta la norma. En efecto, el artículo 5º del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público señala que:

Potestad fiscalizadora

Artículo 5.- Para el ejercicio de la potestad fiscalizadora a que se refiere el numeral 6.3 de la Ley, podrá requerir de las entidades prestadoras, la información que considere pertinente, así como las facilidades que demande el correcto cumplimiento de sus funciones, incluyendo la inspección de equipos, instalaciones y demás bienes. **Para tal fin, el OSITRAN establecerá procedimientos de requerimiento de información y de inspección.**

Que, fue en ese contexto que se dictó el Reglamento General de Supervisión pues OSITRAN no tenía las facultades que tenía INDECOPI conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 807 ¹ aunque luego las mismas le fueron conferidas por la Ley N° 27332 ².

Que, de lo señalado hasta aquí, queda claro que la etapa de fiscalización y control es la última etapa de un proceso de supervisión. Es decir, la supervisión se divide en dos etapas que se llamarán:

1. Supervisión propiamente dicha o simplemente supervisión, que se encuentra regulada por el Reglamento General de Supervisión.
2. Fiscalización y control regulada por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas que fue aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN.

Que, sin embargo, de la revisión de ambos reglamentos, se puede apreciar que la regulación establecida por cada uno puede operar de forma independiente de la otra, dado que la etapa de supervisión propiamente dicha puede culminar sin necesidad de iniciar un proceso de fiscalización y control conforme a los términos del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas; y por otro lado, el Procedimiento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas se puede iniciar sin necesidad de iniciar previamente un proceso de supervisión propiamente dicho en los términos del Reglamento General de Supervisión.

Que, por otro lado, la etapa de supervisión propiamente dicha tiene dos modalidades: la continua y la especial; sin embargo, se desarrollará fundamentalmente las normas que regulan esta última por ser las que ha aludido el concesionario³.

Que, de la revisión de las disposiciones del Reglamento General de Supervisión se pueden extraer las conclusiones que se consignan a continuación:

¹El Decreto Legislativo No. 807 establece que:

TITULO I

Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOPI tiene las siguientes facultades:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.
- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en vídeo.
- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas."

² **Artículo 5.-** *Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas*

Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

³ En consecuencia, cuando hablemos de supervisión sin indicar a qué tipo de supervisión nos referimos, los comentarios deberán entenderse formulados en relación a la supervisión especial.

1. La naturaleza del objeto de la supervisión especial implica la necesidad de visitas inspectivas que necesariamente deben quedar plasmadas en actas de supervisión conforme lo dispuesto por los artículos 21º y 22º del Reglamento de Supervisión ⁴.
2. En atención a la modalidad de la actividad supervisora (visitas inspectivas) se establecen una serie de limitaciones en cuanto al contenido ⁵ y en cuanto al tiempo ⁶.
3. En principio, la determinación del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que se evalúan en un proceso de supervisión, no revisten demasiada complejidad. En consecuencia, basta la simple constatación "in situ"⁷ de los referidos incumplimientos para la Gerencia General se encuentre en aptitud de establecer la sanción que corresponda conforme lo dispuesto por el artículo 27º del Reglamento ⁸.

⁴ **Artículo 21º - Acta de supervisión**

Llevada a cabo una acción de supervisión especial, se procederá a dejar constancia de las incidencias de la misma, mediante acta levantada en el mismo acto y lugar en que fue realizada, en original y copia. La copia deberá ser entregada al ejecutivo, funcionario o empleado de la Entidad Prestadora con quien se ha entendido la acción de supervisión.

El acta será levantada exclusivamente por el supervisor responsable de la acción de supervisión. Las Entidades Prestadoras podrán formular en el mismo acto los comentarios pertinentes a las incidencias observadas en la acción de supervisión, los que constarán en el acta.

Artículo 22º - Contenido del acta

El acta podrá ser manuscrita, mecanografiada o impresa, y deberá contener los siguientes datos mínimos:

Identificación de la Entidad Prestadora y del ejecutivo, funcionario o empleado de la misma con quien se entiende la acción de supervisión especial;

Lugar o lugares donde se haya practicado la acción de supervisión;

Descripción y relato de las incidencias observadas por el supervisor durante la acción de supervisión;

Referencia de los documentos recabados en la acción de supervisión;

Observaciones formuladas por el ejecutivo, funcionario o empleado de la Entidad Prestadora con quien se entiende la acción de supervisión especial;

Fecha de la supervisión especial con indicación de la hora de inicio y su culminación; y

Firma del supervisor responsable de la supervisión especial, y del ejecutivo, funcionario o empleado de la Entidad Prestadora con quien se entendió la misma.

La negativa a firmar el acta de supervisión quedará expresada en ella, sin que dicha circunstancia le reste mérito probatorio.

La Entidad Prestadora que se niegue a firmar el acta de supervisión incurrirá en infracción leve y será sancionada según lo establecido por el artículo 36º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.

⁵ **Artículo 3º - Límites a la información requerida**

La información a ser requerida a las Entidades Prestadoras dentro de las acciones de supervisión sólo estará relacionada al objeto de la supervisión.

En los casos en que sea necesaria la presentación de información confidencial o de secretos comerciales, OSITRAN guardará la debida reserva del caso, encontrándose no sólo prohibido de publicar o difundir la misma por cualquier medio sino obligado a preservar o restringir el acceso a dicha información.

⁶ **Artículo 25º - Plazo de la supervisión**

La acción de supervisión especial que se realice a una Entidad Prestadora no podrá extenderse por un plazo mayor a tres meses.

En caso que la supervisión especial requiera de un plazo adicional para su conclusión, el supervisor responsable de la misma comunicará ello a la Entidad Prestadora. En ningún caso, éste se prolongará más de tres meses adicionales.

Al término de la supervisión, el supervisor responsable emitirá un reporte dirigido a la instancia que promovió o solicitó la misma.

⁷ Esto no descarta la posibilidad de realizar investigaciones y estudios dentro del proceso, cuando la materia presenta complejidad.

⁸ **Artículo 27º - Resultado negativo de la supervisión especial**

Llevada a cabo la supervisión especial y constatado el incumplimiento de una obligación legal y/o contractual, la instancia que promovió dicha acción notificará a la Entidad Prestadora de este hecho, a través de un informe o de una resolución.

Cuando el resultado negativo conste en un informe, la División Técnica pertinente elevará lo actuado a la Gerencia General, la que podrá establecer la sanción correspondiente u otorgar un plazo para subsanar el incumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento, se establecerá la sanción correspondiente.

Que, por otro lado, existe otro tipo de obligaciones cuyo cumplimiento no se puede verificar de forma tan directa como aquellas que están sujetas a un proceso de supervisión propiamente dicho; en estos casos, se requerirá de otras modalidades a efectos de recabar la información.

Que, a diferencia de los actos sujetos al proceso de supervisión en que no hay otra forma de dejar constancia del incumplimiento que a través del acta de inspección, en el caso de las obligaciones cuyo cumplimiento no se verifica de forma tan directa, el incumplimiento se determinará a partir de la información que envíe la Entidad Prestadora.

Que, además, esa no es la única diferencia:

1. Las infracciones que se constatan -de manera directa- por el proceso de supervisión propiamente dicho, no dan derecho al descargo al interior del propio proceso de supervisión⁹;
2. Las infracciones que se constatan en un proceso de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas; sí da derecho a descargo dentro del propio proceso establecido por el Reglamento correspondiente¹⁰

Que, la naturaleza de las obligaciones cuyo cumplimiento se pretende verificar en el marco del presente proceso, llevan a aplicar un proceso de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas en vez de uno de supervisión;

Que, por su parte, el artículo 27° del Reglamento de Supervisión no obliga a la Gerencia General sino que por el contrario, se trata de una facultad que tiene la Gerencia General de la que hará uso en función al comportamiento observado por el concesionario;

Que, en todo caso, y conforme se desprende de la revisión de los antecedentes, se han brindado todas las oportunidades para que el Concesionario subsane el incumplimiento y no lo ha hecho, por lo que mal podría reclamar el Concesionario algún recorte de su derecho a la defensa;

Que, de lo expuesto, queda claro que resultó correcto el inicio de un proceso administrativo sancionador y en consecuencia, no corresponde acoger la nulidad deducida;

Cuando el resultado negativo conste en una resolución, los Cuerpos Colegiados o el Tribunal podrán establecer directamente la sanción correspondiente u otorgar un plazo para subsanar el incumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento, se establecerá la sanción correspondiente.

⁹ Ver artículo 27° del Reglamento General de Supervisión. Ello, obviamente sin perjuicio del derecho de la Entidad Prestadora de dejar constancia de sus observaciones en el acta de Supervisión conforme lo establecido en el último párrafo del artículo 21° del reglamento citado.

¹⁰ **Artículo 47°.- Reglas generales del procedimiento**

El procedimiento administrativo de imposición de sanciones del OSITRAN deberá seguir las siguientes reglas:

- a) El procedimiento administrativo de imposición de sanciones del OSITRAN se iniciará de oficio o por denuncia de parte interesada, la que será objeto de evaluación previa a fin de determinar si amerita o no el inicio de una investigación;*
- b) La División Técnica del OSITRAN que detecte la infracción o que haya tomado conocimiento de la misma como consecuencia de los resultados alcanzados por los terceros que actúen con su autorización, elaborará un informe dirigido a la Gerencia General, que indicará: (i) la identidad del posible infractor; (ii) los actos u omisiones constitutivos de la infracción; (iii) la o las normas que tipifican tales actos u omisiones como infracciones administrativas; y, (iv) la recomendación de imponer la sanción administrativa correspondiente;*
- c) Una vez recibido el informe emitido por la División Técnica del OSITRAN, la Gerencia General tendrá un plazo de cinco (5) días hábiles para notificar al posible sancionado el informe emitido por la primera, y le otorgará un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos;*
- d) Vencido dicho plazo, con o sin descargos, la Gerencia General del OSITRAN expedirá la resolución de sanción o declarará archivado el expediente;*
- e) La resolución de sanción o la que declare archivado el expediente será notificada tanto al sujeto sancionado como a quien denunció la infracción, de ser el caso.*

Que, con relación al acápite ii) referido a si las discrepancias sobre la interpretación del contrato eximen al concesionario de cumplir sus obligaciones, resulta importante determinar si efectivamente hay razones para discrepar o si las bases, circulares y el contrato de forma conjunta y a partir de una interpretación de buena fe, permiten llegar a las conclusiones a las que arriba la DTIV;

Que, en consecuencia, y en atención a que pronunciarse sobre este punto implica revisar los puntos que se desarrollará a continuación, la Gerencia General se limitará a reservar su pronunciamiento sobre este punto para el final de la presente resolución;

Que, en lo referido al acápite iii) en lo que concierne a si la única obligación sujeta a sanción que contempla el numeral 5.1 del contrato de concesión es la falta de pago de la retribución principal, o si la tipificación de las infracciones por parte de la DTIV fue correcta y corresponde requerir el cumplimiento de la cláusula 5.1. debe dejarse muy claro que el régimen establecido por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas es de carácter supletorio. Este carácter queda establecido de la siguiente forma:

“Artículo 3º.- Suple toriedad del presente reglamento

Las Entidades Prestadoras se rigen, en cuanto al régimen de infracciones y sanciones, por lo estipulado en sus respectivos contratos de concesión, en las normas de explotación de infraestructura de transporte y en las disposiciones sectoriales que se hayan dictado al respecto.

(...)

En tal sentido, las sanciones e infracciones establecidas en el presente Reglamento son de aplicación supletoria a las que hubiesen sido expresamente previstas en los contratos de concesión o en otras normas relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.”

Que, en este punto la División Técnica de Infraestructura Vial señaló que la cláusula 5.1º contempla tres **actuaciones**¹¹ que en caso de incumplirse, darán lugar a la imposición de sanciones:

1. Presentación de la Declaración de la Retribución Principal adjuntando el balance y estados financieros no auditados en que se identifique en detalle sus Ingresos Brutos y la base sobre la que se ha calculado la Retribución Principal;
2. Determinación y liquidación adecuada del monto a pagar por concepto de la Retribución Principal, de conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión, precisando todos los Ingresos Brutos sujetos al cálculo de dicha retribución, sin efectuar deducciones prohibidas por el propio Contrato; y
3. Extinción de la obligación contenida en el numeral 5.1 a través del mecanismo del pago o utilizando el mecanismo de Liberación del Pago previsto en la cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión, que le permite dejar de pagar la Retribución Principal en la medida que acredite haber efectuado inversiones, es decir, se trataría de una modalidad de compensación.

Que, la forma en que se ha propuesto la división de las actuaciones contenidas en el numeral 5.1 es correcta y, si se hace una comparación con la forma en que se tipifican las infracciones desde el punto de vista del derecho tributario¹², se diría que la primera es una actuación de carácter formal, referida a información que debe presentarse en tanto que la segunda y la tercera son actuaciones de carácter sustantivo;

Que, es incorrecto lo señalado por el concesionario en el sentido que sólo el incumplimiento del pago de la retribución principal da lugar a la imposición de una sanción,

¹¹ La DTIV habló de “actuaciones” y no de “obligaciones” como erróneamente señaló la denunciada.

¹² Al utilizar como modelo el derecho tributario, no queremos decir que sus principios sean aplicables a la materia controvertida, sino que simplemente sirve como modelo para explicar de forma más clara cómo se han tipificado las infracciones en la referida disposición.

pues el referido numeral regula también actuaciones de carácter formal, por lo que tan importante como el pago es saber que lo que se está pagando es lo correcto, y ese tema sólo se puede determinar con la documentación sustentatoria de los ingresos;

Que, sin embargo, debe señalarse que el tema del pago es crucial en el caso de la cláusula 5.1, pues habría que preguntarse qué es lo que ocurre si el concesionario hizo uso del mecanismo de liberación de pago de la retribución principal y se equivocó pues ninguna de las inversiones calificaba para hacerse acreedor a dicho mecanismo. Se considerará que la obligación debe cumplirse y que se generarán todos los accesorios a partir de la fecha de vencimiento, es decir se considerará que no se realizó el pago pues el mecanismo de liberación no tuvo efecto;

Que, por otro lado, el Código Civil regula las características del pago válido en los términos siguientes:

Artículo 1220º.- Noción de pago

Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

Que, en lo relativo a *si el pago no se ha efectuado en su integridad no es pago* señalado en el acápite iv), se debe señalar que el principio de integridad es fundamental en materia de obligaciones por lo que ha sido recogido en la mayoría de legislaciones civiles¹³;

Que, con respecto al acápite v) relativo a si el ingreso de la venta de los bienes adquiridos a Enafer pueden considerarse como ingreso bruto gravados con la retribución principal, de lo expuesto por la Concesionaria en su escrito No. 01 se desprende que la misma considera que la Circular N° 21 estaría excediendo lo establecido en el contrato de concesión y que en atención a que de acuerdo a la cláusula 1.2 del contrato, este último prevalece sobre las circulares, habría que entender que el concepto de ingresos brutos es mucho más restringido que lo que propone OSITRAN;

Que, en primer lugar, se debe señalar que no hay contradicción entre lo establecido por el Contrato y la Circular N° 21, la misma que fue debidamente notificada a todos los postores. La definición de Ingresos Brutos está establecida en el Contrato, de la forma siguiente:

CLAUSULA PRIMERA: DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN

- **Ingresos Brutos:** *significará el total de los ingresos que obtenga el Concesionario, incluyendo los que provengan de los Servicios Complementarios.*

CLÁUSULA QUINTA: CONDICIONES DE PAGO DE LA CONCESIÓN

¹³ Felipe Osterling Parodi comentar dicho principio en relación al derecho peruano señalando que: "El artículo 1220 – de texto similar al artículo 1234 del Código de 1936, con origen en los artículos 362 del Código Alemán, 69 del Código Suizo y 605 del proyecto Sánchez de Bustamante -, señala que el pago se entiende realizado únicamente cuando se cumple el íntegro de la prestación. El deudor para satisfacer la obligación, debe cumplirla totalmente. Antes de ello, no se entiende efectuado el Pago." OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. VI. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1988. Pp. 124. Ernesto Wayar comenta en relación al derecho argentino que: "En virtud del principio de integridad, el pago debe ser completo, es decir, el objetivo del pago tiene que ser cuantitativamente igual al objeto del crédito. Encuanto que con el principio de identidad se resuelve el problema de calidad o esencia, con el de integridad se resuelve otro de cantidad o magnitud; así como el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa distinta (identidad), tampoco se le puede exigir que acepte una cantidad menor o fraccionada (integridad)." WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil. Obligaciones. I. Concepto, Naturaleza, Elementos, Efectos, Teoría del Incumplimiento. Buenos Aires: Depalma, 1990. Pp. 376. Finalmente, Antonio Hernández Gil, en relación al derecho español señala que: "El acreedor tiene derecho a exigir que la prestación se realice por entero, total, íntegramente. En rigor, sí no se realiza íntegramente la prestación, faltará la identidad. Pero conviene servirse de los dos conceptos porque el de la integridad hace específicamente referencia a una relación de cantidad. La integridad de la prestación queda expresada en la palabra <<completamente>> que utiliza el artículo 1.157 en la definición del cumplimiento". HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres, 1983. P. 332.

5.1 Retribución principal. El Concesionario está obligado al pago de la Retribución Principal la misma que equivale al porcentaje de **Ingresos Brutos** propuesto en su Oferta Económica (...) Para efectos de la Retribución Principal **no se considera en la base de cálculo a los ingresos que provengan de la explotación del Material Tractivo y/o Material Rodante incluido en el Anexo No. 3 ni el Impuesto General a las Ventas.**

Que, la versión original de las cláusulas del contrato es la que estableció la definición de ingresos brutos en la cual aparece bastante amplia y en principio abarcaría cualquier ingreso que perciba el concesionario, por lo que , la cláusula 9.1¹⁴, es erróneamente citada por el Concesionario, porque la misma regula el concepto “ingresos” que es distinto a “ingresos brutos”.

Que, ante los temores sobre las consecuencias que una definición tan amplia podía generar los postores formularon una consulta que tuvo como respuesta lo siguiente:

CIRCULAR No. 21

Fecha	:	17.03.99
A	:	Todos los Adquirentes
Referencia	:	Numerales 5.1, 5.2 y 10.1 del Contrato de Concesión
Asunto	:	Canon y Canon Especial

“3. **PREGUNTA:** (...) *La definición de Ingresos Brutos, es muy amplia por lo que empleada en este artículo podría dar lugar a confusiones o situaciones donde la aplicación de la regla pueda crear efectos imprevisibles. Nuestra recomendación sería suprimir el término definido y remplazarlo por la palabra no definida “ingresos”.*

RESPUESTA: *La definición genérica de “Ingresos Brutos” se refiere a cualquier ingreso del Concesionario con ocasión de sus actividades vinculadas al Contrato de Concesión, comprendiendo entre ellos pero no limitándose a los ingresos financieros; ingresos por cobro de tarifas, almacenaje, tarifa por uso de vía y otros; ingresos por servicios complementarios; ingresos por alquiler del material tractivo y rodante de la concesión, etc., sin considerar el IGV.”*

Que, antes de continuar cabe recordar cuál es el valor de las Circulares, que es establecido por el artículo 15º del Decreto Supremo N° 060 -96-PCM:

Artículo 15º.- *Las consultas o las aclaraciones que sobre las bases formulen los postores deberán ser absueltas y puesta a su disposición a más tardar quince (15) días calendario antes de la fecha del acto de recepción de las propuestas.*

Las respuestas a las consultas formuladas o las aclaraciones y/o eventuales, modificaciones que se efectúen, también forman parte de las bases.

Que, asimismo, la cláusula 1.2 del contrato establece que:

¹⁴ **CLÁUSULA NOVENA: DERECHOS DEL CONCESIONARIO**

9.1. Ingresos. El Concesionario tiene derecho a percibir en propiedad, los ingresos que reciba por concepto de tarifas, subcontrataciones, prestación de Servicios Complementarios y cualquier otro relacionado con la explotación directa o indirecta de la Concesión.

“Cualquier término no definido en este Contrato tendrá el significado que le atribuyan las Bases (...)

También forman parte integrante de este Contrato las Bases y Circulares (...)”

Que, queda entonces claro que las circulares forman parte del contrato.

Que, otro tema importante que debe señalarse es que la oportunidad adecuada para aclarar todas las dudas es la etapa previa a la recepción de las propuestas, por lo que si el actual concesionario tuvo dudas, debió aclararlas en dicho momento como efectivamente se hizo;

Que, de la revisión de la Circular N° 21 queda claro que “ingresos brutos” e “ingresos” son conceptos distintos, por lo que la referencia a la cláusula 9.1 por parte de la Concesionaria resulta inapropiada;

Que, en segundo lugar, queda también claro que la Circular N° 21 no se contraponen sino que precisa aspectos poco claros en el contrato;

Que, queda también claro que a pesar de las precisiones efectuadas en la misma, el concepto “ingresos brutos” es bastante comprensivo, pero debe señalarse que los postulantes quedaron debidamente notificados de este tema, por lo que no corresponde que ahora pretendan darle un contenido restrictivo;

Que, las razones por las que el ingreso producto de la venta de los bienes adquiridos de Enafer se encuentra gravado, son las siguientes:

1. La exigencia de la compra de los bienes de Enafer, tuvo como sustento la necesidad de los mismos para la explotación de la concesión.
2. Dichos bienes podían ser adquiridos únicamente por el Adjudicatario de la Concesión de conformidad con la cláusula 1.1. de las Bases que forman parte del contrato.
3. Es tanta la vinculación de los referidos bienes con la concesión, que se estableció un mecanismo de compensación contra la retribución principal en la circular 52.

Que, en consecuencia, y no obstante la naturaleza de bienes del concesionario, la vinculación de los mismos con la concesión resulta por demás evidente, y en consecuencia, los ingresos producto de la venta de los mismos integran la base de cálculo de la retribución principal;

Que, el hecho que el Concesionario no los haya aplicado a la rehabilitación o mantenimiento de la línea férrea y por el contrario haya dispuesto de los mismos y no se haya hecho acreedor al “Beneficio de Compensación contra la Retribución Principal” es un tema que le compete exclusivamente a éste y, en todo caso, si con el producto de la venta de los mismos hubiese realizado inversiones que cumplan con los requisitos establecidos en la cláusula 10 del contrato podrá hacerse acreedor al beneficio de la liberación del pago de la retribución principal, por lo que resulta incorrecta su apreciación en el sentido que OSITRAN pretende penalizarlo;

Que, en lo relativo a la ganancia por diferencia de cambio, cabe señalar que en primer lugar, se considera arbitraria la distinción que formula el concesionario pues no existe nada en el contrato que señale que los únicos ingresos financieros gravados son los que se obtienen del financiamiento a los clientes pues, conforme con lo señalado líneas arriba, la definición es amplia y comprende todos los ingresos financieros;

Que, no resulta correcta tampoco la afirmación en el sentido que los *“ingresos financieros generados por los ingresos ya afectos a la retribución principal ya son ajenos a la explotación de la concesión y, por tanto, no afectos a la retribución principal. De lo contrario se penalizaría doblemente al concesionario y se desnaturalizaría el principio y justificación de la retribución al concedente, cual es la derivada de la explotación de la concesión y de sus*

bienes”, pues dicha afirmación no tiene sustento alguno dado que el capital e interés son conceptos distintos que se gravan de forma independiente;

Que, en cuanto a la diferencia en cambio, conforme lo dispuesto por la Resolución Conasev N° 006-84-EF/9410, la misma constituye un ingreso financiero y se encuentra gravada, por lo que no tiene por qué distinguirse donde la ley no lo hace;

Que, el propio informe de la BDO recaudado en parte de prueba por la denunciada señala que:

“No obstante que la diferencia en cambio constituiría un ingreso, no es tal, desde el punto de vista contable (...).”

Que, en cuanto al tema de si FETRANS está obligado a sujetarse al Plan Contable General (Resolución Conasev No. 006-84-EF/9410), el mismo resulta obligatorio para las empresas que llevan contabilidad completa, tal como ocurre con FETRANS;

Que, si procede la inclusión de egresos en el cálculo de la retribución principal al no haberse acreditado fehacientemente el registro incorrecto de los gastos pre-operativos y los gastos de planillas, se debe señalar que el concesionario, a efectos de acreditar sus afirmaciones, simplemente recaudó copia simple de los asientos contables que registran dicho saldo, pero que no cuentan con el visto bueno del Contador de la Empresa. OSITRAN observó este tema y al respecto la Concesionaria señaló que la misma carecía de sustento legal ya que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32° de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757:

“Las copias simples de documentos, estén o no certificadas por notario, funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, tendrán el mismo valor que los originales para el cumplimiento de los requisitos correspondientes a los procedimientos administrativos seguidos ante cualquier entidad de la Administración Pública a que se refiere el artículo 20° del presente Decreto Legislativo (...).”

Que, se considera que resulta inapropiada la referencia a dicha norma, en atención a que regula un supuesto distinto de aquel que ocurrió con el concesionario. En efecto, la norma se refiere a que por ejemplo no sea necesario recaudar un testimonio de escritura pública de poder general, sino simplemente fotocopia. La norma no exige al interesado de cumplir con todas las formalidades para la expedición del documento original. Lo contrario implicaría que basta que una persona escriba que tiene poder para representar a alguien y que le saque una fotocopia y la presente, y la administración, por el simple hecho de que se trata de una fotocopia deba concederle valor. Obviamente esto constituye un despropósito que la ley no quiere. Es por ello, que resulta inexacto lo señalado por FETRANS en el sentido que durante el proceso de fiscalización entregaron copias simples, pues las copias entregadas originalmente, carecían de valor;

Que, sin perjuicio de lo expuesto, en atención a la documentación recaudada con el escrito de Descargos N° 2 de fecha 15 de enero de los corrientes, ha considerado que la referida observación ha sido debidamente subsanada por lo que corresponde efectuar una nueva liquidación excluyendo dichos conceptos de la base de cálculo de la retribución principal;

Que, finalmente, cabe señalar que el marco regulatorio es bastante claro y el concesionario tuvo toda la información disponible para proceder al cumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que mal puede pretender alegar las discrepancias sobre la interpretación del contrato para eximirse de cumplir sus obligaciones;

Que, en lo concerniente a si resulta correcta la calificación de la infracción como muy grave y la imposición de una multa de 5% de los ingresos brutos del mes anterior consideramos correcta la calificación efectuada por la División Técnica pues el cumplimiento de lo establecido en la cláusula 5.1 del contrato es condición básica del mismo y su incumplimiento debe calificarse como muy grave;

Que, sin embargo, se debe señalar que por sendas cartas de fecha 13 de febrero cursadas por el concesionario tanto al Vice Ministro de Transportes como al Director Ejecutivo del Comité de Promoción a la Inversión Privada – COPRI, la concesionaria ha notificado haber cumplido con el pago de los conceptos de pago de retribución principal correspondientes a 1999;

Que, el artículo 3º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas establece su carácter supletorio a los regímenes sancionatorios establecidos en cada contrato en particular;

Que el contrato de concesión celebrado con FETRANS no establece el régimen para los casos en que el concesionario cumpla con subsanar las omisiones en que incurrió a efectos de reducir las sanciones;

Que, el artículo 49º del referido reglamento señala que el OSITRAN podrá, de considerarlo conveniente, imponer sanciones equivalentes al grado inmediatamente inferior, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6º del presente Reglamento, respecto de las que correspondería aplicar en caso de infracciones graves o leves en el caso que el infractor subsane los actos u omisiones tipificados como infracciones después del plazo para remitir los descargos pero antes de la notificación de la resolución que aplica la sanción;

Que, dicha norma tiene como propósito otorgar un beneficio a aquel sujeto que haya incurrido en infracción pero que rectifique su accionar y cumpla, aunque tardíamente, con la obligación;

Que, sin embargo, el artículo 6º, concordado con el artículo 49º del referido reglamento, tal como están redactados no permitirían beneficiar al infractor cuando cumple con el pago de la retribución principal de manera tardía pero con anterioridad a la fecha en que se notifica la resolución que le impone la sanción;

Que, debe tenerse en consideración que todo el proceso por el que se entrega la concesión a Ferrocarril Trasandino S.A., tuvo como fecha de cierre el 20 de septiembre de 1999, y que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 30 de diciembre de 1999 y entró en vigencia el 31 de diciembre del 2000;

Que, el carácter supletorio del referido reglamento no impide que el mismo, informe el ejercicio de la función fiscalizadora de OSITRAN con relación a los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia;

Que, por lo anterior, la Gerencia General considera que el principio que permite el beneficio por subsanación del incumplimiento resulta aplicable en el presente caso, y sólo para dichos efectos, se considerará que la infracción del no pago de la retribución principal es una infracción “grave”¹⁵ y no “muy grave”, manteniéndose la calificación de “muy grave” para todos los demás efectos;

Que, conforme a lo señalado, el concesionario ha notificado haber cumplido con subsanar las omisiones con posterioridad a la fecha para presentar sus descargos pero antes de la notificación de la resolución que le aplica la sanción;

Que, atendiendo a tal circunstancia, y en uso de la prerrogativa que la faculta a variar las sanciones, la Gerencia General ha decidido apartarse de la recomendación dispuesta por la División Técnica en el informe de VISTOS y reducir la sanción que correspondería a una

¹⁵El Reglamento de Cobro y Aplicación e Infracciones, Sanciones y Tasas establece:

Artículo 40º.- Incumplimiento del Pago de las retribuciones por el derecho de concesión.

Las Entidades Prestadoras que no cumplan con el pago de las retribuciones por el derecho de concesión estipuladas en sus respectivos contratos, las bases del concurso o cualquier otro documento de similar naturaleza incurrirán en infracción grave.

Infracción Grave, sancionando a la empresa concesionaria del Ferrocarril Transandino S.A. con una multa equivalente al 1% (uno por ciento) de los Ingresos Brutos obtenidos por ella en el mes inmediatamente anterior a la presente sanción.

Por lo expuesto se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar que la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. ha incumplido la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión que tiene suscrito con el Estado Peruano.

SEGUNDO: Disponer una sanción a la Empresa Ferrocarril Trasandino S.A., equivalente al pago de una multa ascendente al 1% (uno por ciento).de los Ingresos Brutos del mes anterior.

TERCERO: Exigir el cumplimiento de la cláusula 5.1º del Contrato de Concesión en los términos expuestos en el Contrato y en las Leyes Aplicables,

CUARTO: Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en su calidad de concedente.

QUINTO: Encargar a la División Técnica de Infraestructura Vial adoptar las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

**CECILIA BALCÁZAR SUAREZ
GERENTE GENERAL**