RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Lima, 07 de julio de 2016 N° 085-2016-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por la empresa Concesionaria Interoceánica SUR – TRAMO 2 S.A. contra la Resolución de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0039-2016-GSF-OSITRAN; el Informe N° 060-16-GAJ-OSITRAN de fecha 06 de julio de 2016, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

OSITRAN Documento Autenticado Carla Paola López Flores FEDATARIO Reg. N° 51 Fecha: 19 JUL. 2016

Que, con fecha 04 de agosto de 2005, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el Concedente, en adelante) y la empresa Concesionaria Interoceánica SUR – TRAMO 2 S.A. (el Concesionario, en adelante) el Contrato de Concesión del Tramo Vial: Urcos – Inambari (el Contrato de Concesión, en adelante);

Que, el 03 de noviembre de 2015, la Jefatura de Contratos de la Red Vial remitió el Informe N° 1327-2015-JCRV-GSF-OSITRAN a la Jefatura de Fiscalización, a través del cual señaló que el Aporte por Regulación de los períodos agosto-2013, enero-2014, octubre-2014 y enero-2015, debió haber sido cancelado en las fechas 23 de setiembre 2013, 24 de febrero de 2014, 24 de noviembre 2014 y 13 de febrero de 2015, respectivamente; esto es, en la fecha en que el Concesionario debía pagar el IGV, de acuerdo al cronograma establecido por la SUNAT, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de Aporte por Regulación; sin embargo, el Concesionario realizó el pago total de la deuda con dos (2) días de atraso en el período agosto-2013; un (1) día de atraso en el periodo enero-2014; tres (3) días de atraso en el período octubre-2014; y setenta (70) días de atraso para el período enero-2015. Por ello, la Jefatura de Contratos de la Red Vial recomendó en el referido Informe evaluar la posibilidad de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) contra el Concesionario;

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

Que, mediante Oficio N° 0071-2015-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 2 de diciembre de 2015, se notificó al Concesionario del presunto incumplimiento de la obligación establecida en la cláusula 13.11 del Contrato de Concesión y el artículo 5 del Reglamento del Aporte por Regulación, establecido en el Informe N° 1327-2015-JRCV-GSF-OSITRAN, conductas calificadas como infracción grave relativa al incumplimiento de pago del Aporte por Regulación, según el artículo 50 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN; y se otorgó al Concesionario un plazo de diez (10) días hábiles, a efectos que presente sus descargos;

Que, el 14 de diciembre de 2015, mediante Carta N° 1953-CIST2-OSITRAN, el Concesionario solicitó a OSITRAN se le conceda el periodo adicional de diez (10) días hábiles a efectos de presentar sus descargos, dada la complejidad del caso;

OSITRAN V°B° GERENTE GENERAL

Que, el 16 de diciembre de 2015, mediante el Oficio N° 0083-2015-JFI-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Fiscalización de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) concedió al Concesionario el plazo adicional de cinco (05) días hábiles para presentar sus descargos;

Que, el 23 de diciembre de 2015, mediante Carta N° 1965-CIST2-OSITRAN, el Concesionario remitió a OSITRAN sus descargos y, entre otros, una propuesta de Compromiso de Cese respecto a los incumplimientos notificados mediante Oficio N° 0071-2015-JFI-GSF-OSITRAN;

Que, el 14 de enero de 2016, mediante Resolución de Supervisión y Fiscalización N° 0006-2016-GSF-OSITRAN, se desestimó la propuesta de Compromiso de Cese presentada por el Concesionario;

Que, el 15 de enero de 2016, mediante el Oficio N° 0005-2016-JFI-GSF-OSITRAN, la Jefatura de Fiscalización comunicó al Concesionario la continuación del procedimiento administrativo sancionador, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que proceda a efectuar sus descargos;

Que, con fecha 28 de enero de 2016 se realizó la diligencia de uso de la palabra solicitada por el Concesionario;

OSITRAN Documento Autenticado Carla Paola López Flores FEDATARIO Reg. N° 51 Fecha: 18 JUL. 2016

Que, el 03 de febrero de 2016, mediante la Carta N° 2011-CIST2-OSITRAN, el Concesionario ratificó la posición expuesta en la Carta N° 1965-CIST2-OSITRAN, así como en la exposición realizada con motivo del uso de la palabra concedida por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización;

Que, a través de la Nota N° 0048-2016-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 2 de marzo de 2016, la Jefatura de Fiscalización inició el período de pruebas, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 66.6 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN;

Que, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0039-2016-GSF-OSITRAN, de fecha 03 de mayo de 2016, sustentada en el Informe N° 0060-2016-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 04 de mayo de 2016 a través del Oficio N° 0196-2016-GSF-OSITRAN, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

- Declarar que la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. incumplió la obligación establecida en el artículo 5 del Reglamento de Aporte por Regulación al no haber efectuado el pago del Aporte por Regulación correspondiente a los períodos agosto 2013, enero 2014, octubre 2014 y enero 2015, en la oportunidad establecida en el Reglamento referido, configurándose así la infracción tipificada en el artículo 50° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; conforme se advierte del Informe N° 0060-2016-JFI-GSF-OSITRAN emitido por la Jefatura de Fiscalización.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

- Imponer a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. a título de sanción, una multa de media (0.5) UIT por la infracción cometida en el período agosto de 2013, una multa de media (0.5) UIT por la infracción cometida en el período enero 2014, una multa de media (0.5) UIT por la infracción cometida en el período octubre de 2014, y una multa de media (0.5) UIT por la infracción cometida en el período enero 2015; las mismas que deberán ser pagadas de acuerdo al artículo 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN.

Que, con fecha 25 de mayo del 2016, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0039-2016-GSF-OSITRAN, en base a los siguientes argumentos:

OSITRAN V°B° ANCAUQUI

- La resolución que le impuso la sanción, transgredió el principio de legalidad en materia tributaria, debido a que solo por ley, o norma con rango de ley, se puede definir la periodicidad de realización del hecho generador de la obligación tributaria; en tal sentido, la Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores, establece que la periodicidad el Aporte por Regulación es anual; sin embargo, el Reglamento de

Calle Los Negocios 182 piso 4, Surquillo - Lima
Central telefónica: 440-5115
www.ositran.gob.pe

Aporte por Regulación de OSITRAN, establece que dicha periodicidad es mensual, vulnerando de esa manera el principio de legalidad en materia tributaria.

- Asimismo, el Concesionario señala que la fuente de la obligación tributaria del pago del Aporte por Regulación es una norma con rango de Ley, por tanto, OSITRAN carece de facultades para, mediante un Reglamento, tipificar como infracción el pago extemporáneo del Aporte. Adicionalmente, indica que solo existe la obligación tributaria de pagar el Aporte por Regulación, por lo que no es posible distinguir entre una "obligación normativa" y una "obligación contractual", tal como lo ha efectuado la primera instancia. En esa línea, la consecuencia del pago tardío es únicamente la aplicación de intereses moratorios, los cuales tienen naturaleza indemnizatoria. En esa línea, señala que dado que cumplió con pagar los intereses moratorios correspondientes por el pago no oportuno del Aporte por Regulación, no corresponde que el Regulador le imponga una sanción.

- Con respecto a la imposición de la sanción, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización consideró, en el análisis del perjuicio económico causado, que se afectó el "normal desarrollo de sus actividades"; sin embargo, el ordenamiento jurídico establece que la única consecuencia del no pago del Aporte por Regulación es la generación de intereses moratorios, los cuales ya fueron pagados por el Concesionario.

- Solicita que se analice la pertinencia de aceptar la propuesta de compromiso de cese como una medida alternativa que permitiría la solución de esta controversia.

OSITRAN Documento Autenticado Carla Paola López Flores FEDATARIO Reg. N° 51 Fecha: 18 JUL. 2016

Que, la Gerencia General de OSITRAN tomó conocimiento del recurso de apelación el 26 de mayo de 2016;

Que, con fecha 24 de junio de 2016, en las instalaciones del OSITRAN, se llevó a cabo el Informe Oral por parte de los representantes del Concesionario, con la presencia de servidores de la Gerencia General y de la Gerencia de Asesoría Jurídica del OSITRAN, suscribiéndose el Acta correspondiente;

Que, mediante el Informe Nº 060-16-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica recomienda que se declare infundado el Recurso de Apelación presentado por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A., luego de concluir lo siguiente:

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

- De la lectura del artículo 14 de la Ley N° 26917 se advierte que esta norma no ha buscado regular la periodicidad del pago del aporte, habiéndose limitado a establecer el monto que como máximo el Concesionario cancelará por dicho concepto (uno por ciento (1%) de su facturación anual). En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley N° 26917 establece que el monto del aporte no podrá exceder el 1% del valor de la facturación anual de la Empresa Prestadora, con las deducciones aplicables, no haciendo referencia alguna al momento en que el tributo debe ser pagado. Las referidas normas regulan la alícuota del tributo (1%), así como la base imponible del mismo (facturación anual), no haciendo mención alguna al momento en que el tributo debe ser cancelado por el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

OSITRAN V°B° ASESORÍA JURÍDICA

- En la regulación del Aporte por Regulación se cumple con lo establecido en el principio de legalidad recogido en el TUO del Código Tributario, toda vez que el tributo fue creado a través de normas con rango de ley, vale decir, la Ley de Creación de OSITRAN, así como la Ley N° 27332; adicionalmente, en dichas normas se ha señalado que el hecho generador de la obligación tributaria es contar con la

concesión de una infraestructura de transporte de uso público, también se señala que la base de cálculo es el valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, y que la alícuota no podrá exceder el 1% de la referida facturación; asimismo, en la mencionada normativa se ha determinado que el deudor tributario es la empresa prestadora y el acreedor tributario es el OSITRAN.

- Por ello, en tanto la normativa con rango de ley que regula el aporte de regulación no ha determinado la periodicidad de su pago, es posible que a través de una norma reglamentaria, como es el Reglamento del Aporte por Regulación vigente a la fecha de la comisión de las infracciones, aprobada por una Resolución de Consejo Directivo, sea posible establecerla, sin que con ello se vulnere en forma alguna el principio de legalidad en materia tributaria.

- En virtud de la naturaleza contractual y legal del Aporte por Regulación, y sin perjuicio de su naturaleza tributaria, no resulta contrario al Código Tributario que se haya aplicado a la empresa Concesionaria Interoceánica SUR – TRAMO 2 S.A. una sanción por no haber efectuado el pago oportuno del Aporte por Regulación, toda vez que dicha infracción, además de no encontrarse prevista en el Código Tributario, fue impuesta acorde con la normativa vigente que atribuye a OSITRAN la facultad de tipificar y sancionar infracciones relacionadas con la falta de pago del Aporte por Regulación, o con su pago incompleto o pago extemporáneo, habiéndose respetado en todo momento los principios de legalidad y tipicidad previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, principios que son en esencia similares al contemplado en el artículo IV del Código Tributario (principio de legalidad - reserva de ley).

- Teniendo en cuenta las circunstancias del presente caso, así como el tipo de infracción cometida por el recurrente, y considerando que infracciones como las incurridas por el Concesionario, dada su gravedad, son pasibles de ser sancionadas hasta con 180 UIT respecto a las infracciones cometidas en los años 2013 y 2015, así como, hasta 450 UIT respecto a las infracciones cometidas en el año 2014, se concluye que la multa impuesta ascendente a 0.5 UIT por cada infracción cometida, se ajusta a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad exigidos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, sin que ello implique un exceso de punición.

- Dado que el Concesionario no ha presentado mayores elementos para revisar lo resuelto por la primera instancia en torno al Compromiso de Cese, esta Gerencia de Asesoría Jurídica se remite a los argumentos desarrollados por la primera instancia. A mayor abundamiento, en línea con lo señalado por la primera instancia, del expediente administrativo no se advierte que el Concesionario haya cumplido con presentar a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización un compromiso de cese en los términos que exige el RIS, habiéndose limitado el apelante a indicar que cumplía con los requisitos, manifestando además que la conducta infractora ya había cesado de manera voluntaria; sin que haya desarrollado alguna propuesta concreta que haya podido ser evaluada por dicha Gerencia.

Que, tal como manifiesta la Gerencia de Asesoría Jurídica en el Informe N° 060-16-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, acordó que los casos vinculados con Procedimientos

OSITRAN Documento Autenticado Carla Paola López Flores FEDATARIO Reg. N° 51 Fecha: 18 JUL. 2016

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

OSITRAN V°B° EL SECRETARIO

Administrativos Sancionadores, penalidades y otros asuntos que correspondan ser conocidos por el Tribunal en Asuntos Administrativos de OSITRAN, en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado;

Que, luego de revisar el Informe de vistos, la Gerencia General manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley Nº 26917; el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias; el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN; el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 023-2003-CD-OSITRAN;

Documento Auténticado
Carla Paola López Flores
FEDATARIO
Fecha: 18 JUL. 2016
Reg. N° 57

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar infundado el Recurso Administrativo de Apelación interpuesto por la empresa Concesionaria Interoceánica SUR – TRAMO 2 S.A., contra la Resolución de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0039-2016-GSF-OSITRAN; en consecuencia, CONFIRMAR la multa equivalente a media (0.5) UIT impuesta por cada infracción cometida, dando por agotada la vía administrativa.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo de la empresa Concesionaria Interoceánica SUR – TRAMO 2 S.A. para el pago de la sanción establecida, de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 060-16-GAJ-OSITRAN, a la empresa Concesionaria Interoceánica SUR – TRAMO 2 S.A.

Artículo 4.- Poner en conocimiento la presente Resolución y el Informe N° 060-16-GAJ-OSITRAN, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a la Gerencia de Administración y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para los fines correspondientes.

OSITRAN V°B° JP CALLE GERENTE DE ASESORÍA JURÍDICA

Regístrese, comuníquese y publíquese,

OSITRAN V°B° E. CHUQUIHUAYTA GERENCIA GENERAL

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General