

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 003-2001-GG-OSITRAN

Lima, 02 de marzo de 2001

PROCEDIMIENTO DE OFICIO

EXPEDIENTE Nº 002-2001-GG-OSITRAN

PAGO DE LA TASA DE REGULACIÓN ESTABLECIDA EN EL LITERAL a) DEL ARTÍCULO 14º DE LA LEY 26917 Y EN LA CLAUSULA 5.7º 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 01-2001-DTIV/OSITRAN de fecha 3 de enero del 2001 debidamente notificado a la empresa concesionaria por carta No. 007-2001-GG/OSITRAN con fecha 8 de enero del 2001, 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 5.7 del contrato por Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS), recomendando la imposición de una sanción;

El escrito Nº 1 de fecha 22 de enero del 2001 mediante el cual FETRANS formula sus descargos al informe antes mencionado; 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 Transandino S.A. con el Estado Peruano, establece que OSITRAN también se encuentra facultado para imponer al Concesionario las multas o sanciones que correspondan conforme a este Contrato, sin perjuicio de aquellas que correspondan según las Leyes Aplicables;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 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 del pago de la tasa de regulación establecida en el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917 y la cláusula 5.7 del Contrato de Concesión suscrito por la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. con el Estado Peruano:

Que, el artículo 14° de la Ley N° 26917 establece lo siguiente:

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.

Que, la cláusula 5.7 del Contrato de Concesión mencionado establece lo siguiente:

Tasa de Regulación. *El Concesionario también queda obligado al pago de la tasa de regulación a favor de OSITRAN, de conformidad con lo previsto en el numeral 9.1. de este Contrato y en las Leyes Aplicables.*

Que, con fecha 2 de marzo del 2000, FETRANS emite las facturas Nos. 001-0000052, 001-0000054, 001-0000056, 001-0000057, 001-0000058, 001-0000060, cuyos montos arrojan un total de S/.728,660.46 (SETECIENTOS VEINTI OCHO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y 46/100 NUEVOS SOLES) neto de IGV, por concepto de la venta de activos a MEVIASUR;

Que, con fecha 31 de mayo del 2000, FETRANS presenta su Declaración Jurada de Pago correspondiente al ejercicio 1999¹;

Que, el 25 de septiembre de 2000, la División Técnica de Infraestructura Vial recibió el Memorándum N° 69-00-GEE a través del cual la Gerencia de Estudios Económicos comunicó haber encontrado que el concesionario FETRANS adeuda al OSITRAN por concepto de tasa de regulación, correspondiente al ejercicio 1999, los siguientes conceptos:

- a) La venta de activos a la empresa MEVIASUR por un monto de S/. 728,660.46.
- b) Los mayores ingresos obtenidos por el acceso a la vía férrea que fueron reconocidos por el concesionario en su comunicación N° 110-200-FETRANS del 18 de agosto del 2000. Estos mayores ingresos ascenderían a US\$ 52,969.

Que, el 03 de octubre de 2000, la DTIV remitió a FETRANS la carta N° 122-00-DTIV-OSITRAN, a través de la cual comunica que se han detectado omisiones por concepto del pago

¹ Se determinaron los siguientes montos (en nuevos soles):

A.	Ingresos facturados sin incluir IGV	891,365.00
B.	Aporte por pagar (1% de A)	8,914.00
C.	Interés Moratorio	399.00
D.	Total a pagar al OSITRAN (B+C)	9,313.00

de la tasa regulación, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 26917, en la cláusula 5.7° del contrato de concesión y en la Resolución de Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSITRAN; y que éstas deberán ser regularizadas a la brevedad;

Que, en dicha comunicación se detallaron las siguientes omisiones, con respecto al ejercicio 1999:

	Mes de aportación	Concepto	Venta no declarada	1% a depositar	Vencimiento de depósito
1	Septiembre	Acceso a la vía	US\$ 7,595.00	US\$ 75.95	07/10/99
2	Octubre	Acceso a la vía	US\$ 7,137.00	US\$ 71.37	05/11/99
3	Noviembre	Acceso a la vía	US\$ 21,247.00	US\$ 212.47	07/12/99
4	Diciembre	Acceso a la vía	US\$ 16,989.00	US\$ 169.89	07/01/00
5	Diciembre	Venta de activos a MEVIASUR	S/. 728,660.46	S/. 7,286.60	07/01/00

Que, asimismo, se indicó que los montos enumerados del 1 al 4, al constituir parte de los ingresos, deben ser facturados por el concesionario y registrados en su contabilidad, considerando que ellos fueron reconocidos en sus comunicaciones números 83-2000/FETRANS y 110-2000-FETRANS del 5 de junio y 18 de agosto de 2000 respectivamente;

Que, a través de la comunicación N° 153-2000/FETRANS.S.A. recibida el 6 de noviembre de 2000, el concesionario FETRANS expone la siguiente posición con respecto a los requerimientos del OSITRAN:

- a) **Ingresos por acceso a la vía:** Se afirma que *“Las sumas materias de estos conceptos se originan en ingresos provenientes de tarifa de acceso a la vía por la diferencia de información de la relación km./vagón correspondiente a la circulación ferroviaria de transporte de carga internacional cuya declaración fue omitida según más explícitamente y con mayor detalle se refiere en el punto 5 de nuestra carta N° 110-2000/FETRANS.S.A.”*²

Asimismo, el concesionario atiende el requerimiento del OSITRAN y adjunta a la referida carta, copia de su comunicación GFIN-514/2000 del 20/10/00 al Banco Wiese Sudameris que acredita el abono en la cuenta corriente respectiva, los aportes por tasa de regulación reclamados debidos a ingresos no declarados por acceso a la vía férrea.

- b) **Ingresos por venta de activos a MEVIASUR:** FETRANS afirma que *“respecto a este extremo de su carta, sobrecartamos la parte pertinente de nuestras argumentaciones en nuestra respuesta N° 110-2000/FETRANS S.A.”*³ y añade que su posición se enmarca en lo establecido en la cláusula 5.7° del contrato de concesión:

² Con ocasión del requerimiento del OSITRAN al FETRANS a fin de que éste incluya ingresos por acceso a la vía adicionales a los declarados, en el cálculo de la Retribución Principal, el concesionario remitió su citada carta N° 110-2000/FETRANS.S.A., en la cual reconoció la existencia y exclusión de dichos ingresos al manifestar que *“la omisión involuntaria de información se debió a que al efectuarse la liquidación de la Retribución Principal, no se incluyó el recorrido de la carga internacional”* y que deben *“proceder a reliquidar la Retribución Principal ...”*

³ Con ocasión del requerimiento del OSITRAN al FETRANS a fin de que éste incluya los ingresos provenientes de la venta de activos a la empresa MEVIASUR S.A.C., en el cálculo de la Retribución Principal, el concesionario remitió su citada carta N° 110-2000/FETRANS S.A., en la cual señaló que

“éstos no constituyen ingresos brutos del concesionario afectos al cálculo de la retribución principal pues no se hallan considerados dentro de los alcances y definiciones contenidos en el Art. 9.1 del contrato de concesión, la Circular N° 21 de la Cepri – Enafer S.A.¹, la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión², ni en el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión continente de nuestra Carta de Presentación de Oferta Económica

3.3. En todos los antecedentes instrumentales citados en el numeral precedente la referencia para la base de cálculo de la Retribución Principal a cargo del Concesionario son sus ingresos, los mismos que, como tenemos acreditado, son definidos, limitativamente, por la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión, la misma que no alcanza a la compra venta materia de este numeral. Paralelamente, el

“El concesionario también queda obligado al pago de la tasa de regulación a favor de OSITRAN, de conformidad con lo previsto en el numeral 9.1 de este contrato y en las Leyes Aplicables”,

y por lo tanto los abonos al OSITRAN se deben hacer de conformidad con lo previsto en el numeral 9.1º que establece lo siguiente:

“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”

En ese sentido, mencionan que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9.1º del contrato de concesión únicamente se consideran como ingresos del concesionario, además de los ingresos taxativamente enumerados en dicho numeral, a aquellos otros relacionados con la explotación directa o indirecta de la concesión, o como lo define la Circular N° 021 de la CEPRI – ENAFER, es decir, aquellos ingresos obtenidos con ocasión de las actividades vinculadas al Contrato de Concesión.

Asimismo, precisan que la operación materia de este numeral (“Venta facturada a MEVIASUR S.A.C.”), no se halla considerada dentro de los alcances y definiciones contenidos en el numeral 9.1º, ni en la definición de la Circular N° 021º, y que en consecuencia, no existe respecto de la misma, la “conformidad” que exige el numeral 5.7º del Contrato de Concesión, por lo que no resultaría aplicable a la misma obligación de pago de la Tasa de Regulación, en la medida que dichos ingresos no se derivan de la explotación directa ni indirecta de la concesión, sino de la venta de activos de su propiedad.

Que, conforme a lo expuesto, FETRANS ha cumplido con subsanar parcialmente las omisiones con relación a los ingresos por uso de vía; sin embargo, se mantuvo la situación de incumplimiento con relación al concepto de la venta de activos a MEVIASUR;

Que, teniendo en consideración lo dispuesto en el literal a) del artículo 14º de la Ley N° 26917, en la cláusula 5.7º del Contrato de Concesión y en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, la División Técnica de Infraestructura Vial emitió el Informe de Vistos considerando que existió un incumplimiento de la obligación de pagar la tasa de regulación al OSITRAN establecida en el literal a) del artículo 14º de la Ley N° 26917 y la cláusula 5.7º del Contrato, considerándola como Infracción Grave y por lo tanto recomendaba la imposición de una sanción equivalente al 1% de los Ingresos Brutos 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. 007-2001-GG/OSITRAN de fecha 5 de enero del 2001 y notificada el 8 de enero del 2001, 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 22 de enero del 2001, la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. remite sus descargos, solicitando que las recomendaciones contenidas en el informe no sean ratificadas por la Gerencia General y que por el contrario, se archive. Fundamenta sus descargos de la siguiente manera:

concepto de “Ingresos Brutos”, se halla explicitado con precisión en la Circular mencionada (ver nota al pie N° 1), según cuya definición, sólo se deben considerar como “Ingresos Brutos” los obtenidos CON OCASIÓN DE LAS ACTIVIDADES VINCULADAS AL CONTRATO DE CONCESION, luego, tampoco se halla dentro de dicha comprensión la operación de compra venta de activos reseñada en el numeral 3.1.1 de este documento.”

1. El informe concluye rotundamente que se ha incumplido el Contrato de Concesión y se ha incurrido en infracción grave, por lo que recomienda una sanción, pero no precisa cuál ha sido la obligación contractual incumplida ni en las conclusiones, ni en las recomendaciones;
2. En la parte referida al análisis, el Jefe de la División Técnica de Infraestructura Vial considera que un cumplimiento adecuado de la cláusula 5.7 consistía en que el concesionario cumpla con pagar a OSITRAN el aporte por regulación sobre la totalidad de los ingresos facturados, y de ello se desprende que la Jefatura de la DTIV sostuvo que se ha incumplido la cláusula 5.7, lo que a criterio de la concesionaria no se ajusta ni a los hechos ni a derecho;
3. Ha venido cumpliendo escrupulosamente con el pago de la tasa de regulación, pero admite que ha incurrido en error en la facturación por acceso a la vía, pero que luego del requerimiento efectuado por Carta No. 122-00-DTIV-OSITRAN del 3 de octubre del 2000, regularizó el pago de los montos omitidos por tasa de regulación correspondientes al período septiembre 1999 a marzo del 2000 y sus correspondientes intereses, el 20 de octubre del 2000⁴. Agrega que los montos omitidos y subsanados posteriormente son ínfimos en relación a lo efectivamente pagado;
4. Señala que es irracional la afirmación “Se considera que los ingresos obtenidos por esta venta de activos a MEVIASUR deben ser incluidos en la base de cálculo del aporte por tasa de regulación debido a que la cláusula 5.7° establece que dicho aporte debe efectuarse de acuerdo a las normas aplicables, siendo la principal de ellas la Ley N° 26917, que creó el aporte y que reguló los aspectos esenciales del mismo y que dispone que la tasa de regulación se aplica sobre la facturación anual, sin mencionar diferencias según el origen de los ingresos ...”;
5. No se ha atendido a lo expresado en la Carta N° 110-2000/FETRANS en la que se remiten a la cláusula 9.1 del Contrato de Concesión⁵ que establece la definición de lo que se considera ingresos. A criterio del concesionario, a partir de la referida definición entiende que el producto de la venta no tiene por qué ser considerado para el cálculo de la retribución principal o el de la tasa de regulación;
6. En opinión de FETRANS hay dos actos jurídicos diferentes y completamente independientes, aunque originados en el mismo acto (Licitación Pública): la adquisición de activos de Enafer por FETRANS y la concesión de los Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente;
7. La administración de la infraestructura vial ferroviaria y los servicios de transporte ferroviario en los diferentes tramos era el objeto de la licitación, añadiéndose que el material rodante y tractivo operativo de propiedad de Enafer también formaba parte de la concesión. Por el contrario, la Circular N° 52 que modifica el tercer párrafo del numeral 1.1 de las Bases, señala que “**Adicionalmente**, el adjudicatario deberá de adquirir de Enafer, aquellos repuestos, materiales y otros activos ...”;
8. El Anexo N° 5 del Contrato de Concesión alude al pago del porcentaje “de los Ingresos Brutos que obtengamos de la Concesión por este ferrocarril”.
9. La compra de los bienes de Enafer fue compulsiva y la única obligación del concesionario fue adquirirlos, quedando a decisión del concesionario su utilización o disposición. FETRANS no afectó dichos bienes a la explotación de la concesión, solamente sustituyó un activo por otro;
10. La venta de bienes adquiridos de Enafer, no tiene relación alguna con la explotación directa o indirecta de la concesión, por lo que lo obtenido de dicha venta no forma parte de los ingresos ni tampoco de la base imponible para el cálculo de la retribución principal o de la tasa de regulación;

⁴ Este hecho fue comunicado por Carta No. 153-2000/FETRANS.

⁵ **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.

11. Interpretar que la tasa de regulación debe calcularse sobre toda la facturación anual, **sin diferencias según el origen de ingresos**, puede llevar a absurdos, como por ejemplo gravar los ingresos que genere una ferretería o una tienda de abarrotes que Ferrocarril Trasandino pudiese abrir en el futuro, aún cuando dichos ingresos no tengan nada que ver con la explotación directa o indirecta de la concesión;
12. La División Técnica de Infraestructura Vial no puede constituirse en un órgano que unilateral y arbitrariamente interprete exclusivamente el contrato y no admita mayor interpretación que la suya, debiendo admitirse las opiniones del concesionario, y en caso de controversia, debe tenerse en cuenta que de conformidad con la cláusula 22.4 del contrato de concesión, la misma debe resolverse por un arbitraje de derecho;
13. El rol de OSITRAN es de supervisor y no únicamente punitivo, debiendo recordarse que es misión de OSITRAN el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial los intereses del Estado y de los Inversionistas, lo que a criterio del concesionario, ha sido olvidado por la División Técnica;
14. Una de las principales funciones del OSITRAN es la supervisión o fiscalización⁶, pero esta debe seguir el espíritu y la “ratio legis” del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN⁷ aplicable al presente caso, considerando que no hay procedimiento específico en el contrato, el mismo que de ninguna manera tiene como finalidad sancionar a la entidad fiscalizada sino de prevenir o subsanar errores de la misma;
15. El Reglamento establece dos clases de supervisión, la “continua” que tiene carácter preventivo o predictivo (art. 8º) y la “especial” que presupone el incumplimiento de obligaciones legales y/o contractuales por parte de las Entidades Prestadoras (art. 12º); estableciéndose en el caso de esta última, que una vez elevado el informe cuando el resultado sea negativo, el Gerente General tiene la facultad discrecional de establecer una sanción u otorgar un plazo para subsanar el incumplimiento y sólo de persistir el incumplimiento debe establecerse la sanción⁸;
16. Ni aún en el supuesto de que se hubiera comprobado la comisión de un incumplimiento contractual se ha establecido la obligación de la Gerencia General de establecer una sanción, por el contrario se privilegia la posibilidad de subsanar el incumplimiento y sólo en el caso de persistir el supuesto incumplimiento se establece una sanción;
17. No ha existido incumplimiento del pago de la tasa de regulación conforme lo expuesto anteriormente, pero, en el caso que se considere que hubiera habido incumplimiento, debió haberse otorgado un plazo para subsanar y no aplicar la penalidad recomendada;
18. En el caso que se considere que se produjo incumplimiento y la Gerencia no haga uso de la facultad discrecional, FETRANS considera que la penalidad recomendada no resulta procedente, pues se estaría violando el principio de proporcionalidad⁹ establecido en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas¹⁰, aplicable supletoriamente al caso;
19. Se ha calificado la infracción como “grave” porque según la DTIV se estaría incumpliendo el artículo 14º de la Ley N° 26917, y sería aplicable la sanción

⁶ Artículo 5º del Decreto Supremo N° 024-98-PCM y Cláusula 17º del Contrato de Concesión.

⁷ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-99-CD/OSITRAN.

⁸ **Art. 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.

⁹ **“4.2. Proporcionalidad**

La sanción debe guardar una proporcionalidad adecuada con la naturaleza y gravedad del hecho o de los hechos que la hubiesen generado”.

¹⁰ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN.

- correspondiente a infracciones graves establecida en el Anexo N° 9 del contrato que asciende al 1% de los ingresos brutos del mes anterior;
20. El artículo 14° de la Ley N° 26917 hace mención genérica de “infracción grave” pero no tiene tabla de gradualidad de infracciones y sanciones, estableciéndose dicha regulación en el Anexo N° 9 del contrato de concesión, el mismo que no puede aplicarse de forma parcial (sólo para establecer el monto de la multa y no para establecer la gravedad o calificación de la infracción);
 21. El concesionario considera que la infracción imputada, es subsanable fácilmente, no es reiterada, no vulnera obligaciones importantes, ni pone en peligro a personas o bienes, por lo que debe calificarse como leve;
 22. Tanto la interpretación del Anexo 9 como la de las demás disposiciones contractuales, no deben ser atribución exclusiva del OSITRAN; deben interpretarse con prudencia y en caso de discrepancias, deben resolverse vía arbitraje;

Que, en consecuencia, corresponde a la Gerencia General, determinar lo siguiente:

- (i) Si se ha incumplido con la obligación de pagar la tasa de regulación establecida por el literal a) del artículo 14° de la Ley 26917 y por la cláusula 5.7° del Contrato;
- (ii) Si corresponde a OSITRAN interpretar el contrato;
- (iii) Si fue correcto iniciar un procedimiento administrativo sancionador, o por el contrario, debió iniciarse una supervisión especial;
- (iv) Si corresponde la imposición de una multa de 1% de los ingresos brutos del mes anterior;

Que, en cuanto al acápite (i), corresponde determinar si el concesionario ha pagado el aporte por regulación sobre la totalidad de sus ingresos facturados del ejercicio correspondiente a 1999, en la oportunidad fijada por las leyes aplicables a dicho aporte;

Que, el concesionario admitió haber incurrido en error en la facturación por acceso a la vía, pero que luego del requerimiento efectuado por carta N° 122-00-DTIV-OSITRAN de 3 de octubre del 2000, regularizó el pago de los montos omitidos por tasa de regulación correspondientes al período septiembre 1999 a marzo del 2000 y sus correspondientes intereses¹¹;

Que, el requerimiento para efectos de regularizar los montos omitidos por tasa de regulación aplicada al acceso a la vía, fue efectuado el 3 de octubre del 2000, pero el primer requerimiento para que expliquen la menor determinación de ingresos brutos y menor facturación por concepto de acceso a la vía correspondiente al período septiembre 1999 a marzo del 2000, fue efectuado por carta No. 066-2000-DTIV-OSITRAN remitida el 24 de mayo del 2000¹²;

¹¹ La DTIV ha afirmado en su informe que a través de la comunicación N° 153-2000/FETRANS S.A. recibida el 6 de noviembre del 2000, FETRANS atendió el requerimiento de OSITRAN y adjuntó a la referida carta, copia de su comunicación GFIN-514/2000 del 20/10/00 al Banco Wiese Sudameris con la que acreditó el abono en la cuenta corriente respectiva, los aportes por tasa de regulación reclamados debidos a ingresos no declarados por acceso a la vía férrea.

Asimismo, con la comunicación N° 155-2000/FETRANS S.A. del 8 de noviembre del 2000, recaudó fotocopia de la factura N° 001-0001031 por US \$52,969,50, excluyendo el I.G.V., en la que aparece como concepto la regularización de derecho de acceso a la vía Férrea relacionada al transporte de carga internacional por el período de setiembre a diciembre de 1999.

¹² A continuación resumimos la correspondencia que se cursó sobre el tema:

1. El día 24 de mayo del 2000, la DTIV remitió a FETRANS la carta No. 066-2000-DTIV-OSITRAN, en la cual le solicita 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.
2. A través de la carta 79-2000/FETRANS S.A., recibida el 31 de mayo de 2000, el concesionario brindó las explicaciones solicitadas en la comunicación del párrafo anterior, mencionando que la información de tráfico enviada al OSITRAN contenía un error, por parte de ellos, metodológico y de interpretación, los cuales una vez corregidos no deberían presentar ninguna diferencia.
3. El 5 de junio del 2000, la DTIV remitió la carta No. 075-00-DTIV-OSITRAN en la que solicitó a FETRANS que remita la información de tráfico km – vagón en la forma y medios indicados oportunamente. Adicionalmente, se solicitó una nueva

Que, si bien es cierto que la referida carta así como la sucesiva correspondencia tuvo como propósito la determinación correcta de los ingresos brutos para determinar a su vez la retribución principal, también lo es que los montos que constituyen la base sobre la que se calculan la tasa de regulación y la retribución principal, están integrados en gran medida, por los mismos componentes;

Que así lo entendió el propio concesionario pues al desarrollar sus descargos señaló lo siguiente:

“II.2) Ingresos de la venta de activos a MEVIASUR.-

(...)

4. (...) el producto de dicha venta no tiene por qué ser considerado para el cálculo de la retribución principal o el de la tasa de regulación.

(...)

8. (...) lo obtenido de dicha venta no forma parte de los ingresos ni tampoco de la base imponible para el cálculo de la Retribución Principal o de la Tasa de Regulación.

9. (...) según dicha interpretación va a pretender que calculemos la retribución principal y también la tasa de regulación con lo obtenido en dichas supuestas actividades.”

Que, luego de la correspondencia cursada y habiendo quedado claro que para el concesionario hay gran cercanía entre las bases de cálculo de la retribución principal y de la tasa de regulación, la afirmación del concesionario en cuanto al cumplimiento escrupuloso del pago de la tasa de regulación resulta inexacta;

Que, en relación a lo señalado por el concesionario sobre lo diminuto de los montos dejados de pagar por tasa de regulación por acceso a la vía en relación a los montos efectivamente pagados por la tasa de regulación, la Gerencia General considera que esta afirmación no debe tenerse en cuenta en atención a que la sanción no se impone en función al monto dejado de pagar sino a los intereses protegidos¹³ y a que la tasa de regulación por concepto del acceso a la vía es sólo uno de los componentes de la base pues a ella se añadiría también los montos generados por la venta de activos a MEVIASUR;

Que, en cuanto a la opinión que tiene el concesionario en el sentido que debido a que el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917 no hace distinciones en cuanto a el origen de la facturación a efectos de determinar la base imponible de la tasa de regulación, el mismo debió

liquidación de la Retribución Principal que incluya los ingresos financieros, conforme lo establecido en la circular N° 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.

4. El 10 de agosto del 2000, la DTIV envió a FETRANS la carta N° 092-2000-DTIV-OSITRAN mediante la cual se le solicitó efectuar un nuevo cálculo de la Retribución Principal en un plazo no mayor a cinco días útiles, en el cual se incluyan los siguientes conceptos:

d) Ingresos no facturados por un monto aproximado de S/. 174,258; correspondientes a un mayor tráfico Km/Vagón.

5. Con la comunicación 110-2000/FETRANS S.A., recibida el 18 de agosto, FETRANS afirmó que:

d) En cuanto a los ingresos no facturados por un mayor tráfico Km/Vagón, FETRANS manifestó 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 carta internacional” y que deben “proceder a reliquidar la retribución Principal agregando las cifras entregadas por este concepto en el mes de marzo, la suma total de US\$79,745”.

Si bien es cierto que estos requerimientos fueron en relación a la obligación de pago de la retribución principal, FETRANS debe reconocer que la DTIV ha sido sumamente paciente y ha colaborado muchísimo con la misma a efectos de determinar la base de cálculo de la retribución principal.

¹³ En el caso de la tasa de regulación se pretende contribuir a la realización de los fines propios del organismo supervisor.

ser precisado por el numeral 5.7 del contrato de concesión que a su vez remite al numeral 9.1 del mismo, se debe señalar que dicha afirmación es incorrecta;

Que, la obligación establecida por el literal a) del artículo 14° de la ley 26917 es una obligación ex – lege (creada por la ley)¹⁴ y no una obligación ex – contrato (creada por el contrato) que las partes pueden regular a su libre albedrío, de modo que si el artículo referido determina que la base imponible está constituida por todos los ingresos facturados sin distinguir su origen, la misma debe aplicarse sin hacer distinciones de ningún tipo;

Que, para dejar claramente establecido que la Ley no hace distinciones en cuanto al origen de los ingresos, corresponde transcribir todas las normas que regulan la base imponible de la tasa de regulación;

Que, la Ley N° 26917¹⁵ vigente desde el 24 de enero de 1998, señala:

“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%) del total de su facturación anual.”*

Que, el Decreto Supremo N° 024-98-PCM¹⁶ vigente desde el 7 de junio de 1998, señala:

“Artículo 39.- *El aporte a que se refiere el literal a) del Artículo 14 de la Ley será pagado por las entidades prestadoras y será calculado sobre el total de la facturación correspondiente a cada ejercicio, deducido el Impuesto General a las Ventas (IGV).*

Que, la Resolución del Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSITRAN¹⁷ vigente desde el 10 de enero de 1999 señala:

Artículo 1°.- *Establézcase el monto del aporte por regulación a cargo de las entidades prestadoras en 1% del total de su facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas.*

Que, la Resolución del Consejo Directivo N° 008-99-CD-OSITRAN¹⁸ vigente desde el 31 de diciembre de 1999 señala:

Artículo 1°.- *El monto del aporte por regulación a cargo de las Entidades Prestadoras será el uno por ciento (1%) del total de su facturación anual deducido el Impuesto General a las Ventas.¹⁹*

¹⁴ El Tribunal Fiscal, en su Resolución No. 560-2-99 de fecha 16 de junio de 1999, aunque en relación a los aportes efectuados al OSIPTEL, se ha pronunciado en el sentido que los mismos constituyen “obligaciones pecuniarias ex lege en la medida que los elementos conformantes de la relación obligatoria como son la prestación, sujeto acreedor y deudor, han sido establecidos por ley.”

Para efectos de precisar que los conceptos anteriormente vertidos se aplican a la tasa o aporte por regulación establecido a favor del OSITRAN por el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, debe señalarse que el artículo 10° de la Ley N° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos) precisa que el aporte por regulación tiene la misma naturaleza sin que resulte relevante a favor de qué reguladora esté establecido.

¹⁵ Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso público y promoción de los servicios de Transporte Aéreo.

¹⁶ Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

¹⁷ Establece monto de aporte de las entidades prestadoras al OSITRAN.

¹⁸ Procedimiento para el pago del Aporte pro Regulación a cargo de las Entidades Prestadoras.

¹⁹ **Artículo 7°.-** Dejar sin efecto a partir del 1 de enero del 2000, las Resoluciones de Consejo Directivo números 001-98-CD/OSITRAN y 003-99-CD/OSITRAN salvo en lo que se refiere al formato aprobado.

Que, sin perjuicio de la claridad y contundencia del tenor de las normas transcritas, en atención a la naturaleza tributaria de la tasa de regulación, aunque las partes hubiesen deseado excluir de la base imponible algunos conceptos vía el contrato de concesión, no habría sido posible debido a que la base imponible se encuentra determinada por la ley y sus normas reglamentarias (que no son normas dispositivas que permitan el pacto en contrario) sino de orden público y de obligatorio cumplimiento;

Que, debido a la naturaleza ex - lege de la tasa de regulación, todos los argumentos con relación a la delimitación de la base imponible por las cláusulas del contrato de concesión y a la que alude el concesionario, no resultan válidos y en consecuencia, carece de objeto pronunciarse sobre los mismos;

Que, el hecho que no sea posible la delimitación de la base imponible por el contrato, no significa que no existan parámetros distintos para delimitar la misma;

Que, en la Resolución del Tribunal Fiscal Nº 560-2-99 de fecha 16 de junio de 1999, que se pronunció con relación a los aportes que se pagan al OSIPTEL²⁰ se señaló que *“constituyen una tasa en la medida que tienen su origen en un mandato legal que los refiere a una actuación estatal directa (...) tratándose del OSIPTEL, en la supervisión que efectúa sobre tales operadores”*;

Que, la referida resolución brinda otro elemento para determinar la base imponible, que es *“la supervisión que efectúa sobre tales operadores”*;

Que, corresponde evaluar si los ingresos facturados por la venta de los bienes de Enafer deben considerarse en la base de cálculo de la tasa de regulación;

Que, debido a que el literal a) del artículo 14º de la Ley Nº 26917 no distingue los componentes de la base imponible en función de su origen, y a que dicho criterio se ve complementado por la Resolución del Tribunal Fiscal citada líneas arriba, que establece como criterio unificador el ámbito subjetivo que en el presente caso es la operadora de la concesión, los ingresos por concepto de la venta de activos a MEVIASUR forman parte de la base imponible para efectos del cálculo de la tasa de regulación;

Que, con relación a la opinión del Concesionario en atención a que sería absurdo considerar como parte de la base imponible, ingresos que no tienen que ver en lo absoluto con la concesión (da como ejemplos los ingresos generados por una tienda de abarrotes o una ferretería); se debe señalar que la lógica de las normas regulatorias no necesariamente es la misma que la que funciona en el derecho común;

Que, Viscusi, Vernon y Harrington señalan con relación al tema, lo siguiente:

“Beneficios y Costos de la Separación:

El tema que se nos presenta es si a una empresa que se encuentra sujeta a regulación monopólica en un mercado, debería permitírsele entrar y competir libremente en mercados que no son regulados y potencialmente competitivos. Observaremos que hay ciertos efectos anticompetitivos que pueden alcanzarse cuando un mercado comprende un monopolio regulado y empresas no reguladas (o desreguladas).”^{21 22}

Que, se debe señalar que tanto la legislación como el régimen contractual, como principio, establecen en algunos casos de manera expresa y en otros, de forma implícita, que el

²⁰ Conforme lo señalado anteriormente, los conceptos vertidos en la Resolución del Tribunal Fiscal son plenamente aplicables a la tasa de regulación a favor de OSITRAN.

²¹ VISCUSI, W. Kip., VERNON, John M., and HARRINGTON, JR., Joseph E. Economics of Regulation and Antitrust. 2nd. Ed. London: The MIT Press. 1998. Pp. 501.

²² Hemos traducido libremente el texto

concesionario debe dedicarse de forma exclusiva a la realización de actividades para las que se le otorgó la concesión, y que si realiza otro tipo de actividades, las mismas deberán ser marginales, o en todo caso, deberán generarse sinergias positivas en distintos ámbitos; de otra manera, la misma resultaría injustificada;

Que, la labor del OSITRAN se vería facilitada si solamente se encontrase obligada a velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, pero ello no es así pues conforme lo señala el numeral 1) artículo 3º de la Ley N° 26917: “La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras (...)”;

Que, la lógica de las normas regulatorias también puede inspirar a las normas tributarias, puesto que existe un ámbito en el que las mismas pueden operar y que en derecho tributario se denomina recepción de los fines extra fiscales;

Que, Sergio Francisco de la Garza comenta este tema en los siguientes términos:

“La doctrina reconoce que con referencia a los fines puede haber tres clases de impuestos: los impuestos con fines exclusivamente fiscales, cuyo único objeto es producir ingresos al Erario, tal es el caso del impuesto sobre los ingresos mercantiles, del impuesto a la producción del cemento, del impuesto sobre primas pagadas a instituciones de seguros, etc.; los impuestos con fines fiscales y extrafiscales al mismo tiempo, tales como el impuesto sobre la renta, que persigue además de la producción de ingresos el fomento del desarrollo económico del país y la distribución equitativa de la riqueza, el impuesto sobre la producción de alcohol y aguardiente, que aparte de producir ingresos fiscales persigue combatir el alcoholismo encareciendo las bebidas embriagantes, los impuestos aduaneros que persiguen proteger la industria nacional contra la competencia extranjera, etc.; y por último, los impuestos con fines exclusivamente extrafiscales, que persiguen fines sociales, económicos, etc.; pero que por su propia estructura y mecanismo no pueden producir ingresos al erario”.²³

Que, sin perjuicio de la discusión que ha generado la naturaleza de la tasa o aporte por regulación (en doctrina continúan las dudas sobre su naturaleza de tasa, impuesto o contribución por no reunir exactamente los caracteres de las tasas), el legislador pretendió desincentivar al concesionario de realizar actividades ajenas a la concesión, gravando las mismas (fin extrafiscal y fin fiscal pues busca contribuir con recursos para el órgano administrador);

Que, de este modo, las actividades como las señaladas por FETRANS (ferretería o abarrotes) se verían afectadas para el cálculo de la tasa de la regulación por la finalidad extra fiscal anteriormente aludida, pues la intención del legislador es que no se realicen dichas actividades (desincentivándolas indirectamente) o que si se realizan, las mismas sean marginales;

Que, el artículo 4º de la Resolución del Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSITRAN estableció que hasta “el 31 de marzo de cada año, se efectuará la liquidación final del año anterior, debiéndose abonar directamente al OSITRAN, la cuota de regularización a que haya lugar, la misma que se basará en los estados financieros que las entidades en cuestión presenten a la autoridad administrativa tributaria”;

Que, FETRANS no facturó en su oportunidad los ingresos por acceso a la vía correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 1999, pero ha regularizado la facturación omitida conforme lo comunicó a OSITRAN por Carta N° 155-2000/FETRANS del 8 de noviembre del 2000²⁴ cancelando luego el aporte por regulación sobre el monto dejado de

²³ DE LA GARZA, Sergio Francisco. Derecho Financiero Mexicano. México: Porrúa, 1988. 15ª ed. Pp. 293.

²⁴ Con esta carta se recauda la fotocopia de la factura N° 001-0001031 por US \$52 969,50, excluido el IGV, por concepto de regularización de derecho de acceso a la vía férrea relacionada al transporte de carta internacional por el período de septiembre a diciembre de 1999.

facturar en su oportunidad conforme lo comunicó por Carta N° 153-2000/FETRANS recibida el 6 de noviembre del 2000,

Que, la Gerencia General no considera que haya incurrido en infracción pasible de multa por ese hecho;

Que, FETRANS facturó debidamente la venta de activos a MEVIASUR pero no consideró dichos ingresos a efectos de determinar la tasa de regulación correspondiente al ejercicio 1999, y abonar la cuota de regularización que corresponda²⁵;

Que, se debe tener presente que:

1. Por el principio de integridad del pago sólo el cumplimiento total de la obligación extingue la misma, que la obligación de pago de la regularización de pago del aporte de regulación²⁶;
2. El pago debió efectuarse a más tardar el día 31 de marzo del 2000 pero fue efectuado el día 31 de mayo del 2000;

Que, el Concesionario no cumplió con realizar el pago en su integridad pues no consideró dentro de la base imponible los ingresos por la venta de activos a MEVIASUR y en consecuencia, determinó y pagó una suma menor a la que efectivamente correspondió, por lo que debe entenderse configurada la infracción²⁷;

Que, en consecuencia FETRANS ha incumplido con la obligación de pagar la tasa de regulación conforme lo dispuesto por el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, y sus normas reglamentarias;

²⁵ Esta obligación es sin perjuicio de la de realizar los pagos a cuenta que son obligaciones independientes, y que se encuentran reguladas por la misma Resolución de Consejo Directivo.

²⁶ El Código Civil regula las características del pago válido en los términos siguientes:

Artículo 1220°.- Noción de pago

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

Si el pago no se ha efectuado en su integridad no es pago.

El principio de integridad es fundamental en materia de obligaciones por lo que ha sido recogido en la mayoría de legislaciones civiles. Felipe Osterling Parodi, comenta 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. Encanto 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, si 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 Acero, 1983. P. 332.

Que, por otro lado, el Código Tributario regula el principio de integridad del pago, de forma indirecta, señalando que:

Art. 37°.- Obligación de aceptar el pago

El órgano competente para recibir el pago no podrá negarse a admitirlo, aún cuando no cubra la totalidad de la deuda tributaria, sin perjuicio que la Administración Tributaria inicie el procedimiento de cobranza coactiva por el saldo no cancelado.

Por el principio de la integridad del pago, el acreedor no se encontraría obligado a recibirlo si el mismo es parcial, pero como una cuestión excepcional y con el propósito de favorecer al deudor tributario, el Código obliga al acreedor a aceptar el pago parcial.

Que, en cuanto al acápite (ii), la Gerencia General considera que lo que es materia del presente procedimiento administrativo sancionador no es el incumplimiento de una obligación contractual y por lo tanto la interpretación de las estipulaciones del contrato, sino el incumplimiento de una obligación legal por lo que la interpretación que se está realizando en la presente resolución es la interpretación de la ley y de las normas reglamentarias y no las de las disposiciones contractuales, razón por la cual carece de objeto pronunciarse sobre el procedimiento propuesto por el concesionario sobre la forma de solucionar las controversias técnicas y/o no técnicas;

Que, en cuanto al acápite (iii), la Gerencia General considera conveniente desarrollar las diferencias entre los procedimientos de supervisión y los de imposición de sanciones;

Que, en cuanto a la naturaleza del procedimiento de Supervisión, se debe señalar 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, estableció 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.** Estos 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, se debe tener presente el contexto en que se dicta la norma. En efecto, el artículo 5° 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 ²⁸ aunque luego las mismas le fueron conferidas por la Ley N° 27332 ²⁹;

²⁸El 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*

Que, conforme a lo desarrollado anteriormente, 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 llamaremos:

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, de la revisión de ambos reglamentos, se aprecia que la regulación establecida por cada uno puede operar de forma independiente de la otra. En efecto, y conforme se desarrollará más adelante, 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, 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 concesionario³⁰.

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

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 21° y 22° del Reglamento de Supervisión³¹.

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."

²⁹ **Artículo 5.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas**

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

³⁰ 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.

³¹ **Artículo 21° - 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 22° - 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.

2. En atención a la modalidad de la actividad supervisora (visitas inspectivas) se establecen una serie de limitaciones en cuanto al contenido ³² y en cuanto al tiempo ³³.
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"³⁴ 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 ³⁵.

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, la señalada anteriormente no es la única diferencia pues:

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.

³² **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.

³³ **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.

³⁴ Esto no descarta la posibilidad de realizar investigaciones y estudios dentro del proceso, cuando la materia presenta complejidad.

³⁵ **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.

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.

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 supervisión³⁶;
2. Las infracciones que se constatan en un proceso de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas; sí dan derecho a descargo dentro del propio proceso establecido por el Reglamento correspondiente³⁷;

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

Que, el artículo 27° del Reglamento General 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, 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 algún recorte de sus derechos al no haber optado por un procedimiento de supervisión especial;

Que, con relación al acápite (iv), se debe señalar que la tasa o aporte por regulación tiene naturaleza tributaria, y en consecuencia el incumplimiento del pago de la misma, debe sancionarse conforme a lo dispuesto por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas; sin embargo, en atención al carácter supletorio³⁸ del referido Reglamento se debe proceder a la calificación de las infracciones conforme a lo dispuesto al Anexo 9 del contrato al que nos remite el propio Reglamento;

**ANEXO N° 9
(Numeral 20.2)**

REGIMEN DE PENALIDADES APLICABLES A LOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONCESIONARIO

³⁶ 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.

³⁷ **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.*

³⁸ **“Artículo 3°.- Supletoriedad 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 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 (...).”

CAT.	INFRACCIÓN*	1ª vez	2ª vez	3ª vez	4ª vez				
1 Leve	- Subsanable fácilmente - No reiteradas - No vulnera obligaciones importantes - No pone en peligro a personas ni bienes	PRE Aviso	05 % IBMA	1 % IBMA	↓ CAT 2				
2 Grave	- Reiteradas - Podría afectar a personas o bienes en menor grados - Afecta sólo ciertos servicios				1ª vez	2ª vez	3ª vez	4ª vez	
					1 % IBMA	2 % IBMA	5 % IBMA	↓ CAT 3	
3 Muy Grave	- Incumple condición básica del contrato - Pone en peligro a personas en mayor grado - Afecta bienes en forma integral - Puede causar daños económicos importantes - Puede afectar el servicio por más de 7 días						1ª vez	2ª vez	3ª vez
							5 % IBMA	10 % IBMA	Resolución De Contrato

IBMA : Ingresos brutos mes anterior
 NOTA : La calificación es prerrogativa del Concedente
 * Definición con carácter referencial

Que, corresponde a la Gerencia General, determinar la categorización de la infracción conforme al anexo referido;

Que, conforme puede apreciarse en el recuadro transcrito, al lado de la palabra “INFRACCIÓN” aparece un asterisco (*) que precisa que la enumeración únicamente tiene carácter referencial, y que finalmente la única nota que aparece en el referido Anexo, señala que la calificación es prerrogativa del concedente;

Que, la omisión del pago de la tasa de regulación, parecería encontrarse categorizada dentro de las infracciones “leves” puesto que es subsanable fácilmente, no es reiterada y no pone en peligro a personas ni bienes, pero sí vulnera una obligación importante, ya que el incumplimiento de la misma, impide que OSITRAN pueda cumplir sus fines, por lo que no corresponde categorizarla como “leve”;

Que, la referida omisión no puede categorizarse como infracción “muy grave” puesto que no incumple una condición básica del contrato, no pone en peligro a personas en mayor grado, no afecta bienes en forma integral, no puede causar daños económicamente importantes ni puede afectar el servicio por más de 7 días;

Que, la Gerencia General considera que la vulneración de obligaciones importantes como el no pago de la tasa de regulación debe categorizarse como infracción grave y haciendo uso de la atribución concedida por el contrato, la categoriza de dicha forma;

Que, sin perjuicio de que la calificación de la infracción debe efectuarse conforme a las categorías y criterios contenidos en el Anexo 9, debe señalarse que el criterio de la Gerencia General es el mismo que se adopta tanto por el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917³⁹ como por el artículo 39° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, que califican al incumplimiento del pago de la tasa de regulación como una infracción grave⁴⁰;

Que, en consecuencia la sanción que corresponde aplicar es del 1% de los ingresos brutos de mes anterior que respeta el principio de proporcionalidad establecido en el numeral 4.2 del artículo 4° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, que resulta aplicable al presente caso ya que no existe disposición contractual que regule el tema de la proporcionalidad en la aplicación de sanciones⁴¹;

Que, al aplicar dicha sanción se observa el principio de proporcionalidad ya que la obligación incumplida es importante y el monto omitido asciende sólo por concepto de capital a S/.7,286.60 (SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS Y 60/100 NUEVOS SOLES) más los intereses moratorios generados a partir del 1° de abril del 2000 hasta la fecha de pago del mismo, de modo que el monto dejado de pagar constituye aproximadamente la cuarta parte de la multa a imponerse⁴²;

Que, atendiendo a lo expuesto la Gerencia General ha decidido apartarse de la recomendación propuesta por la División Técnica en el informe de VISTOS en cuanto a la calificación de la infracción que a criterio de la División Técnica debe efectuarse de acuerdo al literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, y por el contrario categorizar la misma de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo N° 9⁴³ del Contrato de Concesión, imponiendo una sanción equivalente al 1% de los ingresos brutos del mes anterior, que es la que corresponde a las infracciones graves conforme a lo dispuesto por el anexo referido;

Por lo expuesto se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar que la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. ha incumplido la obligación contenida en el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917 y disposiciones complementarias;

SEGUNDO: Disponer una sanción a la Empresa Ferrocarril Trasandino S.A., equivalente al pago de una multa ascendente a 1% de los ingresos brutos del mes anterior;

³⁹ **“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.”

⁴⁰ **“Artículo 39°.- Incumplimiento del pago de la tasa de regulación**

Las Entidades Prestadoras que no cumplan, en la oportunidad, forma y modo establecidos por el OSITRAN, con el pago de la tasa de regulación a que se refiere el inciso a) del Artículo 14° de la Ley N° 26917, incurrirán en infracción grave.”

⁴¹ **“Artículo 4°.- Principios**

(...)

4.2. Proporcionalidad

La sanción debe guardar una proporcionalidad adecuada con la naturaleza y gravedad del hecho o de los hechos que la hubiesen generado.”

⁴² *Se ha proyectado que los ingresos mensuales se mantendrán en un promedio de S/.4'500,000.00 (CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL Y 00/100 NUEVOS SOLES) por lo que la multa ascendería aproximadamente a S/.45,000.,00 (CUARENTA Y CINCO MIL Y 007100 NUEVOS SOLES).*

⁴³ *Conforme a la remisión ordenada por el artículo 3° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas.*

TERCERO: Exigir el cumplimiento del pago de regularización de la tasa de regulación correspondiente al ejercicio 1999, así como sus accesorios en la oportunidad en que quede consentida la resolución en la vía administrativa⁴⁴;

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

⁴⁴ El Código Tributario establece lo siguiente:

Artículo 158°.- Requisitos de admisibilidad – Deudor Tributario

Para la demanda contencioso-administrativa, será indispensable:

(...)

b) Acreditar el pago de la deuda tributaria actualizada a la fecha de interposición de la demanda contencioso administrativa o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda actualizada hasta por 6 meses posteriores a la fecha de interposición de la demanda (...)”