

INFORME N° 155-04-GS-A4-OSITRAN

A : Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

Asunto : Cobro de peaje no autorizado en el Contrato de
Concesión
Expediente N° 009-2004-GS-OSITRAN

Fecha : 25 de mayo de 2004

1. OBJETIVO

Evaluar los descargos presentados por la entidad prestadora NORVIAL S.A. en respuesta a los Oficios N°s 308 y 309-04-GS-4A-OSITRAN, mediante los cuales esta Gerencia inició el correspondiente procedimiento administrativo sancionador por aplicar el cobro de una tarifa no autorizada en el Contrato de Concesión.

2. ANTECEDENTES

2.1 La cláusula 8.15 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

Régimen Económico: El peaje y la tarifa

Cláusula 8.15.- Corresponde a la SOCIEDAD CONCESIONARIA el cobro de la Tarifa (compuesta por el Peaje más el Impuesto General a las Ventas y cualquier otro aporte de ley) como contraprestación por el Servicio público materia del Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte.

Se exigirá el pago de la Tarifa a cada Usuario que utilice el Tramo Ancón-Huacho-Pativilca de la Carretera Panamericana Norte, de acuerdo a la categoría de vehículo, de conformidad con la Tarifa especificada en la cláusula 8.17.

2.2 El literal b) de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

Régimen Económico: El peaje y la tarifa

Cláusula 8.17.- El régimen tarifario es el conjunto de reglas contenidas en el Contrato y en el Expediente Técnico que regulan las Tarifas que estará autorizada a cobrar la Sociedad Concesionaria durante la Explotación del Área de la Concesión conforme lo siguiente:

a)..

b) A partir de la Toma de Posesión de los Bienes de la Concesión a que se refiere la cláusula 5.2, la SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá cobrar la Tarifa aplicando las siguientes reglas:

- i) Cada vehículo ligero pagará una Tarifa Básica.*
- ii) Cada vehículo pesado pagará una Tarifa básica por cada eje.*
- iii)*

2.3 Con Resolución N° 033-2003-GG-OSITRAN de fecha 25 de septiembre de 2003, la Gerencia General resolvió que a partir del 1° de octubre de 2003

NORVIAL S.A., se encuentra facultada a cobrar como tarifa máxima el importe de S/.4.66 por concepto de peaje más IGV y otros aportes de Ley.

- 2.4 Mediante Informe N° 021-04-GRE-OSITRAN de fecha 20 de abril de 2004, la Gerencia de Regulación señala que al no existir una norma legal vigente, aplicable al presente caso, que diferencie o defina a los vehículos pesados o ligeros, concluye que deberán considerarse como vehículos ligeros los vehículos correspondientes a las categorías M1, M2 y N1 del Reglamento Nacional de Vehículos(D.S. N° 058-2003-MTC) y como vehículos pesados los vehículos correspondientes a las categorías M3, N2 y N3 del Reglamento General de Vehículos (D.S. N° 058-2003-MTC).
- 2.5 El 20 de abril de 2004 se emite el Informe N° 117-04-GS-C4-OSITRAN, el cual concluye que Norvial incumplió lo establecido en la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión. Asimismo, dicho Informe recomienda el inicio del procedimiento administrativo sancionador respectivo.
- 2.6 Mediante Oficios N°s 308 y 309-04-GS-4A-OSITRAN del 23 y 26 de abril de 2004, respectivamente, se inició el procedimiento administrativo sancionador que establece el artículo 66° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN.

Teniendo como base el Informe N° 117-04-GS-C4-OSITRAN, se le notificó a Norvial que :

- Incumplió lo establecido en el literal b) de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión, por haber aplicado el cobro de una tarifa no autorizada en el Contrato, al estar cobrando peaje a los remolques.
 - Dicha conducta está tipificada en el Artículo 24° del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, en la que se la califica como muy grave.
 - En aplicación de la Escala de Sanciones establecida en el Artículo 61° de la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, la sanción que podría corresponder sería equivalente a una multa hasta de ciento cuarenta (140) Unidades Impositivas Tributarias-UIT's.
 - El 10 de mayo de 2004 se recibe la comunicación que contiene los descargos que presenta Norvial a la referida notificación.
- 2.7 Mediante E-Mail de fecha 18 de mayo de 2004 la Gerencia Legal remite a la Gerencia General y Gerencia de Supervisión sus comentarios respecto a los descargos presentados por Norvial.
 - 2.8 Con Memorando N° 082-04-GS-OSITRAN de fecha 24 de mayo de 2004 la Gerencia de Supervisión solicita a la Gerencia Legal su opinión respecto a los descargos de Norvial.
 - 2.9 El 25 de mayo de 2004 la Gerencia Legal mediante memorando N° 054-04-GAL-OSITRAN emite su opinión sobre los descargos efectuados por Norvial, ratificando los comentarios indicados en su E-Mail de fecha 18 de mayo de 2004.

3. ANALISIS

3.1 Norvial en sus descargos frente a la referida notificación señala lo siguiente:

- La supuesta interpretación del Contrato hecha por OSITRAN carece de efectos jurídicos, por no haber sido realizada por la instancia competente o, de haber sido hecha por dicha instancia, la resolución de la Gerencia General aún no había sido notificada.
- OSITRAN ha modificado el Contrato de Concesión, dado que al no existir disposición contractual o norma legal sobre qué debe entenderse por vehículo ligero y vehículo pesado, OSITRAN creó una nueva regulación en el Contrato y sin explicar cuál fue el procedimiento que siguió o el argumento jurídico que explique cuál de todos los métodos de interpretación existentes fue el que usó, modificó el numeral 8.17 de dicho Contrato al establecer que los vehículos ligeros son aquellos correspondientes a las categorías M1, M2 y N1 del Reglamento Nacional de Vehículos y que los vehículos pesados son aquellos correspondientes a las categorías M3, N2 y N3 de dicho reglamento.
- OSITRAN como entidad del estado, sujeto al principio de legalidad, se encuentra impedido de modificar el Contrato de Concesión. Al no existir regla contractual o legal aplicable, y por ende, disposición que interpretar, para aclarar esta situación, la única vía posible sería la de incluir una definición en el Contrato, mediante su modificación, por acuerdo entre las partes.
- Resulta inaudito e insólito que OSITRAN, a través de una instancia sin competencia y sin contar con facultades para modificar el Contrato de Concesión, pretenda crear una definición del significado de los términos “vehículo ligero” y “vehículo pesado”, habiendo reconocido que existe un vacío legal y, además pretenda imponernos una sanción por hechos cometidos antes de la tipificación del supuesto generador de la sanción.
- OSITRAN tampoco podría sancionar a Norvial por actos cometidos antes de la “tipificación” del supuesto sancionable, es decir antes del 27 de abril de 2004 (fecha en que nos fue notificado el Oficio N° 309-04-GS-A4-OSITRAN y en la que recién tomamos conocimiento de la “interpretación” hecha por OSITRAN) pues no resulta legal ni constitucional sancionar retroactivamente a los administrados.
- Basándose en el Reglamento Nacional de Vehículos, Norvial a diferencia de OSITRAN (que señala que los remolques no son ligeros ni pesados) interpreta que los remolques deben ser considerados como vehículos ligeros cuando tienen un peso bruto vehicular de hasta 3.5 ton. y como vehículos pesados los que tengan un peso bruto vehicular de mas de 3.5 ton., por lo que según el tipo de vehículo debe pagar una tarifa. Asimismo, señala que es natural cobrar una tarifa a los remolques dado el desgaste de la

carretera por efecto del uso de los vehículos auto propulsados como remolcados.

- Ante la incertidumbre de saber si debía o no cobrar peaje a los remolques, Norvial suspendió el cobro a los remolques desde la fecha en que presentó su solicitud de interpretación, hasta que OSITRAN cumpliera con interpretar el numeral 8.17 del Contrato.

3.2 La Gerencia Legal respecto a los descargos presentados por Norvial concluye, entre otros aspectos, que el PAS iniciado contra Norvial vulnera las normas constitucionales, legales y reglamentarios que reconocen los principios de tipicidad y de irretroactividad, por lo que recomienda archivar el Proceso Administrativo Sancionador-PAS.

3.3 Considerando, los motivos expuestos por Norvial y la opinión emitida por la Gerencia Legal de OSITRAN, se considera que en el presente caso la empresa concesionaria no incumplió lo establecido en el literal b) de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión al haberse comunicado la infracción sancionable antes de su tipificación y dado que la interpretación del contrato sobre qué debe entenderse por vehículo ligero y vehículo pesado no fue realizada por la instancia correspondiente o, de haber sido hecha por dicha instancia, la resolución de la Gerencia General aún no había sido notificada.

4. CONCLUSIONES:

4.1 En el presente caso, se considera válido el descargo presentado por Norvial, cuando afirma que OSITRAN comunicó la infracción sancionable antes de su tipificación y que la interpretación del contrato sobre qué debe entenderse por vehículo ligero y vehículo pesado no fue realizada por la instancia correspondiente o, de haber sido hecha por dicha instancia, la resolución de la Gerencia General aún no había sido notificada.

4.2 La Gerencia Legal opina que está de acuerdo con los argumentos jurídicos de Norvial y que éstos son válidos con o sin la interpretación del Consejo Directivo por lo que recomienda archivar el PAS.

4.3 Norvial no incumplió lo establecido en el literal b) de la cláusula 8.17 del Contrato de Concesión.

5. RECOMENDACIONES:

5.1 En cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 66.8° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, se propone que se declare la no existencia de la infracción .

5.2 Poner el presente Informe en conocimiento de la empresa Norvial S.A.

Atentamente,

LUZ MARÍA RAMOS MACAVILCA
Supervisor Administrativo