

Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas

Nº 005- 2009 -GAF-OSITRAN

Lima, 25 de mayo de 2009

VISTOS:

El Recurso de Impugnación presentado por INTERSUR CONCESIONES S.A., --en adelante El Concesionario-- contra la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas Nº 001-2008-GAF-OSITRAN de fecha 14 de julio de 2008, que declara Infundado el Recurso de Reclamación presentado por el Concesionario contra el Oficio Nº 1269-07-GS-OSITRAN.

El Informe Nº 027-09-GAL-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, que contiene el Proyecto de Resolución que resuelve el Recurso de Impugnación presentado por el Concesionario.

El Expediente Administrativo Nº 01-2008-GAF-OSITRAN que se tiene por acompañado.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Oficio Nº 017-07-GAF-OSITRAN, de fecha 18 de enero de 2007, la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN, tomando como base el Memorando Nº 011-07-GS-OSITRAN¹, solicitó al Concesionario que realice el pago de aporte por regulación sobre la base de los ingresos percibidos por Transitabilidad.
2. Mediante Carta Nº IC-031/07.JMS de fecha 24 de enero de 2007, El Concesionario, invocando la cláusula 13.11 del Contrato de Concesión, señaló

¹ Por este documento, la Gerencia de Supervisión remitió a la Gerencia de Administración y Finanzas "la documentación referida a los pagos semestrales por Mantenimiento de Transitabilidad, para su conocimiento y aplicación de tasas de regulación."

que “el Aporte por Regulación tiene como base de cálculo el PAMO, no los ingresos por Transitabilidad”.

3. Mediante los Memorando N° 016 y 020-07-GAF-OSITRAN, presentados el 07 y 16 de febrero de 2007, respectivamente, la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN solicitó a la Gerencia de Asesoría Legal, efectuar un análisis en relación al tema en cuestión, y emita opinión legal, para determinar la procedencia del cobro de transitabilidad a los concesionarios de IIRSA SUR Tramos 2, 3 y 4, en concordancia lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución del Consejo Directivo N° 007-2003-CD-OSITRAN.
4. Mediante Informe N° 019-07-GAL-OSITRAN, de fecha 27 de marzo de 2007, la Gerencia de Asesoría Legal, emitió opinión respecto a la consulta solicitada, concluyendo que el Concesionario, estaba obligado a pagar el Aporte por Regulación por Concepto de “Costo de Transitabilidad”
5. Mediante Oficio N° 1075-07-GS-OSITRAN, de fecha 19 de junio de 2007, la Gerencia de Supervisión, comunicó al Concesionario, que aún se encontraba pendiente de pago el Aporte por Regulación, por la facturación del Concepto de Transitabilidad, dándole de plazo 5 días para que cumpla con el pago de dicho tributo; adjuntando adicionalmente en esa oportunidad, el Informe N° 019-07-GAL-OSITRAN.
6. Mediante Carta N° IC-361/07.JMC de fecha 05 de julio de 2007, el Concesionario, manifiesta su discrepancia, con el Informe N° 019-07-GAL-OSITRAN, remitido con el Oficio N° 1075-07-GS-OSITRAN.
7. Mediante Oficio N° 1269-07-GS-OSITRAN, con fecha 13 julio de 2007, la Gerencia de Supervisión, comunicó a la Empresa Concesionaria, que no había cumplido con realizar el pago del Aporte por Regulación, por el concepto de Transitabilidad, informándole para tal efecto, que el monto total adeudado ascendía a US\$ 79,642.52 (setenta y nueve mil seiscientos cuarenta y dos y 00/100 cincuenta y dos céntimos de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), comunicándole además, que el plazo máximo para realizar el pago por Aporte de Regulación fue de tres (3) días adicionales a la fecha del pago mensual del IGV, por lo cual, también estaba obligada a efectuar el pago del interés moratorio correspondiente, en la forma dispuesta en el artículo 33° del Código Tributario.
8. Mediante Carta N° IC-393/07/JMS de fecha 26 de julio de 2007, el Concesionario, haciendo referencia al requerimiento de pago efectuado mediante el Oficio N° 017-07-GAF-OSITRAN, de fecha 18 de enero de 2007, informó del pago por Aporte por Regulación, correspondiente a los ingresos facturados por Transitabilidad del primer y segundo semestre del año 2006, y del primer semestre del año 2007, dejando constancia de su protesta por una supuesta ilegalidad.

9. Mediante escrito de fecha 03 de agosto de 2007, la Empresa Concesionaria, presentó un Recurso de Reclamación, solicitando la nulidad e improcedencia del Oficio N° 1269-07-GS-OSITRAN, a fin que no se ponga a cobro el Aporte sobre la base de sus INGRESOS por costo de Transitabilidad y, cualquier otro que se le haya emitido sobre el particular.
10. Mediante Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 001-2008-GAF-OSITRAN, la Gerencia de Administración y Finanzas, declaró Infundado el Recurso de Reclamación Tributaria presentado por la Empresa Concesionaria.
11. Mediante escrito de fecha 25 de agosto de 2008, la Empresa Concesionaria, presentó un Recurso Apelación contra la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 001-2008-GAF-OSITRAN.
12. Estando a los antecedentes antes expuestos, se procederá a evaluar el Recurso presentado por la Empresa Concesionaria INTERSUR CONCESIONES S.A. en adelante El Concesionario, contra la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 001-2008-GAF-OSITRAN.

II. **MARCO NORMATIVO**

13. El artículo 10° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, establece lo siguiente:

"Artículo 10.- Aporte por regulación

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

14. El artículo 14° de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, establece que la tasa de regulación constituye recurso propio de OSITRAN:

"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 de la Entidad Prestadora no pagar el aporte a que se refiere el presente inciso, en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley."
- b) Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes por cualquier título provenientes de personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras.
- c) Los ingresos financieros que generen sus recursos.

[Resaltado y Subrayado agregado]

15. Mediante el Decreto Supremo N° 104-2003-PCM, se estableció el porcentaje correspondiente a la Tasa de Regulación para OSITRAN:

"Artículo 1.- Importe

La alícuota del aporte por regulación a que hace referencia el artículo 10 de la Ley No. 27332 para el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN será del 1% **uno por ciento) de la facturación anual de las empresas v entidades bajo su ámbito**, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal."

[Resaltado y Subrayado agregado]

16. Por su parte, el artículo 62° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, señala:

"Artículo 62.- Recursos. Constituyen recursos propios del OSITRAN:

- a. **El aporte por regulación** que deberán pagar las empresas bajo su competencia, de **conformidad con lo establecido en el Artículo 10° de la Ley**.
- b. Las asignaciones, donaciones, legados, transferencias u otros aportes, por cualquier título provenientes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.
 - c. Transferencias de Entidades del Sector Público.
 - d. Tasas, derechos e ingresos que le correspondan por ley.
 - e. Otros ingresos propios de su actividad.

[Resaltado y Subrayado agregado]

17. Dentro de sus facultades normativas, el Consejo Directivo de OSITRAN emitió el Reglamento del Aporte por regulación de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 007-2003-CD-OSITRAN, el cual, respecto al Aporte por Regulación establece lo siguiente:

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

Las Entidades Prestadoras están obligadas a efectuar mensualmente el pago del Aporte por regulación a que se refiere el artículo 10° de la ley No. 27332 aplicando el porcentaje fijado anualmente sobre la totalidad de sus ingresos facturados, deducidos el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal."

[Resaltado y Subrayado agregado]

III. ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

18. La cláusula 13.11 del Contrato de Concesión, prevé:

Tasa de Regulación

13.11.- El CONCESIONARIO se encuentra obligado a pagar al REGULADOR el 1% de los recursos que reciba por concepto del PAMO, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 26917. Entre estos recursos se encuentran: i) ingresos percibidos directamente por el CONCESIONARIO por Peaje y cualquier otro servicio que brinde directamente o a través de terceros, ii) ingresos transferidos por el CONCEDENTE para completar los recursos necesarios para el PAMO.

Sin perjuicio de lo señalado, el CONCESIONARIO se encuentra obligado a pagar al REGULADOR los "Ingresos Asegurados por Supervisión". En caso, el aporte por regulación anual que corresponda pagar al CONCESIONARIO, sin tener en consideración los montos por concepto de PAO, sea menor a US\$ 110,000.00(Ciento Diez Mil Dólares de los Estados Unidos de América), el CONCESIONARIO estará obligado a pagar esta cantidad al REGULADOR por concepto de Ingresos Asegurados por Supervisión. Los "Ingresos Asegurados por Supervisión" se pagarán en la misma oportunidad y forma que la Tasa de Regulación.

[Resaltado y Subrayado agregado]

19. El numeral 1.3.15 del Texto Único de las Bases del Concurso de proyectos Integrales para la Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil, estableció:

1.3.15 Se considera, **sin admitirse prueba en contrario**, que todo Postor, Postor Precalificado o Persona que, de manera directa o indirecta, participe en el Concurso conoce el contenido de las presentes Bases y de las Leyes Aplicables.

[Resaltado y Subrayado agregado]

20. La definición de Leyes y Disposiciones Aplicables al Contrato de Concesión, contenidas en la cláusula 1.6 del precitado instrumento, a la letra señala:

Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales que regulan el Contrato. Incluyen los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las Partes.

21. Asimismo, la cláusula 8.33 del Contrato de Concesión, establece:

Régimen Tributario de la Concesión

*8.33.- El CONCESIONARIO estará **sujeto a la legislación tributaria nacional**, regional y municipal que se encuentre vigente durante la Concesión, debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que correspondan al ejercicio de su actividad. El CONCESIONARIO será el obligado, en calidad de contribuyente, al pago de todos los impuestos, contribuciones y tasas que se apliquen entre otros, a los bienes entregados por el CONCEDENTE o los que se construyan o incorporen al Tramo, sean dichos tributos emitidos por el Gobierno Nacional, Regional o Municipal.*

[Resaltado y Subrayado agregado]

22. Concordante con las precitadas estipulaciones contractuales, la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión establece:

Ley Aplicable

16.1.- Las Partes han negociado, redactado y suscrito el Contrato con arreglo a las Leyes y Disposiciones Aplicables del Perú. Por tanto, expresan que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por la legislación interna del Perú, la misma que el CONCESIONARIO declara conocer.

(...)

[Resaltado y Subrayado agregado]

IV ANÁLISIS DEL RECURSO

Cuestión Previa: Trámite que se debe dar al Recurso

23. De acuerdo a lo prescrito en el artículo 109² del Código Tributario, los actos son subsanables y convalidables, siempre que sean convalidados por la dependencia o el funcionario al que le correspondía emitir el acto. En base y al amparo de lo establecido en la precitada norma legal, en la –impugnada– Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN, se convalidó el Acto Administrativo contenido en el Oficio N° 1269-GS-OSITRAN, al señalar de forma expresa las normas y disposiciones que amparaban dicho instrumento.
24. Con relación a lo anterior, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Fiscal³, señala que si una convalidación al amparo del artículo 109° del Código Tributario, está referida a una omisión o modificación vinculada al artículo 77° del precitado cuerpo normativo, no debe afectarse el derecho de defensa y la doble instancia, y si ya se ha corregido o convalidado en el área de reclamaciones debe permitirse contra tal acto la interpelación del recurso de Reclamación, o en tal situación, si el administrado ya ha planteado la impugnación contra tales actos, al recurso interpuesto como recurso de Apelación, debe dársele el trámite de Reclamación, debiendo la administración emitir un nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta lo expuesto en dicho recurso.
25. En ese sentido, en observancia de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, a fin de no privar al Administrado de una instancia en el Procedimiento Contencioso Tributario, corresponde dar el trámite de Reclamación⁴, al Recurso de Apelación

² Artículo 109.- NULIDAD Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS

(...)

Los Actos de la Administración Tributaria son anulables cuando:

- a. Son dictados sin observar lo previsto en el artículo 77°; y,
- b. Tratándose de dependencias o funcionarios de la Administración Tributaria sometidos a jerarquía, cuando el acto hubiere sido emitido sin respetar la referida jerarquía.

Los actos anulables serán válidos siempre que sean convalidados por la dependencia o el funcionario al que le correspondía emitir el acto.

³ Conforme se desprende de las siguientes Resoluciones del Tribunal Fiscal:

RTF N° 1403-1-2002, RTF N° 192-1-2003, RTF N° 6203-1-2005, 336-1-2006, 747-1-2006 y 2666-1-2006.

⁴ Al respecto, en la Resolución RTF N° 10981-1-2008, el Tribunal Fiscal estableció:

“Que la Administración al resolver el recurso de reclamación interpuesto contra dichas resoluciones de determinación las convalidó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 109° del Código Tributario al señalar en forma expresa los motivos determinantes del reparo u observación, sin embargo, ello ha significado privar a la recurrente de

interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 001-2008-GAF-OSITRAN.

26. Estando a lo anterior, en el presente caso, se dará el trámite correspondiente a un Recurso de Reclamación, al Recurso de Apelación presentado por el Concesionario en fecha 25-08-08, contra la Resolución de Gerencia de Administración N° 001-2008-GAF-OSITRAN.

Requisitos de Admisibilidad del Recurso

27. Definido el trámite de Reclamación, que se dará al Recurso presentado por el Administrado, previo al análisis de las cuestiones de fondo, corresponde determinar la admisibilidad del Recurso, para lo cual, se debe verificar, si el recurso presentado, observa los requisitos de Admisibilidad previstos en el Código Tributario. Al respecto el artículo 137° del Código Tributario señala como requisitos de Admisibilidad:

Artículo 137.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

La reclamación se iniciará de acuerdo a los requisitos y condiciones siguientes:

- 1. Se deberá interponer a través de un escrito fundamentado y autorizado por letrado en los lugares donde la defensa fuera cautiva, el que, además, deberá contener el nombre del abogado que lo autoriza, su firma y número de registro hábil. A dicho escrito se deberá adjuntar la Hoja de Información Sumaria correspondiente, de acuerdo al formato que hubiera sido aprobado mediante Resolución de Superintendencia.*
- 2. Plazo: Tratándose de reclamaciones contra Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, resoluciones que resuelven las solicitudes de devolución, resoluciones que determinan la pérdida del fraccionamiento general o particular **y los actos que tengan***

relación directa con la determinación de la deuda tributaria**, éstas se presentarán en el término improrrogable de **veinte (20) días hábiles** computados desde el día hábil siguiente a aquél en que se notificó el acto o resolución recurrida. De no interponerse las reclamaciones contra las resoluciones que determinan la pérdida del fraccionamiento general o particular **y contra los actos vinculados con la determinación de la deuda

*una instancia en el procedimiento contencioso tributario, por lo que **procede que la Administración de trámite de reclamación al recurso de apelación interpuesto contra la Resolución de Reclamación N° 001-2004-GAF/OSIPTEL** de 4 de junio de 2004, a fin que la recurrente pueda ejercer su derecho de defensa, y que ésta emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los argumentos expuestos en dicho recurso."*

*dentro del plazo antes citado, dichas resoluciones y actos quedarán firmes.
(...)*

3. *Pago o carta fianza: Cuando las Resoluciones de Determinación y de Multa se reclamen vencido el señalado término de veinte (20) días hábiles, deberá acreditarse el pago de la totalidad de la deuda tributaria que se reclama, actualizada hasta la fecha de pago, o presentar carta fianza bancaria o financiera por el monto de la deuda (...)*

[Resultado y Subrayado agregado]

28. Al respecto, del escrito presentado por el Concesionario, se aprecia que este cumple con los requisitos establecidos en el artículo 137° del Código Tributario, asimismo, cumple con correspondientes establecidos en el artículo 113° de la ley 27332, Ley del Procedimiento Administrativo General, por lo cual, el recurso presentado se admite a trámite.

Análisis de los argumentos del Administrado

29. Antes del análisis, conviene acotar que, como método, en primer orden se reseñarán los argumentos presentados por el Concesionario, para acto seguido pronunciarnos respecto a cada uno de ellos.

❖ **En el numeral 2.1 de su escrito, denominado: “Alcances del Aporte por Regulación”, el Concesionario señala:**

- El término facturación se refiere indudablemente a la explotación del Proyecto, precisamente el servicio que esta sometido a regulación por parte del OSITRAN.
- El Costo de transitabilidad no es el Servicio Público del Contrato de Concesión, sino el Servicio Público de la Concesión, es la Operación y Mantenimiento de la carretera cuya contraprestación es el PAMO, con lo que sólo puede incluirse dentro del Aporte por Regulación dicho concepto.
- La Base imponible del Aporte por Regulación no está conformada por todos los ingresos facturados de la compañía, únicamente incluye, los ingresos relacionados con los servicios brindados por el OSITRAN, que precisamente se prestan en la etapa de explotación del Proyecto. En efecto, de acuerdo con el artículo 43° del Reglamento de la Ley N° 26917, los costos de supervisión y la tasa de regulación, deben provenir de los recursos obtenidos de la Explotación de la Infraestructura.

30. Respecto a lo señalado por el Concesionario en el sentido que únicamente en la Etapa de Explotación éste se encuentra sometido a regulación por parte de OSITRAN, cabe señalar que dicha aseveración carece de sustento, toda vez que conforme se señaló en el numeral 53 de la impugnada Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN, la Actividad Reguladora que realiza el Estado a través de los Organismos Reguladores, es realizada por éstos ejerciendo la gama de funciones que les han sido asignadas por la Ley N° 27332. Dichas funciones, como es ampliamente conocido, son: La función supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora sancionadora, de solución de controversias, y solución de reclamos de usuarios –a las que se suman todas las demás funciones que les han sido asignadas por su Ley de creación particular (Ley N° 26917 en el caso de OSITRAN)-- sobre las Entidades Públicas o Privadas bajo su ámbito de Competencia. La Actividad Reguladora no se circunscribe, limita, reduce o equipara a la función reguladora, puesto que esta última es una de las varias asignadas a los Organismos Reguladores para el cumplimiento de sus fines, en ese sentido, es evidente que el argumento esgrimido por el Concesionario carece de sustento.
31. OSITRAN realiza la Actividad Reguladora durante todo el periodo de Concesión y, en virtud a sus funciones, incluso antes de la fecha de suscripción de los Contratos de Concesión, cuando emite opinión técnica⁵ respecto de la versión final del mismo. Durante la ejecución del Contrato de Concesión, emite opinión respecto a los Proyectos de Adenda que presentan las partes, asimismo, interpreta de oficio o a solicitud de las partes los Contratos de Concesión. Naturalmente, las acciones antes aludidas –que forman parte de la Actividad Reguladora-- son realizadas por OSITRAN en cualquier Etapa del Proyecto e incluso antes, y no se circunscriben a la etapa de Explotación como equivocadamente sostiene el Concesionario.

⁵ Ciertamente el artículo 2° de la Ley N° 27701, a la letra señala:

Artículo 2.- Opinión del organismo regulador

Las disposiciones que regulen la **materia de competencia de los organismos reguladores**, comprendidas en los expedientes finales de los procesos de privatización y concesiones -sujetos al Decreto Legislativo N° 674 y al Decreto Supremo N° 059-96-PCM- de las empresas cuya regulación está a cargo de los organismos reguladores precisados en la Ley N° 27332, deberán contar con la opinión del respectivo Consejo Directivo de éstos como requisito **previo a su aprobación por parte de la COPRI**.

32. Con relación a lo señalado por el Concesionario, en el sentido que el Servicio Público de la Concesión es la Explotación y el Mantenimiento de la carretera, cuya contraprestación es el PAMO. Cabe recordar que la cláusula 2.6 del Contrato de Concesión expresamente establece que el Objeto de dicho Contrato, es la **Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación** de la Infraestructura de Servicio Público del Tramo 4 Inambari-Azangaro. Siendo claro que el Objeto del Contrato de Concesión no se limita a la Explotación de la Infraestructura, sino que también comprende la Construcción y Conservación, es obvio que el argumento esgrimido por el Concesionario en este extremo de su recurso también carece de sustento.
33. Con relación a la base imponible, el Concesionario manifiesta que ésta no esta conformada por todos los ingresos facturados por su Compañía. Al respecto, cabe señalar que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 10° de la Ley N° 27332, concordante con el artículo 14° de la Ley N° 26917, la base imponible del Aporte por Regulación, es el **1% del valor de la facturación anual** de las empresas bajo el ámbito de Competencia del OSITRAN. De lo anterior, queda claro que en la precitada norma legal, no se hace excepción alguna, mucho menos se señala que el Aporte por Regulación sea sujeto a cobro únicamente en la Etapa de Explotación del Proyecto.
34. Estando a lo anterior y, en la medida que conforme a lo prescrito en el artículo 74° de la Constitución Política del Perú, concordante con la Norma IV del Código Tributario, únicamente a través de una Ley o norma Legal con rango equivalente puede efectuarse una modificación a la base imponible del Aporte por Regulación. Por tanto, dicho tributo debe ser calculado sobre la base del valor de la facturación anual de las Empresas Concesionarias que se encuentran bajo el ámbito de competencia de OSITRAN.
35. Con respecto a lo señalado por el Concesionario en el sentido que el artículo 43° del Reglamento de la Ley 26917, establecería que los costos de supervisión y la tasa de regulación deben provenir de la Etapa de Explotación de la Infraestructura. Cabe recalcar que conforme se señaló en los numerales 47 y 48 de la Resolución 001-2008-GAF-OSITRAN, la norma contenida en el artículo 43° del aludido Reglamento, establece como se cubrirán los costos de supervisión y la “tasa” de regulación en el caso se produzca la caducidad de la Concesión durante el periodo de explotación de la Infraestructura, vale decir durante el periodo en el que se encuentra en servicio o uso la carretera. A ese respecto, dicho artículo reza:

Artículo 43.- Suspensión o Caducidad de la Concesión.

El OSITRAN podrá declarar ante el CONCEDENTE la ocurrencia de una causal de suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en algunas de éstas, que hayan sido establecidas en las normas pertinentes o en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

*En casos excepcionales derivados de la suspensión de la concesión, terminación del contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la **paralización del servicio o uso de la INFRAESTRUCTURA correspondiente**, el OSITRAN quedará facultado para contratar de manera temporal los servicios que sean necesarios para evitar la **suspensión del servicio**, hasta que se suscriba el nuevo contrato de concesión. Estos contratos de servicios no podrán, en ningún caso, tener una duración superior a un año.*

*En cualquier caso, los recursos obtenidos de la **explotación de la INFRAESTRUCTURA durante el período aludido** en el párrafo precedente, serán empleados para pagar los costos y gastos en que se incurra para la prestación de los servicios contratados, los costos de supervisión, y la tasa de regulación respectiva.*

[Resultado y Subrayado agregado]

36. Conforme se señaló anteriormente y en la propia Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN, es obvio que si el Contrato de Concesión se suspende o caduca durante la Etapa de Explotación, se utilizarán los recursos que se obtengan en dicha etapa. Adicionalmente, en este punto conviene reiterar que no es dicho artículo, sino el artículo 62⁶ del referido Reglamento, aquel que regula en el precitado cuerpo normativo, el Aporte por Regulación, haciendo incluso una remisión legal al artículo 10° de la Ley 27332, norma con rango de Ley que conforme se ha señalado en forma extensa, establece con claridad que la base de cálculo de dicho tributo, --el Aporte por Regulación-- está constituida por el 1% del valor de la facturación anual de la Empresas o Entidades bajo el ámbito de competencia de los Organismos Reguladores.

❖ **En el numeral 2.2 de su escrito, denominado “La hipótesis de incidencia tributaria del Aporte por Regulación”, el Concesionario, en resumen sostiene su postura bajo el siguiente argumento:**

⁶ Debe tenerse presente que el artículo en mención, hace una remisión legal al artículo 10° de la Ley 27332, conforme se aprecia a continuación:

Artículo 62.- Recursos.

Constituyen recursos propios del OSITRAN:

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

(...)

d. Tasas, derechos e ingresos que le correspondan por ley.

(...)

- El aporte por Regulación, sólo puede gravar los ingresos derivados de la explotación del Proyecto PAMO, pues en las concesiones cofinanciadas,

el costo de Transitabilidad y el Pago Anual por Obras PAO, si bien son facturados, no constituyen ingresos de la Compañía derivados de la Actividad de la Concesión.

- En las Concesiones Cofinanciadas, conceptos como el Costo de Transitabilidad (como también el PAO), si bien tienen que ser facturados en cumplimiento de las normas de comprobantes de pago, estos no constituyen ingresos por la actividad de la Concesión, sino que tal y como lo señala la cláusula 8.21 c) del Contrato de Concesión, éste es un reembolso que realiza el Estado por el Costo de mantener la transitabilidad del Tramo que constituye en esencia una obligación del Estado pero que en este caso se solicitó el financiamiento de los Concesionarios.
- Nótese que en caso del PAO el asunto es mucho más evidente dado que según la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión este constituye el aporte del Estado para la Construcción de la OBRA, no es un ingreso a favor del contribuyente derivado de la explotación del Proyecto.

37. Con respecto al precitado argumento del Concesionario, el artículo 10⁷ de la Ley N° 27332 así como el artículo 14⁸ de la Ley N° 26917, señalan de manera expresa que la base imponible para el Aporte por Regulación a cargo de las Empresas o Entidades bajo el ámbito de competencia del Regulador, está constituido por el valor de la facturación anual de dichas Empresas, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.
38. En la medida que el Costo por Transitabilidad, el Pago Anual por Obras (PAO), y el Pago Anual por Mantenimiento Periódico (PAMO) provienen del cofinanciamiento del Estado, constituyen ingresos para el Concesionario, en tanto, son una retribución económica que éste percibe del Estado Peruano, conforme se desprende de la naturaleza del cofinanciamiento establecida en el

⁷ Artículo 10.- Aporte por regulación

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

⁸ 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.

(...)

artículo 3 del Decreto Supremo N° 108-2006-EF⁹. En esa medida, carece de sustento lo señalado por el Concesionario, en el sentido que el Costo de

Transitabilidad y el Pago Anual por Obras PAO, “no constituyen ingresos de la Compañía”.

39. En atención a lo señalado expresamente por las normas con rango de Ley que regulan el Aporte por Regulación, así como a la naturaleza jurídica del cofinanciamiento –expresada en el Decreto Supremo N° 108-2006-EF-- que percibe el Concesionario del Estado Peruano por la Construcción de la Obra, jurídicamente no cabe excluir concepto alguno de la facturación efectuada por dichas Empresas.
40. El Concesionario añade en su escrito, que tal y como lo señala la cláusula 8.21 c) el Costo de Transitabilidad es un reembolso que realiza el Estado por el Costo de mantener la Transitabilidad en el Tramo que en esencia constituye una obligación del Estado. A ese respecto, en primer lugar, cabe señalar que contrario a lo señalado por el Administrado, mantener la Transitabilidad del Tramo durante la Etapa de Construcción del Proyecto, es obligación del Concesionario, dicha circunstancia se desprende del literal b) del artículo 36° del TUE de Concesiones aprobado Decreto Supremo N° 059-96-PCM¹⁰, norma que establece que durante la construcción, reparación y conservación de la Obra el Concesionario no podrá interrumpir el tránsito de caminos o vías existentes, agregando que cuando la interrupción sea imprescindible, el Concesionario estará obligado incluso a habilitar un adecuado tránsito provisional.
41. En observancia de la precitada norma Legal, el literal c) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión invocado por el propio Administrado, establece que el Concesionario **deberá** mantener la Transitabilidad de todo el tramo, desde el inicio de la Actividad hasta la culminación de la Etapa de Construcción, añadiendo que se entenderá que existe transitabilidad cuando todo tipo de vehículo pueda desplazarse por todo el tramo sin restricción alguna y a los doce (12) meses alcance como niveles de servicio las velocidades medias durante toda la Etapa de Construcción, conforme esta establecido en el Plan de Transitabilidad.
42. De las normas legales y contractuales previamente glosadas, queda claro que la Transitabilidad no sólo es una obligación legal del Concesionario, sino y más aún conforme a lo estipulado expresamente en el Contrato de Concesión, una prestación a su cargo, cuyo efectivo cumplimiento –debidamente verificado por OSITRAN¹¹-- genera la contraprestación del Estado que se materializa en el

⁹ Norma que se analizará más adelante.

¹⁰ Cuerpo normativo, al amparo del cual se suscribió el Contrato de Concesión.

¹¹ Ciertamente, conforme se desprende del Procedimiento previsto para el Pago del Costo de Transitabilidad, previsto en los sub-literales a), b), c), d), e), f) y g) del literal C) de la cláusula 8.21 del Contrato de Concesión, de no existir la conformidad del Regulador, el Concedente no realizará el pago del Costo de Transitabilidad al Concesionario.

respectivo pago por el denominado Costo de Transitabilidad. En ese sentido, el argumento del Concesionario por el que sostiene que la Transitabilidad es un “reembolso” del Estado a favor del Recurrente, para que éste mantenga la transitabilidad del tramo, evidentemente carece de sustento jurídico.

43. En relación a lo señalado por el Concesionario en el sentido que en el caso del PAO el asunto sería más evidente dado que según la cláusula 8.23 del Contrato de Concesión el PAO, es un Aporte que realiza el Estado para la Construcción de la Obra. Al respecto cabe señalar, que dicha aseveración es incorrecta, toda vez que conforme establece la definición de PAO¹² contenida en las Bases del Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de las **Obras** y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Proyecto Corredor Interoceánico Sur, Perú-Brasil, el PAO, es la suma de dinero expresada en Dólares que anualmente el Estado de la República del Perú asegurará al Concesionario una vez que haya recibido la Obra concluida, añadiendo que el pago a favor del Concesionario, procederá una vez que el Regulador haya dado la conformidad de las Obras.
44. De lo anterior se colige que el pago por dicho concepto constituye un ingreso para el Concesionario, derivado no de la Explotación de la Infraestructura, sino de su Construcción. En ese orden de ideas, al facturar dicho ingreso, el Concesionario esta obligado al pago del Aporte por Regulación respecto al mismo.

❖ **En el numeral 2.3 de su escrito, el Concesionario sostiene lo siguiente:**

- El párrafo 74 del Marco conceptual de las NIIF establece que los ingresos incluyen a los ingresos ordinarios como las ganancias, definiendo como ingresos ordinarios a aquellos que surgen en el curso de las actividades ordinarias de la empresa.
- El aporte por Regulación únicamente debe considerar los ingresos derivados de la explotación del Proyecto PAMO y no el Costo de Transitabilidad, toda vez que este es sólo un reembolso del Estado sin beneficio alguno para la Compañía. Gravar este concepto con el Aporte

Dicha circunstancia de incumplimiento, incluso puede dar lugar a la aplicación al Concesionario, de las penalidades previstas en el Contrato de Concesión.

¹² Efectivamente, el numeral 1.2.48 de las Bases del Concurso de proyectos Integrales para la Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, establece:

1.2.48 Pago Anual por Obras (PAO). Es la suma de dinero expresada en Dólares, que anualmente el Estado de la República del Perú asegurará al Concesionario una vez que haya recibido la obra concluida de acuerdo a su Propuesta Económica. Este pago procederá una vez que el Regulador haya dado la conformidad a las obras, dentro de un período de (90) días calendario. Este monto constituye uno de los componentes de la Propuesta Económica solicitada al Postor, siendo parte del factor de competencia y cubre los costos de Construcción o Mejoramiento y Rehabilitación según sea el caso, de los Tramos en los que se tenga interés de participar, especificados en el Anexo N° 9 de las presentes Bases.

implicaría confiscar el capital de la Compañía en tanto el verdadero sujeto económico de dicho beneficio es el Estado en provecho de los

usuarios de la carretera.

- El Costo de Transitabilidad es sólo un reembolso del Estado, sin beneficio alguno para el Concesionario. Este importe no constituye ingreso alguno para el Concesionario en la Etapa de Explotación, por lo tanto no es parte de los ingresos facturados por la Explotación de la Concesión.
45. Con respecto a lo señalado por el Concesionario en el sentido que los ingresos son aquellos que surgen en el curso de las Actividades Ordinarias de la Empresa. Cabe reiterar que la cláusula 2.6 del Contrato de Concesión expresamente establece que el **Objeto** de dicho Contrato, es la **Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación** de la Infraestructura de Servicio Público del Tramo 4 Inambari-Azangaro. En ese sentido, es claro que los ingresos que percibe el Concesionario por la Construcción de la Obra, surgen en el curso de una de sus Actividades Ordinarias.
 46. En relación a lo señalado por el Concesionario, en el sentido, que el Aporte por Regulación sólo debería considerar los Ingresos provenientes del PAMO. Corresponde apuntar, que el artículo 10º de la Ley N° 27332, ha establecido claramente la base imponible del mismo, definiendo que el referido aporte, se obtiene de aplicar el porcentaje del 1% del valor de la **facturación anual** de las empresas y entidades bajo el ámbito de competencia del OSITRAN, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, en la misma línea, el artículo 14º de la Ley N° 26917, establece que constituyen recursos propios de OSITRAN, la tasa de Regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, que no podrá exceder del 1% de su **facturación anual**.
 47. De las precitadas normas legales que disciplinan el Aporte por Regulación, no se desprende ningún supuesto que prevea una distinción, que oriente en dirección, a que la base imponible del precitado tributo, se encuentre conformada únicamente el valor de la facturación anual del Concesionario por el concepto de Pago Anual por Mantenimiento Periódico (PAMO), y no por el Costo de Transitabilidad o el Pago Anual por Obras (PAO).
 48. En ese orden de ideas, considerando que la Ley no establece diferencia alguna respecto a la base de cálculo del Aporte por Regulación, en virtud del aforismo **“ubi lex non distinguit nec distinguere debemus--Donde la Ley no distingue no debemos distinguir”**, no se puede interpretar que la base de cálculo del Aporte por Regulación, sólo está conformada por el valor de la facturación del Pago Anual por Mantenimiento de Obras (PAMO), excluyéndolo de la base de cálculo el valor de la facturación anual del Concesionario por los conceptos de Transitabilidad y Pago Anual por Obras (PAO).

49. Con respecto a la afirmación del Concesionario en el sentido que el Costo de Transitabilidad es un reembolso del Estado sin beneficio alguno para éste en la Etapa de Explotación. Conviene reiterar lo señalado ya anteriormente, en el sentido que el Costo de Transitabilidad, constituye un ingreso para el Concesionario durante la Etapa de Construcción del Proyecto.
- ❖ **En el numeral 2.4 “Base imponible conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión”, el Concesionario manifiesta:**
- La cláusula 13.11 del Contrato de Concesión no es contraria ni restringe o limita la regulación vigente del Aporte por Regulación sino que por el contrario, en perfecta armonía con la legislación aplicable, señala que la base imponible es el PAMO.
50. En este punto, preliminarmente es preciso acotar que dada la naturaleza tributaria de las normas que disciplinan el Aporte por Regulación, de manera alguna pueden ser desconocidas, incumplidas o dejadas sin efecto por vía contractual, puesto que las obligaciones tributarias –como en este caso el pago del Aporte por Regulación-- no son obligaciones nacidas en virtud de un Contrato --obligaciones ex contractu--, sino obligaciones que nacen en virtud de la Ley --obligaciones ex lege--.
51. Dicho lo anterior, respecto a lo señalado por el Concesionario en el sentido que de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión, la Base Imponible del Aporte por Regulación sólo sería el PAMO. Al respecto, cabe señalar que de la cláusula 13.11 del Contrato de Concesión se desprende que la intención de las partes, es incluir en la base de cálculo del Aporte por Regulación, el 1% del valor de la facturación del Concesionario, por cuanto, en dicha cláusula **las partes hacen una remisión expresa a la Ley N° 26917**, norma que precisamente establece sin efectuar excepción alguna, que la base de cálculo del Aporte por Regulación a favor de OSITRAN, estará compuesta por la **facturación anual de las Empresas o Entidades bajo el ámbito de competencia de OSITRAN**.
52. Como refiriéramos anteriormente, al igual que el PAMO, el Costo de Transitabilidad y el PAO, es un monto que es percibido por el Concesionario directamente del Estado, **como consecuencia del esquema de cofinanciamiento del Proyecto**. Estando a lo anterior, es evidente, que no existe sustento legal y mucho menos lógico, para no incluir en el cálculo del Aporte por Regulación al Costo de Transitabilidad y al Pago Anual por Obras (PAO).

53. El Contrato de Concesión, no puede aplicarse o interpretarse de manera tal que excluya de la base de cálculo del Aporte por Regulación al Costo por Transitabilidad y menos aún al Pago Anual por Obras PAO, como pretende el Concesionario. En efecto, a ese respecto, de acuerdo a lo prescrito en el inciso 14 del artículo 2¹³, y el artículo 62¹⁴ de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 1364¹⁵ del Código Civil; si bien, nuestro ordenamiento jurídico, reconoce el derecho a la libre contratación, no es menos cierto, que el mismo señala de manera expresa, que éste derecho se encuentra limitado en la medida que en ejercicio del mismo, no se puede contravenir normas imperativas –como las normas tributarias-- vigentes al tiempo de la celebración de los Contratos.
54. Con relación a lo anterior, cabe recordar que tanto el artículo 14^o de la Ley 26917, así como el artículo 10^o de la Ley 27332 --normas que disciplinan el Aporte por Regulación--, se encontraban vigentes en la fecha de celebración del Contrato de Concesión¹⁶, más aún conviene acotar que se encontraban vigentes mucho antes de la celebración del Contrato de Concesión. Siendo así las cosas y, teniendo presente que las partes en la cláusula 16.1 del Contrato de Concesión, declararon expresamente su sujeción a la legislación peruana¹⁷, reiteramos que el Contrato de Concesión no podría aplicarse o interpretarse de manera tal que se excluya al Costo de Transitabilidad o al Pago Anual por Obras para efectos del cálculo del Aporte por Regulación a favor de OSITRAN.
55. Es más, la cláusula 8.33¹⁸ del Contrato de Concesión, estipula que el

¹³ Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

¹⁴ Artículo 62.- Libertad de Contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)

¹⁵ 1354.- Contenido de los contratos

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

¹⁶ Ciertamente el Contrato de Concesión del Tramo 4 de la Carretera Interoceánica, se suscribió el 04 de agosto del año 2005.

¹⁷ Que al momento de la celebración del Contrato, expresamente declararon conocer.

¹⁸ Régimen Tributario de la Concesión

8.33.- El CONCESIONARIO estará sujeto a la legislación tributaria nacional, regional y municipal que se encuentre vigente durante la Concesión, **debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que correspondan al ejercicio de su actividad**. El CONCESIONARIO será el obligado, en calidad de contribuyente, al pago de todos los impuestos, contribuciones y tasas que se apliquen entre otros, a los bienes entregados por el CONCEDENTE o los que se construyan o incorporen al Tramo, sean dichos tributos emitidos por el Gobierno Nacional, Regional o Municipal.
(...)

Concesionario **esta sujeto a la legislación tributaria nacional, regional y municipal que se encuentre vigente durante la Concesión**, debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que corresponden a su actividad, que conforme se desprende de la cláusula 2.4 del Contrato, es la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación de la Infraestructura de la Concesión.

56. En línea a su declaración de voluntad expresada en el Contrato de Concesión, en armonía con lo establecido en el Artículo 1361° del código Civil, que consagra el principio ***pacta sunt servanda***, por el cual, “*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos*”, frente a una estipulación contractual que expresa con toda claridad la voluntad del Concesionario de someterse a la legislación tributaria nacional –la que incluye obviamente la ley 27332-- y en particular a la Ley N° 26917, la pretensión del Concesionario para que no se considere en la base de cálculo del Aporte por Regulación el valor de la facturación anual por los conceptos de Costo de Transitabilidad y Pago Anual Por Obras PAO, entra en contradicción directa con su declaración de voluntad expresamente manifestada en las cláusulas 13.11 y 8.33 del Contrato de Concesión.
57. En base a lo anterior, no cabe duda que el Contrato de Concesión ha establecido que el Costo de Transitabilidad, el Pago Anual por Obras PAO y el Pago Anual por Mantenimiento Periódico PAMO, forman parte de la base de cálculo del Aporte por Regulación, y que ello no podría aplicarse o interpretarse de modo distinto. No obstante aún en el supuesto negado que el Contrato de Concesión no hubiérase establecido dicha circunstancia, ello, de ninguna manera exoneraría¹⁹ o liberaría al Concesionario de pagar el **1% del valor de su facturación anual**, por los conceptos de Costo de Transitabilidad y Pago anual por Obras (PAO), puesto que como ya se menciono anteriormete, las obligaciones tributarias, son obligaciones que nacen en virtud de la Ley – obligaciones ex lege-- y no en virtud de un Contrato –obligaciones ex contractual-

❖ **En el numeral 2.5, de su escrito, denominado: “Sobre la Naturaleza del Aporte por Regulación”, el Concesionario sostiene su postura señalando:**

- El aporte por regulación, en tanto tributo vinculado a la prestación del servicio de regulación por por parte del OSITRAN, es un tributo de la especie tasa, cuyo rendimiento no puede estar destinado a fines distintos del costo del servicio. De acuerdo a las normas de creación del

¹⁹ Cabe resaltar que en virtud al Principio de Legalidad – Reserva de la Ley, consagrado en la Norma IV del Código Tributario, sólo por Ley se puede modificar la base de cálculo de los Tributos.

mencionado aporte, puede establecerse que éste retribuye directamente el servicio de regulación brindado por el OSITRAN.

- En el supuesto negado que el Aporte por Regulación esté destinado a cubrir todos los fines de OSITRAN y no sólo el servicio de regulación, no cabe la menor duda que su cobro sea tasa o contribución debe estar relacionado con el costo del servicio brindado por el OSITRAN; afirmar lo contrario será contradecir todos los principios que rigen nuestro sistema tributario.
- En el caso particular de la Concesión del Tramo Vial N° 4 Inambari – Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, el Concedente – Estado, ha asumido la carga de los costos de Transitabilidad.
- Si bien como se señala en la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 001-2008-GAF-OSITRAN, el OSITRAN ha señalado que la Resolución del Tribunal Fiscal N° 560-2-99, se emitió al amparo de la normativa de OSIPTEL la cual es anterior a la promulgación de la 27332, en nada afecta los argumentos del Tribunal Fiscal vertidos en la citada resolución pues el determinar que los Aportes por Regulación constituyen una tasa en la medida que tiene su origen en un mandato legal que los refiere a una actuación estatal, tiene el mismo fundamento que en el Aporte por Regulación.

58. Contrariamente a lo señalado por el Concesionario, de las normas con rango de Ley e incluso de las normas Reglamentarias que regulan el Aporte por Regulación de OSITRAN, como son el artículo 10° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, el artículo 14° de la Ley N° 26917, y el artículo 62° del Reglamento de los precitados cuerpos legales aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, se desprende que dicho aporte, constituye una contribución –y no una tasa como manifiesta el Concesionario²⁰
59. En efecto, en este punto preliminarmente es propio aclarar que la denominación de las normas tributarias, **per se**, no definen su naturaleza jurídica. Pegado a ese criterio se ha inclinado la doctrina; así, Amilcar Falcao postula: “... **El tributo no se define o conceptúa en base a su denominación o su nomen juris: la definición es dada, a través del examen de la naturaleza jurídica del tributo, o sea, del hecho generador adoptado...**”. Así también, en esa misma

²⁰ Puesto que dicho tributo es pagado por las Entidades Prestadoras que explotan infraestructura de transporte de uso público, con la finalidad de financiar la Actividad Reguladora que brinda el Estado a través de OSITRAN, quien ejerce las funciones que establece la Ley N° 27332 sobre las actividades económicas que realizan las Entidades Prestadoras, en lo referente a todo el espectro de las actividades de “explotación de la infraestructura de transporte de uso público” --lo que abarca las inversiones efectuadas, las operaciones, así como los aspectos regulatorios y comerciales--.

dirección, Geraldo Ataliba asevera “... **Los nombres utilizados en la ciencia, deben corresponder a conceptos unívocos. No siempre sin embargo, el legislador esta atento a esta exigencia. Muchas veces por no ser especialista ...**”.

60. De lo anterior fluye que el “*nomen juris*”, no define o conceptúa la naturaleza jurídica de un tributo. En tal sentido, cuando en la Ley N° 26917 --en el caso particular de OSITRAN-- dicho tributo es denominado como “tasa”, dicha circunstancia es finalmente indiferente al momento de definir su naturaleza jurídica, puesto que la misma es dada a través del examen de la norma que regula el tributo.
61. Con relación a la clasificación tributaria del Aporte por Regulación a favor de OSITRAN, cabe indicar que el artículo 10° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores establece que los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito, añadiendo, que este aporte será fijado, en cada caso, mediante Decreto Supremo²¹ aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas. Por su parte, el artículo 14° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN establece que entre otros, constituye un recurso propio de OSITRAN, la “tasa” de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras, la misma que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual, añadiendo que constituye infracción grave del Concesionario no pagar el aporte aludido, en la oportunidad forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.
62. Entre tanto, el artículo 62° del Reglamento General de OSITRAN --norma reglamentaria de las precitadas Leyes 26917 y 27332--, señala que constituye un recurso propio de OSITRAN, el Aporte por Regulación que deben pagar las empresas bajo su ámbito de competencia de conformidad con lo establecido en el Artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores.
63. Las Contribuciones son tributos vinculados cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. En el caso del Aporte por Regulación a favor de los Organismos Reguladores; y, en particular de OSITRAN, su cobro surge por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse de la actividad reguladora que brinda el Estado, la cual conforme ya se explicó anteriormente no se circunscribe, limita o equipara al ejercicio de la función reguladora de la Entidad.

²¹ La alícuota del Aporte en el caso particular de OSITRAN, fue fijada mediante Decreto Supremo N° 104-2003-PCM, norma que establece que ésta será el 1% de la facturación anual de las Empresas o Entidades bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal.

64. De las normas legales que regulan el hecho imponible de este tributo a favor de OSITRAN, se aprecia que este tiene su origen en un mandato legal que los refiere a una actuación estatal indirecta, que se plasma en la actividad reguladora que realiza el Estado. En efecto, a partir del artículo 10º de la Ley N° 27332 y del artículo 14º de la Ley N° 26917, así como del artículo 62º del Reglamento de las precitadas Leyes, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, se desprende que el supuesto en el que se origina el deber de pagar este aporte, es la Actividad Reguladora que realiza el Estado, la misma que se materializa a través de los Organismos Reguladores, quienes, para el cumplimiento de sus fines --misión²² y objetivos²³-- encomendados por sus respectivas Leyes de Creación, cuentan con atribuciones y ejercen las funciones: supervisora, reguladora, normativa – fiscalizadora, de Solución de Controversias, y de solución de los reclamos de usuarios, conforme lo prevé el artículo 6º de la Ley N° 26917 y el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores concordantes --en el caso de OSITRAN-- con numeral 7.1²⁴ del artículo 7º de la Ley 26917, Ley de Creación de OSITRAN.

²² De acuerdo al numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley N° 26917, OSITRAN tiene la misión de regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

²³ Por su parte, el artículo 5º de la Ley 26917, establece como objetivos de OSITRAN los siguientes:

- a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.
- b) Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.
- c) Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las Entidades Prestadoras, de acuerdo con lo establecido en su Reglamento.
- d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.

²⁴ De acuerdo a lo prescrito en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, son funciones de esta Entidad, las que se citan a continuación:

“a) 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.

b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:

- i. En el caso que no exista competencia en el mercado, fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda.*
- ii. En el caso que exista un contrato de concesión con el Estado, velar por el cumplimiento de las cláusulas tarifarias y de reajuste tarifario que éste contiene.*
- iii. Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.*

c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.

d) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte, con excepción de aquellos aspectos que por ley corresponden al ámbito de responsabilidad de otras autoridades.

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

65. Evidentemente de acuerdo a lo anteriormente anotado y de acuerdo a la descripción del hecho imponible previsto en las normas analizadas, se tiene que el Aporte por Regulación a favor de OSITRAN, califica como un tributo de especie Contribución.
- 66.- Respecto a lo señalado por el Concesionario en el sentido que independientemente sea calificado como tasa o contribución, el Aporte por Regulación a favor de OSITRAN, debe estar relacionado con el Costo del Servicio que presta OSITRAN, pues afirmar lo contrario implicaría contradecir todos los principios tributarios. Cabe señalar que lo afirmado por el recurrente es errado, toda vez que conforme se desprende de los literales b) y c) de la Norma II del Código Tributario, a diferencia de la Tasa²⁵, la Contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios indirectos derivados de Actividades Estatales --como este caso la Actividad Reguladora que brinda el Estado a través de los Organismos Reguladores--. Incluso en el

-
- f) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión. En caso ésta sea procedente, elaborará el informe técnico correspondiente y lo trasladará al Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
- g) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad, cuando la empresa concesionaria incurra en alguna de las causales establecidas en las normas con rango de Ley, que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normas reglamentarias y complementarias o en el contrato de concesión, en el ámbito de su competencia.
- h) En casos excepcionales en los cuales exista suspensión de la concesión, terminación de contrato o caducidad del mismo, a fin de evitar la paralización del servicio, OSITRAN podrá contratar temporalmente los servicios de empresas especializadas, hasta la suscripción de un nuevo contrato de concesión. Los contratos temporales no tendrán, en ningún caso, duración superior a un año calendario.
- i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos, y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo de OSITRAN; así como efectuar los pagos que correspondan en el cumplimiento de las obligaciones que se pudiere haber contraído con éstos, con terceros y con el Estado, en virtud de la legislación vigente y de lo establecido en los contratos de concesión.
- j) Proveer información y emitir opinión en aspectos de su competencia cuando el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción lo requiera.
- k) Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas de los contratos de concesión.
- l) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas prestadoras de servicios; de éstos entre sí y las de carácter patrimonial que pudieren surgir entre el Estado y los concesionarios. La vía arbitral es obligatoria para la solución de controversias entre Entidades Prestadoras.
- m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad.
- n) Expedir las directivas procesales para atender y resolver reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y celeridad de dichos trámites.
- o) Llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.
- p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura”.

²⁵ Que es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un **servicio público individualizado en el Contribuyente**. Dicha circunstancia evidentemente no se da en el presente caso, toda vez que al desplegar su Actividad Reguladora, OSITRAN no atiende únicamente al Concesionario, sino debe cautelar en forma imparcial los intereses de los **Usuarios, los Inversionistas y el Estado**, conforme se desprende del artículo 3° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN.

supuesto negado de que sea calificado como tasa, dicha situación sería indiferente, toda vez que conforme a la línea de razonamiento trazada en los numerales previos y conforme ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional en la Resolución N° 3303-2003-AA, el Aporte por Regulación recaudado a favor de los Organismos Reguladores, es recaudado por estos para el mejor cumplimiento de sus fines.

67. Respecto a lo afirmado por el Concesionario, en el sentido que los servicios que presta OSITRAN, se verifican en la Etapa de Explotación. Cabe señalar que ese argumento conduciría a un absurdo. En efecto, esa postura, conduce a negar por ejemplo que OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión durante la Etapa de Construcción del Proyecto, así como que OSITRAN no emite opinión técnica previa a la suscripción de una Adenda entre el Concedente y el Concesionario durante la Etapa de Construcción del Proyecto, o lo que es peor, que OSITRAN no pueda solucionar controversias, o reclamos de usuarios en la Etapa de Construcción del Proyecto, etc. Evidentemente dicho argumento no resiste el más mínimo análisis.
68. Respecto a lo señalado por el Concesionario en el sentido que en caso particular de la Concesión del Tramo Vial N° 4 Inambari – Azángaro del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú Brasil, el Concedente – Estado, ha asumido la carga de los costos de Transitabilidad. Cabe señalar que conforme ya anteriormente se ha explicado, mantener la Transitabilidad durante la Etapa de Construcción, es una obligación legal y contractual del Concesionario.
69. El Concesionario manifiesta adicionalmente, que el hecho que la Resolución del Tribunal Fiscal N° 560-2-99, se emitió al amparo de la normativa de OSIPTEL la cual es anterior a la promulgación de la Ley N° 27332, en nada afecta los argumentos del Tribunal Fiscal vertidos en la citada resolución. Al respecto conviene reiterar que la Ley N° 27332 Ley Marco de los Organismos Reguladores entro en vigencia en fecha posterior a la emisión de la aludida Resolución del Tribunal Fiscal, y que en observancia y bajo la vigencia de dicha norma, el Tribunal Constitucional, calificó a los Aportes por Regulación en favor de OSINERMIN como una Contribución.
70. Asimismo, con relación a lo anterior, conviene precisar que en la aludida Resolución, el Tribunal Fiscal, se refirió expresamente a los Aportes al FITEL y a OSIPTEL, manifestando que estos constituían una tasa en la medida que tenían su origen en un mandato legal que los refiere a una actuación estatal directa.

Que en un caso se plasmaba en la Cesión del Derecho a Operar un Servicio Público de Telecomunicaciones y en el otro a la supervisión que realizaba OSIPTEL sobre los operadores. Dicha circunstancia, en atención al artículo 10° de la Ley 27332, y concordante con el artículo 14° de la Ley N° 26917 y el artículo 62° del Reglamento de las precitadas Leyes aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y del razonamiento apuntado en los numerales previos, evidentemente no se aplica al caso de OSITRAN.

❖ **En el numeral 2.6 de su escrito, denominado “Sobre las concesiones autofinanciadas y cofinanciadas en torno al Aporte por Regulación” el Concesionario sostiene:**

- Tratándose de Concesiones Cofinanciadas, en las que opera una intervención del Estado en lo que se refiere al financiamiento de la concesión, los aportes que éste realice como parte del financiamiento del Proyecto no son ingresos del Concesionario, sino que constituyen reembolsos. Gravarlos significará afectar el capital de inversión de los concesionarios, lo que a todas luces vulnera los principios tributarios recogidos en nuestra constitución

71. Al respecto, corresponde anotar que la Concesión del Tramo 4 del Corredor Vial Interoceánico Sur, es una concesión cofinanciada, lo que significa que existe financiamiento a cargo del Estado respecto a la ejecución del proyecto. Dicha circunstancia se materializa en el Contrato de Concesión --suscrito por el Concesionario con el Estado Peruano--, a través del Pago Anual por Obras (PAO), Pago Anual por Mantenimiento Periódico (PAMO) y el Costo de Transitabilidad a favor del Concesionario.
72. El Artículo 14° del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96 (TUO), establece las modalidades de entrega de concesión de los bienes públicos, tal como citamos a continuación:

“Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

- a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado;*
- b) A título gratuito:*

- c) **Cofinanciada por el Estado**, con una entrega inicial durante la etapa de **construcción** o con entregas en la etapa de la **explotación**, reintegrables o no; o,
- d) *Mixta, cuando concurran más de una de las modalidades antes señaladas.*”

[Resaltado y Subrayado agregado]

73. Con relación a la modalidad de Concesión Cofinanciada, los Artículos 2º y 3º del Decreto Supremo N° 108-2006-EF, prescriben lo siguiente:

“Artículo 2.- De la compensación que perciban los concesionarios

El Concesionario percibirá como contraprestación por el **servicio público** a ser prestado, una **retribución** que puede consistir en: (a) tarifas, peajes, precio, entre otros, a ser cobrados a los usuarios finales, y/o, de no ser suficientes, (b) un **cofinanciamiento** que consiste en un pago total o parcial a cargo del Concedente, que puede provenir de cualquier fuente que no tenga un destino específico previsto por ley, para cubrir las **inversiones y/ o la operación y mantenimiento**, a ser entregado mediante una suma única periódica, y/o (c) cualquier otra modalidad de contraprestación acordada por las partes.

Artículo 3.- De la naturaleza del cofinanciamiento

En el caso de concesiones cofinanciadas por el Estado, a que se refiere el inciso c) del Artículo 14 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM y normas modificatorias, los montos que perciba el concesionario por la **ejecución y explotación** de la obra y/o prestación del servicio constituyen el sistema de recuperación de la inversión y/o de los costos o gastos de operación y mantenimiento efectuados; por lo tanto, la **retribución económica por el servicio prestado por el concesionario**.”

[Subrayado y Resaltado agregado]

74. Como se desprende de las normas citadas, existen diversos conceptos que pueden ser calificados como parte del “sistema de recuperación de inversiones” por parte de las empresas concesionarias; tales como el cobro de tarifas, peajes u otros, y si esto no resulta suficiente o no existen los mencionados ingresos, los concesionarios reciben cofinanciamiento del Estado. En ese sentido, en el caso de las concesiones cofinanciadas como el Tramo 4 del Corredor Interoceánico Perú-Brasil, los ingresos recibidos por la Concesionaria incluyen no solo el cobro de tarifas y cargos de acceso, sino también los pagos que efectúa en su favor el Estado, --PAO, PAMO, Costo de Transitabilidad-- con el fin de que este invierta en obras y asuma los costos o gastos de operación y mantenimiento.
75. De lo anterior, se evidencia que el Aporte por Regulación se aplica a los **ingresos que perciba el Concesionario**, sean éstos producto del cobro de tarifas, cargos o precios, o de los montos provenientes del cofinanciamiento – PAMO, PAO, Costo de Transitabilidad-- efectuado por el Estado Peruano.
76. Con relación a lo señalado por la empresa concesionaria en el sentido que el Aporte por Regulación sólo debe gravar el Pago por Mantenimiento y Operación (PAMO). Es menester precisar, que la labor de OSITRAN para el caso del pago del Cofinanciamiento constituido por el (PAMO), es análoga al caso del pago del Cofinanciamiento constituido por el (PAO) y el Costo de Transitabilidad, dado que en todos los casos, previo al pago del Estado por dichos conceptos, el Regulador debe verificar el correcto cumplimiento de las respectivas obligaciones del Concesionario.
77. Respecto a lo señalado por el Administrado, en el sentido que los aportes que realiza el Estado como parte del cofinanciamiento del Proyecto --PAO y el Costo de Transitabilidad-- no son ingresos para la “Compañía”. Debemos apuntar que dicha aseveración es incorrecta, dado que conforme se desprende del precitado artículo 3º del Decreto Supremo N° 108-2006-EF, el cofinanciamiento del Estado a las Empresas Concesionarias, tiene la naturaleza de una **retribución económica** que perciben dichas Empresas por el cumplimiento de sus obligaciones en la Ejecución y la Explotación de la Obra y/o la Prestación del Servicio, siendo por lo tanto, indiscutible que constituyen sin excepción alguna, un ingreso para el Concesionario.
78. De las normas legales que regulan el Aporte por Regulación y de lo señalado anteriormente, se colige que no sólo es ilegal la pretensión del Concesionario – de no pagar el Aporte por Regulación por el valor de sus ingresos facturados por los conceptos de Costo de Transitabilidad y PAO-- sino y aún más, como a quedado demostrado dicha pretensión no es siquiera razonable.

❖ En el numeral 2.7 de su escrito denominado “Sobre la vulneración a los principios tributarios constitucionales”, el Concesionario señala:

- El Aporte por Regulación viola los principios tributarios de legalidad y no confiscatoriedad establecidos en nuestra Constitución Política. Vulnera el Principio de legalidad toda vez que los aspectos esenciales de su hipótesis de incidencia (base imponible) no han sido determinados en una norma con rango de ley sino quedan establecidos en una Resolución de OSITRAN (Resolución N° 007-2003-CD-OSITRAN).
- Vulnera el principio de no Confiscatoriedad porque el cobro de dicho tributo esta en función de los ingresos brutos percibidos por las empresas que están bajo el ámbito de los Organismos Reguladores, no habiendo relación directa entre la actividad estatal y la base de cálculo del mencionado Aporte. Si el Aporte por Regulación, incluye en la base de cálculo a los ingresos obtenidos por concepto de Transitabilidad, ello implicaría gravar el capital del Concesionario, lo que a todas luces vulnera los principios tributarios establecidos en nuestra Constitución.

79. Respecto a la supuesta violación del Principio de Legalidad, de los Aportes por Regulación, es menester señalar que dicho tributo cumple estrictamente con lo establecido en el artículo 74° de la Constitución Política del Perú, norma que prescribe, que **“los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por Ley o Decreto Legislativo en caso de delegación de facultades...”**. La precitada norma constitucional, recoge el principio de Reserva de la Ley en materia tributaria, entendiéndolo de tal manera, que la legalidad de un cobro de naturaleza tributaria depende de que haya sido establecido por una norma legal idónea de acuerdo a nuestro ordenamiento legal positivo.

80. Evidentemente, conforme ya se señaló en extenso, el Aporte por Regulación a favor de los Organismos Reguladores y en particular de OSITRAN, ha sido creado por Ley, en observancia de los principios legales y constitucionales que ordenan nuestro Sistema Jurídico. Precisamente, para el caso particular de OSITRAN, dicho tributo fue creado el año 1999 por el artículo 14° de la Ley N° 26917, siendo posteriormente uniformizado y homologado para todos los Organismos Reguladores, en el artículo 10° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores.

81. Aquí, cabe resaltar que los aspectos esenciales de la hipótesis de incidencia del Aporte por Regulación a favor de OSITRAN, se encuentran fijados tanto en el artículo 14° de la Ley N° 26917, como en el artículo 10° de la ley 27332, y no en la Resolución N° 007-2003-CD-OSITRAN, como equivocada y tendenciosamente afirma el Administrado, toda vez que los elementos esenciales de la hipótesis de incidencia, como son: el aspecto material, el aspecto personal, el aspecto temporal y el aspecto espacial, se encuentran en las precitadas normas con rango de Ley que disciplinan el Aporte por Regulación.
82. Ahora, cuando en el aludido artículo 10° de la Ley N° 27332, se señala que el Aporte por Regulación será fijado en cada caso mediante Decreto Supremo, se configura una remisión legal perfectamente admitida, pues no se trata de una habilitación en blanco al Reglamento, sino que se permite regular por Decreto Supremo, la alícuota originalmente creada por Ley, únicamente bajo los parámetros que la propia Ley le confiere; es decir sin exceder el 1% establecido como tope por la Ley, en ese sentido la fijación de la alícuota, por el Decreto Supremo N° 104-2003-PCM, es jurídicamente válida, en tanto no exceda el 1% antes señalado.
83. Con relación a la supuesta confiscatoriedad alegada por el Concesionario, cabe señalar que es máxima legal reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, que la carga de la prueba recae en quien afirma los hechos o en quien los contradice mediante otros distintos, en esa línea, la carga de la prueba de los hechos alegados por el deudor tributario en su recurso impugnatorio le corresponde a éste, puesto que no basta con afirmar los hechos sino que deben ser probados. En tal sentido, teniendo presente que respecto a la alegada confiscatoriedad, no ha sido ofrecido medio probatorio alguno y mucho menos ésta ha sido acreditada o sustentada en su escrito por el Reclamante, es claro, que también carece de sustento lo aseverado por el Concesionario en este extremo de su recurso.
84. Con relación a lo anterior, es menester acotar que conforme al análisis efectuado precedentemente, del cual fluye que tanto la Transitabilidad como el Pago Anual por Obras PAO y el Pago por Mantenimiento Periódico PAMO, tienen la misma naturaleza.

Al provenir del cofinanciamiento del Estado y encontrarse condicionados a la conformidad del Regulador respecto a la correcta ejecución de las prestaciones correspondientes –Ejecución de Obras, Mantenimiento, Transitabilidad– del Concesionario, resulta inconsistente e incongruente que el Concesionario postule, que si se grava el Costo de Transitabilidad y el Pago Anual por Obras (PAO) con el Aporte por Regulación, se viola el principio de no Confiscatoriedad.

❖ **En el numeral 2.8 de su escrito, denominado: “Control de la Constitucionalidad”, el Concesionario señala:**

- El Aporte por Regulación, tal como queda regulado en el artículo 10° de la Ley N° 27332, media una actuación del Estado, sin embargo, el cobro de dicho tributo, está en función de los ingresos brutos percibidos por las empresas que están bajo el ámbito de competencia de los Organismos Reguladores, lo cual desnaturaliza la estructura de la tasa o de cualquier otro tributo vinculado. Por tanto no habiendo relación directa entre la actividad estatal y la base de cálculo del mencionado Aporte, este deviene en confiscatorio y por tanto en inconstitucional.
- Adicionalmente, conforme se ha mencionado en párrafos anteriores, incluir dentro de la base de cálculo del Aporte por Regulación, a los ingresos obtenidos por concepto de Transitabilidad, implicará gravar la inversión en la obra.

85. Sin perjuicio del hecho que esta Gerencia de Administración y Finanzas no sería competente para aplicar el Control Difuso²⁶ de las normas, con respecto a la alegada inconstitucionalidad de las normas que establecen el Aporte por Regulación, cabe dar cuenta, que el propio Tribunal Constitucional²⁷ ha señalado con absoluta claridad que el Aporte por Regulación a favor de los Organismos Reguladores, ha sido creado mediante Ley en **armonía con los Principios Legales y Constitucionales que regulan nuestro Sistema Jurídico**. En ese sentido, sin perjuicio que es el Tribunal Fiscal quién deberá pronunciarse en su oportunidad respecto al pedido de Control Difuso solicitado por el Administrado, estimamos que lo señalado por el Concesionario en este extremo de su recurso, también carece de sustento, debiendo ser desvirtuado en su oportunidad por el Tribunal Fiscal.

²⁶ El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA, ha señalado que el control difuso en sede administrativa, puede ser ejercido por todo Tribunal u Órgano Colegiado de alcance nacional.

²⁷ Resolución recaída en el Expediente N° 3303-2003-AA.

86. Ahora, cuando el Concesionario señala que: *"incluir dentro de la base del cálculo del Aporte por Regulación, a los **ingresos** obtenidos por Transitabilidad, implicará gravar la inversión en la obra..."*, entra en franca contradicción con gran parte la argumentación esgrimida en los puntos previos de su escrito, en los cuales afirma que la Transitabilidad y el Pago Anual por Obras (PAO), no constituyen ingresos para su Empresa. Dicha contradicción, fuera de revelar la inconsistencia, y la falta de sustento y coherencia de su Recurso, naturalmente no hace más que dar cuenta que la Transitabilidad y el Pago Anual por Obras, constituyen ingresos del Concesionario provenientes del cofinanciamiento del Estado Peruano²⁸; y, en esa medida, luego de su facturación deben ser tomados en la base de cálculo del Aporte por Regulación a favor de OSITRAN, sin excepción alguna.
- ❖ **En el numeral 3.1 de su escrito, denominado: "Nulidad por falta de motivación de los reparos contenidos en el Oficio N° 1269-07-GS-OSITRAN", se puede resumir de la siguiente manera los argumentos del Concesionario:**
- La motivación de Los actos administrativos es una exigencia para la expedición de las resoluciones de determinación. El numeral 6 del artículo 77 del TUO del Código Tributario establece claramente que "La Resolución de Determinación será formulada por escrito y expresará (...) los motivos determinantes del reparo u observación, cuando se rectifique la declaración tributaria.
87. Con relación al argumento vertido por el Concesionario en el punto previo. En primer lugar, es menester recordar que mediante la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 001-2008-GAF-OSITRAN, la Administración rectificó errores materiales y convalidó el Acto contenido en el Oficio N° 1269-07-GS-OSITRAN.
88. En la Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN²⁹ --situación que no ha sido desvirtuada por el Concesionario en el Recurso bajo análisis--, se indicó con claridad que previa a la emisión del Oficio N° 1269-07-GS-OSITRAN, la administración en reiteradas oportunidades comunicó al Concesionario que se encontraba pendiente de pago el Aporte por Regulación por el concepto de Costo de Transitabilidad, enviándole incluso un informe pormenorizado -019-07-

²⁸ Conforme lo preceptúa el artículo 3° del Decreto Supremo N° 108-2006-EF.

²⁹ Conforme se señala en la precitada Resolución, del Oficio N° 017-07-GAF-OSITRAN que obra en el Expediente Administrativo se evidencia que en el Oficio N° 1269-07-GS-GAL, la Administración determinó la obligación tributaria del Concesionario sobre base cierta, toda vez que conocía en forma directa que se había producido el hecho generador de la obligación tributaria, dado que de acuerdo a la función encomendada en el Contrato de Concesión, autorizó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que hiciera el pago al Concesionario por el Concepto de Costo de transitabilidad del Primer y Segundo Semestre del año 2006.

GAL-OSITRAN--, en el que se explicó al Concesionario, la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación, y la obligación de éste de pagar dicho tributo sobre el 1% del valor de su facturación anual sin excepción alguna, incluyendo como es natural, al Costo de Transitabilidad y el Pago Anual por Obras PAO.

89. Por otra parte, del numeral 96 de la Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN, así como del Expediente Administrativo, se desprende que las facturas N° 0000001, 0000002, 0000009, giradas por el Concesionario al Ministerio de Transportes y Comunicaciones por el Concepto de Costo de Transitabilidad, no hacen sino corroborar, que el Concesionario no pagó el Aporte por Regulación por el valor de dicha facturación en las fechas correspondientes.
90. En la Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN, que convalidó el Acto contenido en el Oficio N° 1269-07-GS-OSITRAN, --al amparo del artículo 109° del Código Tributario-- se señaló los motivos determinantes del reparo u observación, asimismo se señaló de modo expreso los fundamentos y disposiciones que amparaban el precitado Oficio³⁰⁻³¹... En ese sentido, es claro que la Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN, no adolece de vicio de nulidad alguno.

En atención a lo señalado en los considerandos que anteceden, esta Gerencia de Administración y Finanzas estima que:

1. Para efectos de no incurrir en un vicio de nulidad, vulnerando el derecho de defensa y la doble instancia del Concesionario, el Recurso de Apelación presentado por éste debe tramitarse como un Recurso de Reclamación.
2. La base de cálculo del Aporte por Regulación en favor de OSITRAN, está compuesta sin excepción alguna por el 1% de la facturación anual de las Entidades bajo el ámbito de competencia de OSITRAN.
3. Como Entidad bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, el Concesionario está obligado a pagar el 1% del valor de la facturación anual de los ingresos que percibe por los conceptos de Pago Anual por Mantenimiento Periódico PAMO, Costo de Transitabilidad y el Pago Anual por Obras PAO.
4. Las normas Legales y Reglamentarias que regulan el Aporte por Regulación, no vulneran ningún Principio Constitucional o Tributario.
5. Las normas Legales que regulan el Aporte por Regulación, se encuentran plenamente vigentes y su cobro es legitimante exigible, en tanto no sean modificadas o derogadas por norma con rango equivalente o de mayor jerarquía, o declaras inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

³⁰ Notificado al Concesionario, con fecha 13-julio-2007.

³¹ En virtud a dicha circunstancia, conforme se señaló en .la Cuestión Previa del ANÁLISIS, se dará el trámite de Reclamación al Recuso Presentado por el Concesionario contra la Resolución N° 001-2008-GAF-OSITRAN

POR LO EXPUESTO, en mérito a las funciones de la Gerencia de Administración y Finanzas, establecidas en el Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN, y sus modificatorias.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reclamación presentado por INTERSUR CONCESIONES S.A., contra la Resolución de Gerencia de Administración y Finanzas N° 001-2008-GAF-OSITRAN.

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución a INTERSUR CONCESIONES S.A. Así como, poner en conocimiento de la Gerencia de Supervisión, para los fines correspondientes.

Artículo 3°.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe) y conforme establecen las disposiciones vigentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LIC. IVAN VEGA LONCHARICH
Gerente de Administración y Finanzas