

Resolución de Gerencia General

Nº 019-2010-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADOR : Autopista del Norte S.A.C.
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa concesionaria Autopista del Norte S.A.C. – AUNOR mediante el Oficio Nº 4765-09-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento en el Pago del Aporte por Regulación.

Lima, 22 de febrero de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 23-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante el Informe Nº 115-10-GS-OSITRAN, de fecha 09 de febrero de 2010, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa concesionaria Autopista del Norte S.A.C. – AUNOR y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 18 de febrero de 2009, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante el MTC) y la empresa Concesionaria Autopista del Norte S.A.C. el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial Nº 4: Pativilca - Santa – Trujillo y Puerto Salaverry – Empalme Ro1N.
2. El Reglamento de Aporte por Regulación aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 007-2003-CD-OSITRAN y la Directiva de Aporte por Regulación DIR-GAF-005-08 aprobada por la Resolución de Consejo Directivo Nº 030-2008-PD-OSITRAN, establecen como plazo para el pago del Aporte por Regulación, el cronograma de pago mensual dictado por la Autoridad Administrativa Tributaria, en función de su último dígito del Número de RUC.
3. De acuerdo al último número de RUC (8) de la empresa Autopista del Norte S.A.C., correspondía depositar en las siguientes fechas:
 - Marzo 2009 (15 de abril de 2009)
 - Abril 2009 (14 de mayo de 2009)

- Mayo 2009 (12 de junio de 2009)
- Junio 2009 (15 de julio de 2009)
- Julio 2009 (18 de agosto de 2009)
- Agosto 2009 (17 de setiembre de 2009)
- Setiembre 2009 (21 de octubre de 2009)

4. Sobre el particular, la Cláusula 15.12 "Aporte por Regulación" del Contrato de Concesión, establece lo siguiente:

"El Regulador estará facultado para cobrar al CONCESIONARIO el aporte por regulación a que se refiere el artículo 14º de la Ley N° 26917 y 10º de la Ley N° 27332, o norma que la modifique o sustituya, en términos y montos a que se refieren dichos dispositivos legales. Este monto será destinado a cubrir los gastos que genere la supervisión de la Conservación Vial y Explotación de la Concesión, de acuerdo a las exigencias del presente Contrato y al cumplimiento del mecanismo de supervisión, establecido en el Anexo I".

5. A través de las Cartas GG-182/2009, GG-183/2009, GG184/2009, GG-185/2009, GG-186/2009, GG-187-2009 y GG-GG188-2009 de fecha 19 de noviembre de 2009 recibida en OSITRAN el 20 de noviembre de 2009, la empresa Autopista del Norte S.A.C. informa que procedió a efectuar el depósito correspondiente al Pago por Aporte de Regulación, más los intereses moratorios, según el detalle siguiente:

Periodo	Fecha de Pago	Días de retraso	Aporte por Regulación	Interés Moratorio	Total
Marzo	19/11/2009	218	14,993.00	1,641.71	16,635.00
Abril	19/11/2009	189	30,147.00	2,864.01	33,011.00
Mayo	19/11/2009	160	31,369.00	2,525.21	33,894.00
Junio	19/11/2009	127	30,722.00	1,966.20	32,688.00
Julio	19/11/2009	93	33,282.00	1,564.25	34,846.00
Agosto	19/11/2009	63	32,977.00	1,055.28	34,033.00
Setiembre	19/11/2009	29	31,125.00	466.87	31,591.00
Total	19/11/2009		204,615.00	12,083.53	216,698.00

6. El 20 de octubre de 2009, se presenta ante la Gerencia de Supervisión, el Informe de Hallazgos N° 071-09-GAF-OSITRAN emitido por la Gerencia de Administración y Finanzas, mediante el cual, se da cuenta del presunto incumplimiento por parte de la empresa concesionaria AUNOR.
7. Mediante Oficio N° 4765-09-GS-OSITRAN, recibido el 29 de diciembre de 2009, se notificó a la empresa concesionaria AUNOR del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador por el presunto incumplimiento en el pago del Aporte por Regulación.

"Habría incumplido con efectuar el pago por Aporte por Regulación en la oportunidad establecida por OSITRAN, de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y setiembre de 2009".

8. Con fecha 13 de enero de 2010, mediante la Carta S/N la empresa concesionaria AUNOR remite a OSITRAN sus Descargos.

III. ANÁLISIS

- De la Obligación Legal:

9. El Artículo 10º de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos establece lo siguiente:

"Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas".

10. Asimismo, el inciso a) del artículo 14º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley Nº 26917¹, establece, entre otros, como recursos propios de OSITRAN los aportes por Tasa por Regulación.
11. Señalando además que constituye infracción grave del Concesionario no pagar el aporte por regulación, **en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.**
12. Al respecto, el inciso a) del artículo 53º del Reglamento General del OSITRAN², Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, precisa que constituyen recursos propios de

¹ **Ley Nº 26917.-**

Artículo 14.- Recursos

Constituyen recursos propios de OSITRAN:

a) La tasa de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual.

Constituye infracción grave del concesionario no pagar el aporte a que se refiere el presente inciso, en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.

b) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras.

c) Los ingresos financieros que generen sus recursos.

² **REGO**

(...)

Artículo 62.- Recursos.

Constituyen recursos propios del OSITRAN:

a. El aporte por regulación que deberán pagar las empresas bajo su competencia, de conformidad con lo establecido en el Artículo 10 de la LEY.

(...)

OSITRAN el aporte por regulación que deberán pagar la empresas bajo su competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 10º de la Ley de creación.

13. En ese mismo sentido, el Reglamento de Aporte por Regulación aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2003-CD-OSITRAN (en adelante el Reglamento) y la Directiva de Aporte por Regulación DIR-GAF-005-08 aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2008-PD-OSITRAN, establecen como plazo para el pago del Aporte por Regulación, el cronograma de pago mensual dictado por la Autoridad Administrativa Tributaria, en función de su último dígito del Número de RUC.
14. Sobre el particular, y en relación a lo mencionado en el numeral 12 del presente Informe, el Reglamento antes mencionado señala expresamente en su artículo 3º que su finalidad es establecer la oportunidad, forma y modo en que las Entidades Prestadoras deberán efectuar el Pago del Aporte por Regulación a OSITRAN.
15. En este mismo sentido, en los artículos 4º, 5º y 6º del Reglamento se señala la oportunidad, forma y modo en que se deberá efectuar el Pago del Aporte por Regulación de la siguiente manera:

Artículo 4º.- Obligación de pago del aporte por regulación

Las Entidades Prestadoras están obligadas a efectuar mensualmente el pago del Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10º de la Ley N° 27332 aplicando el porcentaje fijado anualmente sobre la totalidad de sus ingresos facturados, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

Artículo 5º.- Plazo de pago

El plazo para efectuar el pago del Aporte por Regulación será hasta el día en que la respectiva Entidad Prestadora debe efectuar el pago mensual del Impuesto General a las Ventas de conformidad con el cronograma de pagos dictado por la Autoridad Administrativa Tributaria.

Artículo 6º.- Acreditación del pago y documentación a presentar

Las Entidades Prestadoras deberán acreditar el pago del Aporte por Regulación en un plazo máximo que no deberá exceder a los tres (3) días siguientes al día en que la respectiva Entidad Prestadora debe efectuar el pago del Impuesto General a las Ventas de conformidad con el cronograma de pagos dictado por la Autoridad Administrativa Tributaria y para ello deberá adjuntar los siguientes documentos:

a) Declaración Jurada "Aporte por Regulación" de acuerdo al formato aprobado por la Administración de OSITRAN.

b) Copia simple de la Constancia de la Presentación de la Declaración Jurada Mensual de determinación y pago de impuesto mensual -PDT-IGV-Renta Mensual-, sea en la forma de Programa de Declaración Telemática – PDT o el documento que lo remplace, que se presentan ante la Autoridad Administrativa Tributaria.

c) Copia del comprobante del depósito en algunas las cuentas bancarias indicadas por OSITRAN o el cheque respectivo. En caso de acreditarse el pago mediante cheque, éste deberá efectuarse dentro del plazo a que se refiere el artículo 5 del presente Reglamento.

El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

16. Es decir, que vía Reglamento se establece que la oportunidad de pago será mensual, la forma y modo se realizará siguiendo el cronograma de pagos de la Autoridad Administrativa, siguiendo la metodología del Impuesto General a las Ventas, tal como se señala en los artículos descritos en el numeral anterior.
17. Como puede observarse, en el numeral 12º del presente informe, la Ley de creación de OSITRAN reserva vía Reglamento, como normas complementarias, el que OSITRAN pueda establecer la oportunidad, forma y modo el Pago del Aporte por Regulación.

- Del Marco Contractual

18. La Cláusula 15.12 “Aporte por Regulación” del Contrato de Concesión, establece lo siguiente:

“El Regulador estará facultado para cobrar al CONCESIONARIO el aporte por regulación a que se refiere el artículo 14º de la Ley N° 26917 y 10º de la Ley N° 27332, o norma que la modifique o sustituya, en términos y montos a que se refieren dichos dispositivos legales. Este monto será destinado a cubrir los gastos que genere la supervisión de la Conservación Vial y Explotación de la Concesión, de acuerdo a las exigencias del presente Contrato y al cumplimiento del mecanismo de supervisión, establecido en el Anexo I”.

- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

19. Mediante el Oficio N° 4765-09-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa AUNOR, el presunto incumplimiento de la obligación establecida en la Cláusula 15.12 “Aporte por Regulación” del Contrato de Concesión, debido que no cumplió con el Pago del Aporte por Regulación.

20. Asimismo, se le comunicó que el presunto incumplimiento, se encontraba tipificado en el Artículo 50º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)³, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 50º.- Incumplir el pago de la tasa de regulación

La Entidad Prestadora que no cumpla en la oportunidad, forma y modo establecidos por OSITRAN, con el pago de la Tasa de Regulación o la que la sustituya, incurrirá en infracción grave".

- De los descargos presentados:

21. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa AUNOR:
- a) De la no apertura de un Procedimiento Sancionador por la demora en los pagos mensuales del Aporte por Regulación.
 - b) De lo señalado en los numerales 2.3, 2.4 y 2.5.
 - c) De los descargos y la aplicación del principio de razonabilidad.

-Respecto del literal a) De la no apertura de un Procedimiento Sancionador por la demora en los pagos mensuales del Aporte por Regulación

22. En el punto II sobre Cuestión Previa de su Escrito de Descargos, la empresa AUNOR, refiere que no resulta aplicable en este caso la apertura de un procedimiento administrativo sancionador. Respecto a ello señala lo siguiente:

"II. CUESTIÓN PREVIA

No resulta aplicable la apertura de un Procedimiento Administrativo Sancionador por la demora en los pagos mensuales del Aporte por Regulación.

Antes de pasar a presentar nuestros descargos, es necesario señalar que consideramos que no resulta aplicable en este caso la apertura de un procedimiento administrativo sancionador en contra de AUNOR. En efecto,..."

23. Sobre el particular, cabe señalar que el Artículo 68º-A del RIS contempla la posibilidad de no dar inicio al procedimiento administrativo sancionador cuando se logra determinar que no existe mérito para el inicio de éste, como consecuencia de un análisis costo beneficio y de establecerse que no se ha generado un grave daño a los usuarios o al interés público.

³ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de enero de 2007.

24. En este mismo sentido, el referido Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN señala que la Gerencia General, excepcionalmente tiene la facultad de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador en el caso de que luego del análisis efectuado se determine que no amerite tal acción.
25. Sobre ello, cabe mencionar que dicha decisión debe estar amparada en un documento justificatorio, donde se exprese los elementos por los cuales se considera que no es necesario la apertura del procedimiento sancionador.
26. En el caso de autos, lo que se ha elaborado es un Informe de hallazgo, el cual recomienda el inicio del Procedimiento Sancionador, y no la recomendación de su no apertura. Por lo tanto, el artículo 68-Aº en este caso en particular no resultaría aplicable.
27. Así mismo, en el punto II sobre Cuestión Previa de su Escrito de Descargos, la empresa AUNOR, señala lo siguiente:

"... En efecto, si bien nuestra empresa reconoce que cancelo de manera extemporánea los pagos mensuales exigidos por las normas en relación con el Aporte por Regulación, no resulta de aplicación en este caso lo establecido en el artículo 50º del RIS, pues el mismo establece que la Entidad Prestadora será sancionable sólo cuando "no cumpla en la oportunidad, forma y modo establecidos por OSITRAN con el pago de la Tasa por Regulación", lo cual no se ha verificado en este caso. Nos explicamos:

2.1. De acuerdo con las leyes que crearon el Aporte por Regulación éste se determina sobre la base de la facturación anual e las empresas de las empresas concesionarias, es decir, dicho aporte constituye una obligación tributaria anual que se determina y liquida al cierre del ejercicio fiscal. La tasa por regulación, por tanto, existe y puede ser exigida como tal solo al culminar el año fiscal correspondiente. No existe ni se puede hablar de una Tasa por Regulación mensual pues esto implicaría desnaturalizar lo establecido en una norma con rango legal.

2.2. Lo señalado precedentemente se corrobora con lo previsto en el numeral 5.4.2 de la Resolución de Presidencia Nº 30-2008-PD-OSITRAN, directiva del Aporte por Regulación (la "Directiva") que contempla un procedimiento de validación anual de los Aportes por Regulación informados mensualmente por los concesionarios y determina una fecha del pago para regularizar cualquier diferencia en relación con el Aporte por Regulación, según éste haya sido calculado al final del año. Dicho procedimiento puede ser resumido como se indica a continuación:

- a) Se procede a la validación anual de los Aportes por Regulación informados mensualmente por los concesionarios, con el dictamen sobre los Aportes por*

Regulación emitidos por los auditores externos independientes, utilizando el formato respectivo.

- b) Se procede a entregar los Estados Financieros auditados y el dictamen emitidos por los auditores externos.*
- c) OSITRAN concluye la validación del aporte por Regulación, incorporando, de ser el caso, las regularizaciones realizadas y procediendo verificar que no subsistan diferencias por pagar del Aporte de Regulación a favor de OSITRAN.*
- d) De subsistir diferencias por pagar a favor de OSITRAN, la entidad prestadora deberá regularizar el depósito en un plazo máximo de 2 días.*

El hecho que la Directiva regule un procedimiento de validación de los pagos mensuales efectuados por los concesionarios es un reconocimiento a que el aporte por Regulación se determina y liquida al final del año y que los abonos mensuales son un pago a cuenta por dicho concepto.”

- 28. Respecto de este punto debemos señalar, que el artículo 3º de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como velar por el cumplimiento de los Contratos de Concesión con la finalidad de cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios para garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público.
- 29. Del mismo modo, el numeral 6.1 del artículo 6º de la antes referida Ley, establece dentro de las atribuciones de OSITRAN, la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios.
- 30. Adicionalmente, el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley N° 27332, establece que la función normativa, comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
- 31. En ese sentido, y de conformidad con el inciso a) del artículo 14º de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917⁴, que establece, que constituye infracción grave del

⁴ **Ley N° 26917.-**

Artículo 14.- Recursos

Constituyen recursos propios de OSITRAN:

a) La tasa de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual.

Constituye infracción grave del concesionario no pagar el aporte a que se refiere el presente inciso, en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.

Concesionario no pagar el aporte por regulación, **en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.**

32. En virtud a ello, OSITRAN puede dictar normas dentro del ámbito de su competencia normas reglamentarias que regulen procedimientos a seguir, encontrándose dentro de ellas el Reglamento del Aporte por Regulación, como norma complementaria aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2003-CD/OSITRAN, el cual establece la oportunidad, forma y modo en que las entidades Prestadoras deben efectuar el pago del Aporte por Regulación a OSITRAN.
33. En tal sentido, el Reglamento del Aporte por Regulación antes mencionado establece como plazo para el pago del Aporte por Regulación, el cronograma de pago mensual dictado por la Autoridad Administrativa Tributaria, en función de su último dígito del Número de RUC.
34. En esa misma línea, los artículos 4º, 5º y 6º del mencionado Reglamento señalan la oportunidad, forma y modo en que se deberá efectuar el pago por aporte por Regulación de la siguiente manera:

Artículo 4º.- Obligación de pago del aporte por regulación

Las Entidades Prestadoras están obligadas a efectuar mensualmente el pago del Aporte por Regulación a que se refiere el artículo 10º de la Ley N° 27332 aplicando el porcentaje fijado anualmente sobre la totalidad de sus ingresos facturados, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

Artículo 5º.- Plazo de pago

El plazo para efectuar el pago del Aporte por Regulación será hasta el día en que la respectiva Entidad Prestadora debe efectuar el pago mensual del Impuesto General a las Ventas de conformidad con el cronograma de pagos dictado por la Autoridad Administrativa Tributaria.

Artículo 6º.- Acreditación del pago y documentación a presentar

Las Entidades Prestadoras deberán acreditar el pago del Aporte por Regulación en un plazo máximo que no deberá exceder a los tres (3) días siguientes al día en que la respectiva Entidad Prestadora debe efectuar el pago del Impuesto General a las Ventas de conformidad con el cronograma de pagos dictado por la Autoridad Administrativa Tributaria y para ello deberá adjuntar los siguientes documentos:

a) Declaración Jurada "Aporte por Regulación" de acuerdo al formato aprobado por la Administración de OSITRAN.

-
- b) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras.
c) Los ingresos financieros que generen sus recursos.

b) Copia simple de la Constancia de la Presentación de la Declaración Jurada Mensual de determinación y pago de impuesto mensual -PDT-IGV-Renta Mensual-, sea en la forma de Programa de Declaración Telemática – PDT o el documento que lo remplace, que se presentan ante la Autoridad Administrativa Tributaria.

c) Copia del comprobante del depósito en algunas las cuentas bancarias indicadas por OSITRAN o el cheque respectivo. En caso de acreditarse el pago mediante cheque, éste deberá efectuarse dentro del plazo a que se refiere el artículo 5 del presente Reglamento.

El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Infracción y Sanciones de OSITRAN.

35. Es decir, que vía Reglamento se ha establecido que la oportunidad de pago será mensual, la forma y modo se realizará siguiendo el cronograma de pagos de la Autoridad Administrativa, siguiendo la metodología del Impuesto General a las Ventas, tal como se señala en los artículos descritos en el numeral anterior.
36. Como puede observarse, en el numeral 12º del presente informe, la Ley de creación de OSITRAN reserva vía Reglamento, como normas complementarias, el que OSITRAN pueda establecer la oportunidad, forma y modo el Pago del Aporte por Regulación.
37. Con relación a lo anterior, el Contrato de Concesión define como Leyes y Disposiciones Aplicables⁵, al conjunto de disposiciones legales que lo regulan, las cuales incluyen los **reglamentos**, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de **observancia obligatoria para las Partes.**
38. Por lo tanto, no es preciso lo indicado por la empresa concesionaria AUNOR, al señalar que: i) la Tasa por Regulación existe y puede ser exigida como tal sólo al culminar el año fiscal correspondiente, y; ii) que los abonos mensuales son un pago a cuenta por dicho concepto. Pues sería un contrasentido señalar dicho argumento, al existir normas reglamentarias de estricto cumplimiento, que señalan que el Pago de la Tasa por Regulación deba efectuarse en forma mensual. Máxime que el propio reglamento señala en su artículo 6º que el incumplimiento con el cronograma de pago dictado por la SUNAT será sancionado de conformidad con el Reglamento de Infracción y Sanciones, siendo que en dicho cronograma se establece que el pago por aporte por Regulación se efectúa en forma mensual.

⁵ Al respecto, el numeral 1.14.55 del Contrato de Concesión, establece:

Definiciones

1.14. En este Contrato los siguientes términos tendrán el significado que a continuación se indican:

1.14.55 Leves y Disposiciones Aplicables: Es el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las partes.

39. De otro lado, el propio Contrato de Concesión señala en su Cláusula 15.12 "Aporte por Regulación", que el Regulador estará facultado para cobrar al CONCESIONARIO el aporte por regulación a que se refiere el artículo 14º de la Ley Nº 26917 y 10º de la Ley Nº 27332, o norma que la modifique o sustituya, en términos y montos a que se refieren dichos dispositivos legales.
40. Finalmente, debe tenerse en cuenta además, que en el segundo párrafo de la Cláusula señalada, se indica que el monto de la Tasa por Aporte por Regulación, deberá ser destinado a cubrir los gastos que genere la supervisión de la Conservación Vial y Explotación de la Concesión, de acuerdo a las exigencias del propio Contrato de Concesión, por lo que la falta de ingresos por dicho concepto, hace que se distraigan otros recursos para efectuar la supervisión que corresponde.

- **Respecto del literal b) De lo señalado en los numerales 2.3, 2.4 y 2.5.**

41. Respecto de este literal, en los numerales de su Escrito de Descargos, la empresa AUNOR señala lo siguiente:

"2.3 En este contexto, cuando el artículo 50 del RIS establece que "la entidad prestadora que no cumpla en la oportunidad, forma y modo establecidos por OSITRAN, con el pago de la Tasa de Regulación o la que la sustituya, incurrirá en infracción grave" (el subrayado es nuestro), ello debe ser interpretado en relación con la Tasa de Regulación – es decir – en base a un tributo de periodicidad anual, cuyo cumplimiento sólo puede verificarse una vez determinado y liquidado el mismo, lo cual sucede, según mandato legal, una vez cerrada la facturación anual del concesionario.

Aplicando lo previsto en el artículo 7º del Reglamento de Aporte por Regulación, aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 007-2003-CD-OSITRAN, el incumplimiento del pago del Aporte por Regulación se verificara luego de efectuada la validación descrita en el Numeral 2.2. Precedente y vencido el plazo de pago sin que se haya cumplido la obligación de efectuar el pago total (...) (Y solo en dicho caso) el incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el RIS.

- 2.4 En este punto, es relevante preguntarse si la oportunidad, forma y modo en que debe efectuarse el Aporte por Regulación según lo establece el artículo 50 del RIS, hace también referencia a los pagos a cuenta contemplados en la legislación aplicable. Considerando que el RIS no señala si los pagos a cuenta pueden considerarse el Aporte por Regulación en sí mismo, debemos remitirnos al Código Tributario pues el Aporte por Regulación tiene naturaleza tributaria (posición que ha sido ratificada por la Administración Tributaria y que es reconocida por el propio OSITRAN).*

Al respecto, el Código Tributario hace una diferencia clara entre el impuesto en sí mismo y los pagos a cuenta, estableciendo un régimen Legal distinto entre uno y otro. En efecto, el artículo 29 del Código Tributario contiene normas para el lugar, forma y plazo de pago de los tributos, administrados por la SUNAT, distinguiendo la forma de pago de los tributos de determinación anual que se devengan al término del año gravable respecto del pago de los tributos de periodicidad mensual, los anticipos y pagos cuenta mensuales. En este sentido, no cabe duda que los pagos a cuenta son anticipos que constituyen obligaciones tributarias distintas a la obligación tributaria principal - en este caso el Aporte por Regulación - pero vinculadas a la obligación tributaria sustantiva que se devenga al final del periodo. Este criterio ha sido confirmado en reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal.

2.5 Dicho lo anterior, intentar extender el supuesto y consecuencias aplicables al pago extemporáneo de la Tasa por Regulación según el artículo 50 del RIS al caso de los pagos a cuenta mensuales por dicho concepto implica efectuar una interpretación extensiva de una norma sancionadora, en abierta infracción de los principios que rigen la actividad del OSITRAN. En efecto, en la medida que el RIS no contempla ninguna sanción por el pago extemporáneo de los pagos a cuenta y que el Código Tributario solo ordena el pago de interés moratorio, AUNOR ha cumplido cabalmente con sus obligaciones legales y contractuales pues ha cancelado el interés moratorio devengado tal como reconoce el OSITRAN...”

42. Adicionalmente a lo señalado en los numerales anteriores, es importante mencionar que la obligación de efectuar el Pago por Aporte por Regulación es una obligación contractualmente y legalmente prevista, cuyo incumplimiento es una infracción que se encuentra tipificada en el mencionado Capítulo VI del RIS.

De otro lado, en los numerales 2.6 y 2.7 de su Escrito de Descargos, la empresa AUNOR señala lo siguiente:

" 2.6. De acuerdo con el artículo 4 del RIS (el cual hace referencia expresa al artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444) la potestad sancionadora OSITRAN están regidos por los principios de legalidad y tipicidad, los cuales imponen las siguientes obligaciones en cabeza del regulador

"Legalidad.- Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad (...)

"Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria".
(El subrayado es nuestro).

- 2.7. En la medida que el artículo 50 del RIS solo sería aplicable a AUNOR en caso que el Aporte por Regulación tuviera una naturaleza mensual o que la cancelación extemporánea de los pagos a cuenta por dicho concepto estuvieran expresamente mencionados como un hecho sancionable, es claro que el procedimiento sancionador iniciado en virtud del Oficio no es aplicable a AUNOR.

En efecto, alegar que el Aporte por Regulación se liquida y determina mensualmente implica ir en contra de lo expresamente previsto en la ley, pues es clara la voluntad del legislador de que el mismo sea de periodicidad anual. Interpretar algo distinto a lo anterior equivale a reconocer que mediante meras directivas OSITRAN podría modificar la ley, en abierta contradicción con la constitución y el principio de legalidad.

De otro lado, el pretender extender las consecuencias de lo establecido en el artículo 50 del RIS a los pagos a cuenta por concepto del Aporte de Regulación infringe abiertamente el principio de tipicidad pues mediante una interpretación extensiva o por analogía se estaría imponiendo una sanción no expresamente contemplada bajo el RIS

43. Mediante su escrito de descargos, la empresa AUNOR, indica que los actos administrativos sancionatorios sólo serán válidos en la medida que se respeten los principios constitucionales básicos, entre los que destacan los de legalidad y tipicidad, establecidos en el Artículo 230º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Por lo que OSITRAN está obligado a respetar dichos principios, de lo contrario los actos administrativos sancionatorios emitidos por éste, serían abiertamente contradictorios con la Constitución y el principio de legalidad.
44. Sobre el particular, cabe mencionar que la potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

45. En este sentido, las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, siendo el fin de las sanciones, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.
46. Por ello, en este mismo orden de ideas, para la aplicación de una sanción administrativa debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada.
47. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido⁶ por la norma, justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.
48. En virtud de ello, el artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.
49. Por lo tanto, OSITRAN sí considera en todo momento los principios mencionados en todo el Procedimiento Administrativo Sancionador, y más aún como es en el presente caso, en la oportunidad donde deben ser aplicados, vale decir, para la emisión de la Resolución de Sanción que considera entre otros el análisis de los hechos, como de los descargos de la entidad del supuesto incumplimiento.
50. Es decir, no se puede referir a que dichos principios no se han tomado en consideración si el proceso se encuentra en su etapa de evaluación de descargos, luego del cual culmina con la propuesta de Resolución a la Gerencia General quien es el órgano encargado de emitir la resolución de sanción o archivo correspondiente.
51. Respecto del punto 2.7 del escrito de descargos es necesario aclarar lo ya mencionado en el numeral 38º del presente informe, en el cual se especifica que es el propio Contrato de Concesión que define como Leyes y Disposiciones Aplicables, al conjunto de disposiciones legales que lo regulan, las cuales incluyen los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las Partes.

⁶ **Bien Jurídico Protegido:** Roxin dice- Circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Felipe A. Villavicencio Terreros – Pág. 100 Editora Jurídica Grijley – 2006.

52. Desconocer ello, implicaría trasgredir el Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361° del Código Civil, que señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. En esta medida, se advierte que la empresa Concesionaria estaría incumpliendo con lo establecido en el Contrato de Concesión.
- **Respecto del literal c) De los descargos y la aplicación del principio de razonabilidad. Puntos 3.1 al 3.2.6 de su escrito de descargos.**

Respecto de este punto, en aplicación del principio de razonabilidad para graduar la sanción, debemos mencionar:

53. Mediante Decreto Legislativo N° 1029 publicado con fecha 24 de junio de 2008 se modificaron diversos artículos de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dentro de los cuales se encontraba el numeral 3 del artículo 230 sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad.
54. Es decir que el Principio de Razonabilidad previsto dentro de los Principios de la Potestad Sancionadora, **se aplica en razón a los criterios objetivos que en orden de prelación** se señalan en el numeral 3 del Artículo 230, a efectos de su determinación de la siguiente forma:
55. Por lo tanto, los criterios invocados por la empresa concesionaria no guardan relación con el Marco legal actual aplicable al principio de razonabilidad.

A continuación se desarrollará el Principio de Razonabilidad a efectos de la graduación de la Sanción:

- i) **La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición de la comisión de infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y el beneficio ilegalmente obtenido.-** En el presente caso, cabe tener en cuenta que de acuerdo al Informe de Hallazgos N° 071-09-GAF-OSTRAN, el incumplimiento denunciado, afectó al Regulador debido a que no contó con la disponibilidad y liquidez financiera para cubrir posibles contingencias.

No obstante ello, para la graduación de la sanción pecuniaria, debe tenerse presente que no se ha cuantificado en los **presentes autos el daño al interés público o bien jurídico protegido, ni el perjuicio económico** a los usuarios finales, los usuarios intermedios ni al Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de concedente.

Por otro lado, se debe mencionar que de la revisión efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se ha verificado que no existe antecedente, de sanción o conducta similar en años anteriores, referido al pago del Aporte por Regulación para con la empresa

concesionaria AUNOR, por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva.

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos** por la empresa concesionaria, el numeral VI del Informe de Hallazgos N° 071-09-GAF-OSITRAN señala que, *"Que la Entidad Prestadora AUTOPISTA DEL NORTE, tenga la oportunidad de disponer de dichos fondos en otros compromisos."*

- ii) **Teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se ha podido observar, en virtud a lo establecido en la Normatividad Aplicable, la empresa concesionaria conocía perfectamente la oportunidad, forma y modo establecidos para el Pago del Aporte por Regulación, específicamente de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y setiembre de 2009. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia inexcusable por parte de la empresa concesionaria AUNOR para el cumplimiento de la obligación aludida.
- iii) **La finalidad de la Sanción Pecuniaria.-** Tal como se ha mencionado anteriormente para la aplicación de una sanción administrativa, como son las multas, debe tenerse en cuenta que la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, por lo que en el presente caso corresponde imponer una multa que sea capaz de disuadir a la empresa concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas.

- 56. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión recomienda imponer como sanción una multa ascendente a diez (10) UIT a la empresa concesionaria Autopista del Norte S.A.C. por haber incumplido las obligaciones contenidas en la normatividad aplicable respecto a la oportunidad del pago del Aporte por Regulación, de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y setiembre de 2009.
- 57. Luego de la revisión del informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución.
- 58. De conformidad con el numeral 15 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 009-2009-CD-OSITRAN, corresponde a esta Gerencia resolver en primera instancia el presente procedimiento administrativo sancionador;

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la empresa concesionaria Autopista del Norte S.A.C. incumplió con las obligaciones contenidas en la normatividad aplicable respecto a la oportunidad del pago

del Aporte por Regulación, de los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y setiembre de 2009.

SEGUNDO: Imponer a la empresa concesionaria Autopista del Norte S.A.C. como sanción por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a diez (10) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º de el RIS.

TERCERO: Notificar la presente Resolución a la empresa concesionaria Autopista del Norte S.A.C.

CUARTO: Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General

Reg. Sal. Nº GG-3607-10