

RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL

Nº 008-2000-GG-OSITRAN

Lima, 29 de septiembre de 2000

PROCEDIMIENTO DE OFICIO

EXPEDIENTE Nº 003-2000-GG-OSITRAN

CUMPLIMIENTO DE LA CLAUSULA 5.2º 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 007-2000-DTIV-OSITRAN de fecha 14 de julio de 2000 notificado a la empresa concesionaria el 25 de julio de 2000, mediante el cual el Jefe de la División Técnica de Infraestructura Vial pone en conocimiento de la Gerencia General los resultados de las labores de supervisión del Contrato de Concesión correspondiente al Ferrocarril del Sur y Sur Oriente en lo concerniente al cumplimiento de la cláusula 5.2º;

La comunicación de fecha 08 de agosto del 2000 mediante la cual el apoderado de la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. formula sus descargos al Informe antes mencionado; y

Los escritos y actuaciones complementarios efectuados con ocasión del presente procedimiento 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, entre otras consideraciones, regular y supervisar el cumplimiento de los Contratos de Concesión referidos a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público;

Que, para tal efecto, el artículo 6.3º del mismo marco normativo establece que la atribución fiscalizadora de OSITRAN 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 inciso 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, la cláusula décimo séptima del contrato de concesión correspondiente al Ferrocarril del Sur y Sur Oriente suscrito por la empresa Ferrocarril Transandino S.A. con el Estado Peruano denominada "Supervisión del Contrato" precisa que corresponderá a OSITRAN la supervisión de la ejecución y cumplimiento del contrato, de conformidad con lo previsto en el mismo y en las leyes aplicables;

Que, en dicha cláusula se precisa además que OSITRAN también se encuentra facultado para imponer al concesionario las multas o sanciones que correspondan al 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 de 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 obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;

Que, en el presente caso, mediante el Informe de **VISTOS** se da cuenta de las labores de supervisión realizadas por la División Técnica de Infraestructura Vial en lo concerniente al cumplimiento adecuado de lo dispuesto en la cláusula 5.2° del Contrato de Concesión suscrito por la empresa Ferrocarril Transandino S.A. con el Estado Peruano;

Que, la cláusula 5.2° del Contrato de Concesión mencionado establece lo siguiente:

"Retribución Especial. El Concesionario también queda obligado a pagar semestralmente a favor del Concedente la Retribución Especial que equivale al 50% (cincuenta por ciento) de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos por la explotación del Material Tractivo y/o del Material Rodante incluidos en el Anexo N° 3 de este Contrato, excluyendo el Impuesto General a las Ventas. La Retribución Especial deberá pagarse hasta la fecha en que el Concesionario efectivamente devuelva todos y cada uno de los Bienes de Concesión, incluidos en el Anexo N° 3.

La Retribución Especial deberá pagarse dentro de los diez primeros Días del semestre siguiente a aquel respecto del cual se efectúa el pago. El Concesionario se obliga a efectuar dicho pago adjuntando la documentación financiera y/o contable que resulte necesaria para identificar los ingresos provenientes de la explotación de los Bienes de la Concesión incluidos en el Anexo N° 3 de este Contrato, empleados como base de cálculo.

A partir del vencimiento del décimo Año de Concesión, la Retribución Especial se pagará en forma mensual, dentro de los diez primeros Días del mes siguiente a aquél respecto del cual se efectúa el pago, debiendo el Concesionario efectuar cada pago adjuntando la información financiera y/o contable aludida en el párrafo anterior.

En cualquier caso, de no efectuarse el pago oportunamente 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 y a favor del Concedente el interés compensatorio que resulte de aplicar la tasa activa del mercado promedio ponderado efectiva (TANM) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros, a la suma pendiente de pago y hasta su efectiva cancelación."

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula citada, con fecha 30 de marzo del 2000, la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A., mediante carta suscrita por su apoderado general, presenta la liquidación de la Retribución Especial del periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1999 y el 20 de marzo del 2000;

Que, en dicha comunicación se señala que la Retribución Especial a pagar ascendería a la suma de S/. 17,385.00 (diecisiete mil trescientos ochenta y cinco y 00/100 Nuevos Soles) que equivale al 50% de los ingresos obtenidos por la explotación del material tractivo y rodante, reportados como S/. 34,770.00 (treinta y cuatro mil setecientos setenta y 00/100 Nuevos Soles).

Que, asimismo de la documentación adjunta se desprende que el cálculo de los S/. 34,770.00 (treinta y cuatro mil setecientos setenta y 00/100 Nuevos Soles) equivale a los US\$ 10,000.00 (diez mil y 00/100 dólares americanos) que se ha estipulado en el Contrato de Alquiler de Material Tractivo y Rodante celebrado entre la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. y la empresa operadora Perú Rail S.A. como pago mínimo y que fuera calculado de la siguiente manera:

Cálculos de Ingresos:	
Para el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 1999 y el 20 de enero del 2000, denominado "periodo inicial".	US\$ 10,000.00 (diez mil y 00/100 dólares americanos) por todo concepto, equivalentes a S/. 34,770.00 (treinta y cuatro mil setecientos setenta y 00/100 Nuevos Soles) ¹
Para el periodo comprendido entre el 21 de enero del 2000 y el 20 de marzo del 2000 (en función a los Kilómetros vagón recorridos y kilómetros locomotoras recorridos por una retribución de 10 centavos de dólar por Kilómetros/Vagón/Locomotora.	US\$ 212,679.80 (doscientos doce mil seiscientos setenta y nueve y 80/100 dólares americanos) equivalentes a S/. 733,319.95 (setecientos treinta y tres mil trescientos diecinueve y 95/100 Nuevos Soles).
Total Ingresos	US\$ 222,679.80 (doscientos veintidós mil seiscientos setenta y nueve y 80/100 dólares americanos) equivalentes a S/. 767,799.95 (setecientos sesenta y siete mil setecientos noventa y nueve y 95/100 Nuevos Soles).
Menos:	
Gastos por concepto de mantenimiento y mejoras.	S/. 3'060,233.53 (tres millones sesenta mil doscientos treinta y tres y 53/100 Nuevos Soles).
Total:	(S/. 2'292,433.58) (menos dos millones doscientos cincuenta y siete mil seiscientos sesenta y tres y 58/100 Nuevos Soles).

Que, como consecuencia de la existencia de un saldo negativo entre los ingresos y los gastos, conforme a lo estipulado en el Contrato de Alquiler referido la empresa concesionaria, se aplicó el pago mínimo de US\$ 10,000.00 (diez mil y 00/100 dólares americanos);

Que, la División Técnica de Infraestructura Vial, luego de evaluar el cálculo de la Retribución Especial efectuado por la empresa concesionaria y no encontrándolo arreglado a lo

¹ Cabe señalar que en el Anexo 10 del Contrato de Alquiler referido a las tarifas que fuera inicialmente presentado por la empresa concesionaria, si bien se mencionaba que existía un periodo inicial no se establecía cuanto duraba el mismo ni como se determinaba la renta por dicho periodo. No obstante ello, durante la tramitación del presente procedimiento, mediante carta N° 112-2000/FETRANS. S.A. recibida en OSITRAN el 24 de agosto del 2000, el apoderado general de la empresa concesionaria adjunta un documento aclaratorio de Contrato de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante, en cuya virtud se sustenta y se precisa el concepto y los alcances del periodo inicial suscrito por las partes contratantes con el carácter de declaración jurada en el que se indica que el periodo inicial comenzó el 20 de septiembre de 1999 y concluyó el 20 de enero del 2000 inclusive, y que por dicho periodo la renta debida del arrendatario al arrendador fue de US\$ 10,000.00.

estipulado en el Contrato de Concesión, con fecha 26 de mayo del 2000, envió al Gerente General de la empresa concesionaria la carta N° 066-2000-DTIV-OSITRAN, mediante la cual le precisa que la cláusula 5.2° del Contrato de Concesión define la Retribución Especial como el 50% de los ingresos obtenidos por la explotación del material tractivo y rodante excluyendo el IGV;

Que, asimismo, en dicha comunicación la División Técnica mencionó que de acuerdo con el Contrato de Concesión, el cálculo de la Retribución Especial no admitía otra deducción del ingreso que no sea el IGV, por lo que solicitó a la empresa concesionaria que proceda a realizar una nueva liquidación del importe de la Retribución Especial ciñéndose estrictamente a lo establecido en el Contrato de Concesión, en un plazo no mayor de diez días calendario;

Que, en respuesta a lo solicitado, el 31 de mayo del 2000, la empresa concesionaria envía la Carta N° 079-2000/FETRANS. S.A. mediante la cual sustenta el cálculo presentado para efectos del pago de la Retribución Especial en los siguientes términos:

“Nuestra interpretación se sustenta en las siguientes consideraciones:

- 2.1) La renta arrendaticia cobrada al operador se determina en función a dos factores: i) Una cantidad por Kilómetro/vagón y Kilómetro/Locomotora, y ii) El monto del mantenimiento y las mejoras realizadas por el arrendatario (léase Perú Rail S.A.) durante el respectivo período de arrendamiento.*
- 2.2) La renta es una sola, constituida por la diferencia aritmética entre los conceptos i) y ii) del numeral precedente, salvo que esa diferencia sea menor a U.S. \$ 10,000.00 en cuyo supuesto esa será la cantidad como renta para el período dado.*
- 2.3) Los gastos de mantenimiento, reparación o mejoras, son propios de la actividad del arrendatario, éste no presta ese servicio al arrendador (léase al concesionario o Ferrocarril Transandino S.A.) sino así mismo como consecuencia de la obligación que asume según el contrato de arrendamiento.*
- 2.4) La retribución especial se calcula sobre los ingresos obtenidos de la explotación de material tractivo y rodante cuyos ingresos están determinados por la renta arrendaticia facturada por Ferrocarril Transandino S.A. a Perú Rail S.A. El factor Kilómetro/vagón o Kilómetro/Locomotora no es propiamente la renta ni el ingreso sino un elemento a ser considerado para la determinación de la renta arrendaticia. En consecuencia, la retribución especial debe calcularse sólo sobre la cantidad facturada de Ferrocarril Transandino S.A. a Perú Rail S.A. por concepto de renta arrendaticia.*
- 2.5) En consecuencia, el mantenimiento es un factor para la determinación de la renta, como también lo es el Kilómetro/vagón, siendo imposible prescindir de él en la liquidación de la Retribución Especial. Por lo tanto, no se trata de un descuento o de una rebaja del importe de la renta como erróneamente se ha interpretado.*
- 2.6) Del tenor del segundo numeral de la carta en referencia, entendemos que se estaría sugiriendo una re-liquidación de la Retribución Especial atendiendo a las observaciones contenidas en dicho numeral, re-liquidación que no hallaría sustento pues, como hemos explicado en los párrafos precedentes, estamos frente a una errónea interpretación de los términos del contrato de arrendamiento convenido entre nuestra empresa y Perú Rail S.A.”*

Que, mediante Carta N° 074-00-DTIV-OSITRAN, recibida por la empresa concesionaria el 6 de junio del 2000, la División Técnica reitera el requerimiento para que la empresa efectúe la liquidación de la Retribución Especial conforme se dispone en la cláusula 5.2° del Contrato de Concesión dentro del plazo establecido en la comunicación anterior y le precisa que, contrariamente a lo manifestado por ellos en la Carta N° 079-2000/FETRANS. S.A., la Retribución Especial se calcula sobre todos los ingresos obtenidos por los bienes detallados en el Anexo N° 3 con la única exclusión del IGV y que en el presente caso dichos ingresos estarían

representados por los ingresos derivados del arrendamiento de dichos bienes por Kilómetro/vagón y Kilómetro/Locomotora sin que se descuente el mantenimiento y las mejoras realizadas por el arrendatario de acuerdo a lo dispuesto en la Circular N° 023 de fecha 17 de marzo de 1999²;

Que, mediante Carta N° 83-2000/FETRANS S.A. dirigida al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción - MTC, con copia a OSITRAN y recibida el 7 de junio del 2000, Ferrocarril Transandino S.A. atendiendo al requerimiento de OSITRAN efectúa una nueva liquidación de la Retribución Especial y elimina de la liquidación inicialmente presentada la deducción de los S/. 3'060,233.53 (tres millones sesenta mil doscientos treinta y tres y 53/100 Nuevos Soles) por concepto de mantenimiento y mejoras quedando el monto reeliquidado de la Retribución Especial en S/. 383,899.98 (trescientos ochenta y tres mil ochocientos noventa y nueve y 98/100 Nuevos Soles) correspondientes al 50% de la sumatoria de los ingresos obtenidos por el denominado periodo inicial y por los ingresos obtenidos por kilómetro/vagón y kilómetro/Locomotora que ascendería a la suma de S/. 767,799.95, según declaración de la propia empresa;

Que, teniendo en consideración lo dispuesto en la cláusula 5.2° 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 dispone 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 a la obligación contractual establecida en la cláusula 5.2 del Contrato, al haber presentado la empresa concesionaria el 30 de marzo del 2000 una liquidación de Retribución Especial con un monto inferior al que debió presentar en dicha oportunidad como consecuencia de haber efectuado una deducción expresamente prohibida por el Contrato de Concesión, considerándola como Infracción Muy Grave y por lo tanto recomendaba la imposición de una sanción equivalente al 5% del Ingreso 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 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN la Gerencia General mediante Carta N° 066-00-GG-OSITRAN del 24 de julio del 2000 y notificada el 25 de julio del mismo año, puso en conocimiento de la empresa Ferrocarril Transandino S.A. el Informe de **VISTOS** para que emita los descargos que estime convenientes;

Que, en atención a ello, mediante la Carta de **VISTOS** la empresa Ferrocarril Transandino S.A. remite sus descargos y fundamenta los mismos de la siguiente manera:

"La cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión otorga al Concesionario la facultad de que al momento en que la obligación prevista por la cláusula 5.2 resulte exigible, éste puede liberarse de ella, ya sea a través del pago de la Retribución Especial o mediante la acreditación de las inversiones realizadas en la Infraestructura Vial Ferroviaria".

"El ejercicio del beneficio de la cláusula 10.1.1 supone la extinción de la obligación prevista por la cláusula 5.2° y, por ende, el cumplimiento de la misma",

"Al haber cumplido el Concesionario con comunicar de manera oportuna el ejercicio del beneficio antes señalado, se extinguió la obligación referida al pago de la Retribución Especial, por lo tanto no es posible hablar de incumplimiento tal y como lo hace el Informe".

² En dicha circular expresamente se establece lo siguiente:

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

“La documentación presentada con fecha 30 de marzo tenía por finalidad comunicar que la obligación de pago de la Retribución Especial había quedado extinguida y, por ende, ésta había sido plenamente cumplida al haberse aplicado el beneficio de la Cláusula 10.1.1, adjuntando para tal efecto la documentación a que hace referencia la Cláusula 10.1.4 del Contrato de Concesión”.

“La Cláusula 10.1.4 del Contrato de Concesión únicamente establece los términos en los cuales el Concesionario debe ejercer la prerrogativa o beneficio previsto por la Cláusula 10.1.1, por lo que un error en la presentación de dicha documentación no puede ser calificado como incumplimiento”.

“El informe pretende atribuir el supuesto incumplimiento a la presentación de una nueva liquidación por parte del Concesionario en la cual determinamos un nuevo monto por concepto de la Retribución Especial. Sin embargo, la nueva determinación de la Retribución Especial igualmente resulta inferior al importe de las inversiones efectuadas en la Infraestructura Vial Ferroviaria, por lo que aun cuando se realizó la liquidación de manera equivocada, la obligación relativa al pago de la Retribución Especial fue plenamente cumplida a través del ejercicio de la facultad prevista por la Cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión.”

“Las diferencias determinadas en la carta N° 083-2000/FETRANS S.A. responden a errores de carácter netamente formal y que afectan exclusivamente el cumplimiento de obligaciones de igual naturaleza, es decir, simples formalidades”.

“En ese sentido, la referida carta cumplió con subsanar una formalidad que más que una obligación corresponde a la forma de ejercer una facultad concedida al Concesionario, por lo que en modo alguno puede considerarse que se ha producido un incumplimiento.”

“La imposición de la sanción que se nos pretende imputar resulta improcedente en la medida que se sustenta en un Informe y una evaluación efectuada por una entidad que carece de competencia para hacerlo, pues de acuerdo con el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, compete al Concedente y no a OSITRAN la calificación del hecho como infracción.”

“Sin perjuicio de la falta de competencia de la Dirección Técnica de Infraestructura Vial de OSITRAN para pronunciarse respecto a una eventual infracción, la evaluación efectuada por ésta de los hechos que supuestamente originan la infracción ha pasado por alto que el cumplimiento de la obligación podía realizarse por otros medios, como efectivamente se hizo, por lo que no es posible hablar de incumplimiento alguno.”

“Asimismo, no se ha tomado en consideración que no se ha producido afectación alguna al Concedente, así como a ningún tercero, habiéndose generado en todo caso un incumplimiento de carácter formal que fue completamente subsanado por el Concesionario. Por ello, y en aplicación del principio de proporcionalidad previsto por el Reglamento corresponde considerar a la infracción que se nos imputa, en último caso, como una infracción leve”.

“Finalmente, al haber cumplido el Concesionario con subsanar la supuesta infracción incurrida, corresponde a OSITRAN en virtud del principio de oportunidad y en aplicación de las facultades conferidas por el Reglamento, proceder a declarar la improcedencia de la sanción o, en todo caso, imponer a nuestra empresa la sanción que corresponde a las infracciones leves, como es el preaviso”.

Que, mediante Carta N° 072-00-GG-OSITRAN de fecha 23 de agosto del 2000, notificada a la empresa concesionaria el mismo 23 de agosto, la Gerencia General de OSITRAN citó a la empresa mencionada para que a través de sus representantes pudieran exponer oralmente sus descargos;

Que, en dicha diligencia los representantes de la empresa mencionada incidieron en los argumentos expuestos en su escrito de descargo y en la aplicación del principio de proporcionalidad al considerar en todo caso a la infracción producida como un incumplimiento de carácter formal;

Que, mediante comunicación fecha 1 de septiembre del 2000, la empresa concesionaria presenta un escrito ampliatorio de sus descargos poniendo especial énfasis en el cumplimiento de la obligación a través de la cláusula 10.1.1. del Contrato, al haberse operado una dación en pago o en todo caso al haberse cumplido una obligación facultativa que habría extinguido la obligación establecida en la cláusula 5.2 del Contrato;

Que, habiéndose agotado todas las diligencias establecidas en el presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, corresponde a esta Gerencia emitir pronunciamiento;

Que, el pronunciamiento en el presente caso pasa por determinar si, en atención a lo mencionado, la empresa Ferrocarril Transandino S.A. ha cumplido o no la obligación establecida en la cláusula 5.2º del Contrato de Concesión;

Que, en ese sentido, debe tenerse presente que la referida cláusula dispone expresamente que *"El Concesionario también queda obligado a pagar semestralmente a favor del Concedente la Retribución Especial que equivale al 50% (cincuenta por ciento) de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos por la explotación del Material Tractivo y/o del Material Rodante incluidos en el Anexo N° 3 de este Contrato, excluyendo el Impuesto General a las Ventas. La Retribución Especial deberá pagarse hasta la fecha en que el Concesionario efectivamente devuelva todos y cada uno de los Bienes de Concesión, incluidos en el Anexo N° 3"*.

Que, asimismo, la referida cláusula dispone que *"la Retribución Especial deberá pagarse dentro de los diez primeros Días del semestre siguiente a aquel respecto del cual se efectúa el pago. El Concesionario se obliga a efectuar dicho pago adjuntando la documentación financiera y/o contable que resulte necesaria para identificar los ingresos provenientes de la explotación de los Bienes de la Concesión incluidos en el Anexo N° 3 de este Contrato, empleados como base de cálculo"*;

Que, adicionalmente a ello, la Circular N° 023, que forma parte integrante del Contrato, absolviendo una consulta de los postores establece expresamente que *"de acuerdo al numeral 5.2º del Contrato de Concesión, el canon especial se calcula sobre todos los ingresos obtenidos por la explotación de los Bienes detallados en el Anexo N° 3 del Contrato y por tanto, no se admitirán descuentos por gastos de mantenimiento o de algún otro concepto vinculado a la operación"*.

Que, como consecuencia de lo mencionado, en el presente caso, la obligación referida en la Cláusula 5.2º consistía en que la empresa concesionaria, en el plazo estipulado en la misma cumpla con la obligación referida a la Retribución Especial;

Que, en ese sentido, resulta indispensable establecer los aspectos que configuran el cumplimiento adecuado de la obligación y determinar a partir de ello, si en el presente caso se ha producido o no dicho cumplimiento;

Que, uno de dichos aspectos es el plazo para que se cumpla la obligación;

Que, la Cláusula 5.2º define expresamente el plazo del cumplimiento de la obligación y dispone que el cumplimiento de la misma debe efectuarse dentro de los diez primeros días del semestre siguiente respecto del cual se efectúa el pago;

Que, en el presente caso, dicho semestre se empezó a contar desde el 20 de septiembre de 1999, fecha de cierre del contrato, fecha en que según lo dispuesto en el propio Contrato entra en vigencia el mismo, el Concesionario adquiere la condición de tal, y por lo tanto, empieza a surtir efectos los derechos y obligaciones estipulados en el mismo;

Que, en tal sentido, teniendo en consideración lo dispuesto en el Contrato de Concesión y en el numeral 2 del artículo 183º del Código Civil, el semestre venció el 20 de marzo del 2000;

Que, como consecuencia de ello, el plazo para cumplir con la obligación está determinado por cualquiera de los diez primeros días siguientes al 20 de marzo;

Que, de conformidad con lo estipulado también en el Contrato de Concesión, dichos días se entiendo por días calendario;

Que, por lo tanto, en el presente caso el cumplimiento adecuado de la obligación desde el aspecto del plazo debió producirse en cualquiera de los siguientes días del mes de marzo del 2000: 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30;

Que, habiendo precisado el aspecto referido al plazo corresponde evaluar el aspecto relacionado con la prestación que debía cumplir el Concesionario en dicho plazo para dar por cumplida la obligación establecida en la cláusula 5.2º;

Que, en ese sentido debe tenerse en cuenta que la obligación en mención está determinada por la concurrencia de las siguientes actuaciones que debe realizar la empresa concesionaria para dar por cumplida la obligación en las fechas antes determinadas:

1. Presentación de la Declaración de la Retribución Especial adjuntando la documentación financiera y/o contable que resulte necesaria para identificar los ingresos provenientes de la explotación de los Bienes de la Concesión incluidos en el Anexo N° 3 del Contrato;
2. Determinación adecuada del monto a pagar por concepto de la Retribución Especial de conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión, precisando todos los ingresos sujetos al cálculo de dicha retribución, sin efectuar deducciones prohibidas por el propio Contrato; y
3. Efectuar el pago correspondiente a la Retribución Especial, ya sea cancelando efectivamente el monto por dicho concepto o utilizando el mecanismo de liberación de pago previsto en la cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión, que le permite dejar de pagar la Retribución Especial en la medida que acredite haber efectuado inversiones;

Que, como consecuencia de ello, cualquier omisión o defecto en las actuaciones mencionadas ocasiona que no se cumpla adecuadamente la obligación y por lo tanto implica su incumplimiento;

Que, en el presente caso, la empresa concesionaria el día 30 de marzo del 2000, tal como consta en el expediente presentó la Declaración de la Retribución Especial precisando que el monto a pagar por dicho concepto ascendía a S/. 17,385.00 (diecisiete mil trescientos ochenta y cinco y 00/100 Nuevos Soles);

Que, asimismo, en dicha oportunidad, la empresa concesionaria comunicó su decisión de utilizar para efectos del pago de la Retribución Especial, tal y como ha sido mencionado en sus descargos, el mecanismo de liberación de pago previsto en la cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión, precisando que las inversiones realizadas por ella al 31 de diciembre de 1999 ascienden a S/. 5'870,685.00 (cinco millones ochocientos setenta mil seiscientos ochenta y cinco y 00/100 Nuevos Soles) y que en consecuencia luego de haber utilizado la misma en el pago de la Retribución Principal le quedaba un remanente de S/. 2'040,460.00 (dos millones

cuarenta mil cuatrocientos sesenta y 00/100 Nuevos Soles), que cubría en exceso a los S/. 17,385.00 (diecisiete mil trescientos ochenta y cinco y 00/100 Nuevos Soles) que tendría que pagar por concepto de Retribución Especial;

Que, no obstante ello, en cuanto a la determinación del monto a pagar por concepto de la Retribución Especial, que según el Concesionario ascendería a S/. 17,385.00 (diecisiete mil trescientos ochenta y cinco y 00/100 Nuevos Soles), la empresa concesionaria cálculo y determinó el mismo efectuando una deducción expresamente prohibida por el propio Contrato de Concesión, tal como se lo hizo saber en varias oportunidades la División Técnica;

Que, en ese sentido, la empresa concesionaria determinó el monto a pagar por concepto de Retribución Especial sobre la totalidad de los ingresos obtenidos por la explotación de los Bienes de la Concesión contenidos en el Anexo N° 3 (material tractivo y rodante) deduciendo de dicho monto los gastos por mantenimiento y mejoras incurridos por la empresa operadora arrendataria;

Que, dicha deducción trajo como consecuencia que la empresa concesionaria declare como monto a pagar por concepto de Retribución Especial la suma de S/. 17,385.00 (diecisiete mil trescientos ochenta y cinco y 00/100 Nuevos Soles) y no la suma de S/. 383,899.98 (trescientos ochenta y tres mil ochocientos noventa y nueve y 98/100 Nuevos Soles) que según su propia documentación era la cifra que correspondía pagar;

Que, de ello se desprende que la empresa concesionaria incumplió el aspecto relacionado con la determinación del monto a pagar por concepto de Retribución Especial por haber hecho una deducción expresamente prohibida por la Circular N° 023 que forma parte del Contrato;

Que, dicha deducción indebida y prohibida generó que el monto a pagar por concepto de la Retribución Especial fuera inferior al monto debido, según su propia documentación en S/. 366,514.98 (trescientos sesenta y seis mil quinientos catorce y 98/100 Nuevos Soles), con lo que la empresa concesionaria asumió que tenía un saldo a acreedor a su favor, mayor al real; y por lo tanto, el Estado tenía un mayor saldo deudor en su contra.³

Que, en el presente caso, existió un incumplimiento a la obligación establecida en la cláusula 5.2° del Contrato de Concesión, al no haber determinado adecuadamente el monto a pagar por concepto de la Retribución Especial como consecuencia de haber efectuado una deducción indebida y prohibida expresamente por el Contrato de Concesión;

Que, en ese sentido, de los argumentos expuestos por la empresa concesionaria no se desprende argumento alguno que desvirtúe la deducción indebida y prohibida efectuada por la propia empresa;

Que, por el contrario, los argumentos inciden en el hecho de haber realizado las inversiones efectuadas por ella para dar cumplimiento al pago de la Retribución Especial y en la subsanación efectuada con posterioridad;

³ La cláusula 10.1 establece que el Concesionario podrá dejar de pagar la Retribución Principal y la Retribución Especial en mérito a sus Inversiones, y en forma complementaria, el numeral 10.1.5. añade que en caso que los montos por Retribución Principal y Retribución Especial no alcancen a cubrir el íntegro del monto correspondiente a las Inversiones efectuadas, el saldo existente podrá ser empleado como justificativo para dejar de pagar las siguientes cuotas de las referidas retribuciones, hasta donde alcance dicho remanente. Por lo tanto, en este caso, los S/. 366,514.98 que no fueron declarados como parte de la Retribución Especial ocasionaban que el Concesionario contara con un mayor saldo a favor que le iba a permitir aplicarlo a las siguientes cuotas de Retribución, ya sea Principal o Especial.

Que, dichos argumentos, no invalidan la infracción detectada por la División Técnica, sino que los mismos corroboran que inclusive de no haberse efectuado las inversiones mencionadas por ellos podría también generarse una infracción a la misma obligación;

Que, la obligación puede ser incumplida tanto por la no-presentación de la declaración de la Retribución Especial en la fecha oportuna para ello, como en la determinación no adecuada del monto a pagar e inclusive en el pago de la misma;

Que, en el presente caso, el incumplimiento se presenta en la determinación del monto a pagar por haberse efectuado una deducción indebida, que si no hubiera sido detectada por la División Técnica en su oportunidad, hubiera generado que el pago efectuado por la empresa concesionaria ya sea mediante efectivo o mediante el mecanismo de liberación de pago fuera inferior al que realmente correspondía;

Que, el argumento de la empresa concesionaria en el sentido de que en realidad se habría producido un error formal y no un incumplimiento a la obligación por cuanto el monto resultante a pagar resultaría de la misma manera inferior a las inversiones efectuadas no resulta convincente, en razón de lo mencionado en el considerando anterior ya que la deducción indebida de por sí constituye una infracción, más allá de que la misma produzca o no un perjuicio para el Estado;⁴

Que, las infracciones son sancionadas cuando se cometen o cuando se incurren en las mismas y no únicamente cuando las mismas producen un daño efectivo⁵;

Que, la empresa concesionaria, al haber efectuado una deducción indebida y prohibida por el Contrato de Concesión para determinar el monto de la Retribución Especial, ha cometido una infracción, originado con ello que en el plazo estipulado en el Contrato no haya cumplido adecuadamente con la obligación;

Que, la subsanación efectuada por la empresa concesionaria no elimina la infracción cometida en virtud al principio de No Convalidación y obligación de cese, por lo que corresponde sancionar la misma;

Que, en lo concerniente al cuestionamiento de la competencia de OSITRAN para imponer sanciones, el mismo queda desvirtuado por cuanto dicha competencia no se deriva del Contrato de Concesión sino de lo dispuesto en la Ley N° 26917 ratificado en la Ley N° 27332 que expresamente asigna competencia a OSITRAN para imponer sanciones tal como se hace referencia en los **CONSIDERANDOS** iniciales de la presente resolución y que también es reconocida expresamente en el propio Contrato;

Que, la obligación establecida en la cláusula 5.2 del Contrato de Concesión referida a la Retribución Especial conjuntamente con la obligación referida a la Retribución Principal, constituye la contraprestación que debe pagar la empresa concesionaria al Estado por la Concesión conferida;

Que, a mayor abundamiento, el Contrato de Concesión en la cláusula referida a las causales de caducidad de la Concesión contempla entre ellas al incumplimiento en el pago de las Retribuciones;

⁴ El perjuicio al Estado no llegó a concretarse debido a la mencionada intervención de la DTIV, pero como se mencionó en la nota de pie de página anterior, éste ascendía a S/. 366,514.98 que el Concesionario iba a aplicar a las siguientes cuotas de Retribución al Estado.

⁵ Prueba de ello, lo constituyen y sólo a manera de ejemplo las infracciones de tránsito en que las mismas se sancionan per se y no por la ocurrencia de algún daño efectivo al igual que en el caso de las infracciones tributarias que son sancionadas per se como en el caso de ocultar ingresos o hacer deducciones indebidas pese a que posteriormente se pague correctamente.

Que, en el presente caso, el incumplimiento de la cláusula 5.2 no está en la falta de pago, sino en la deducción indebida efectuada por la empresa concesionaria para efectuar el mismo, que en su momento pudo haber determinado el supuesto de la caducidad;

Que, la empresa concesionaria ha subsanado luego de los requerimientos efectuados por la División Técnica, dicha infracción;

Que, en ese sentido, no corresponde declarar la caducidad de la Concesión, sino establecer una sanción de acuerdo a lo dispuesto en el Contrato de Concesión y en las leyes aplicables;

Que, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, la infracción cometida pudo causar daños económicos importantes para el Estado y además originó el incumplimiento de una condición básica del Contrato como es precisamente el pago de la Retribución Especial por lo que correspondería categorizar a la infracción como una infracción Muy Grave, tal como lo recomendó la División Técnica en su informe de **VISTOS**;

Que, no obstante ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, teniendo en consideración que en el presente caso la empresa concesionaria subsanó la infracción cometida antes de la notificación del Informe N° 007-2000-DTIV-OSITRAN, corresponde apartarse de la recomendación dispuesta por la División Técnica en el Informe de **VISTOS** y reducir la sanción a la que correspondería a una Infracción Grave, sancionando a la empresa concesionaria 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, es decir, a los ingresos del mes de agosto del 2000;

Por lo expuesto se **RESUELVE**:

Primero: Declarar que la empresa Ferrocarril Transandino S.A. ha incumplido la cláusula 5.2° del Contrato de Concesión que tiene suscrito con el Estado Peruano al haber efectuado una deducción indebida y prohibida por el propio Contrato de Concesión para determinar el monto a pagar por concepto de la Retribución Especial.

Segundo: Disponer una sanción a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. equivalente al pago de una multa ascendente al 1% (uno por ciento) de los Ingresos Brutos obtenidos por ella en el mes inmediatamente anterior a la presente sanción.

Tercero: Exigir el cumplimiento de la cláusula 5.2° del Contrato de Concesión en los términos dispuestos en el Contrato y en las Leyes Aplicables, en la determinación del monto a pagar por concepto de la Retribución Especial.

Cuarto: Poner la presente Resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en su calidad de Concedente.

Cinco: Encargar a División Técnica de Infraestructura Vial adoptar las acciones necesarias para que lo dispuesto en la presente resolución se cumpla.

CECILIA BALCAZAR SUAREZ
GERENTE GENERAL