

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N°002-2003-CD/OSITRAN

EXPEDIENTE N° 07-2002-GS-OSITRAN

**PROCEDENCIA** : GERENCIA DE SUPERVISIÓN - GS  
DENUNCIA INICIADA DE OFICIO.

**DENUNCIADO** : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. –  
FETRANSA.

**MATERIA** : PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR POR INCUMPLIMIENTO  
DE LOS NUMERALES 5.1, 5.2 Y 7.1 DEL  
CONTRATO DE CONCESIÓN, Y DEL  
LITERAL A) DEL ARTICULO 14 DE LA LEY  
N° 26917.

**SECTOR** : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA  
VIAL FERROVIRIA.

**SUMILLA:** Se confirma la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN que impuso a la empresa Ferrocarril Transandino S.A., una sanción equivalente al pago de una multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior, al haber incumplido los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del Contrato de Concesión correspondiente al Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

Lima, 07 de marzo de 2003

### I. ANTECEDENTES:

#### A. La Notificación:

1. Mediante Oficio N° 158-02-GS-V-OSITRAN de fecha 18 de setiembre de 2002, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, en lo sucesivo RIS, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN y modificado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN, notifica a FETRANSA los incumplimientos detectados con el propósito que efectúe sus descargos.

Se comunica que durante la visita de supervisión especial llevada a cabo los días 04 y 05 de julio de 2002, **se verificó la existencia de tráfico ferroviario que no fue considerado para efectuar las declaraciones a OSITRAN** de acuerdo a los resultados de la auditoría de tráfico realizada a FETRANSA sobre siete meses auditados del periodo 1999 – 2000.

2. Se informa que el impacto en los ingresos por el tráfico no declarado para los siete meses auditados, significa que la **declaración de ingresos se ha visto disminuida en US\$ 160,005** y en consecuencia, no se ha declarado oportunamente las retribuciones al Estado por un importe de US\$ 60,988 ni se ha efectuado el aporte correspondiente a la tasa de regulación al OSITRAN que asciende al 1% de los mencionados ingresos.
3. Asimismo, se indica que la referida omisión en la declaración de tráfico implica los siguientes incumplimientos:
  - a. **Al numeral 7.1 del Contrato de Concesión, que obliga al Concesionario a aplicar una tarifa de acceso a la vía a cada unidad que circule por la línea férrea.**
  - b. **Al numeral 5.1 del Contrato de Concesión, que obliga al Concesionario a determinar correctamente el monto anual de la Retribución Principal al Estado, que equivale al 37.25% de sus Ingresos Brutos, excluyendo los ingresos provenientes de la explotación del Material Tractivo y Rodante incluidos en el Anexo N° 3 del Contrato y el Impuesto General a las Ventas.**
  - c. **Al numeral 5.2 del Contrato de Concesión, que obliga al Concesionario a determinar correctamente el monto anual de la Retribución Especial al Estado que equivale al 50% de sus ingresos obtenidos por la explotación del Material Tractivo y Rodante incluidos en el Anexo N° 3 del Contrato, excluyendo el Impuesto General a las Ventas.**
  - d. **Al literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, que obliga al Concesionario a aportar anualmente el 1% de sus ingresos al OSITRAN.**
4. Respecto de la sanción, se menciona que correspondería **una multa equivalente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la sanción debido a que se trataría de una segunda vez que se cometen las mismas infracciones,** las cuales fueron anteriormente sancionadas a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2001-CD/OSITRAN y la Resolución de Gerencia General N° 003-2001-GG-OSITRAN.
5. Finalmente, se precisa que **la sanción sería impuesta por la Gerencia General de OSITRAN** en mérito a las facultades que le otorga el RIS.

## **B. Los Descargos:**

1. Mediante escrito de fecha 27 de setiembre de 2002, complementado y ampliado el 19 de noviembre de 2002, FETRANSA presentó sus descargos y asimismo, solicitó la suscripción de un Compromiso de Cese, al amparo de lo previsto en el primer párrafo del inciso e) del artículo 47° del RIS.
2. En sus descargos FETRANSA mencionó los siguientes argumentos:
  - a. Las omisiones detectadas son mínimas en proporción a las retribuciones declaradas.
  - b. Los resultados de la auditoría no señalan que también podrían haber errores que hayan perjudicado al Concesionario.
  - c. El cálculo no adecuado de las retribuciones al Estado no implica incumplimiento en el pago de las mismas debido a que: a) el

Concesionario cuenta con un saldo a favor; b) el Contrato establece en su cláusula 10.1.5 una conciliación de pagos que permite al OSITRAN verificar el cálculo de las retribuciones; y, c) no menciona este hecho como un incumplimiento.

- d. OSITRAN no debe ser punitivo y su finalidad no debe ser sancionar a la entidad fiscalizada sino la de prevenir o subsanar errores de la misma.
- e. No existe tráfico registrado en los documentos fuente que no se hayan ingresado en el sistema.
- f. La auditoría no ha considerado que el tráfico de vagones no registrados en el formulario de movimiento de trenes se adicionó manualmente a los formatos y luego fue ingresado al sistema.
- g. Al tráfico de “furgones” o “cabuses” no se le aplica la tarifa de acceso a la vía férrea.
- h. No se ha omitido el recorrido de los vagones comerciales incluidos en trenes de trabajo.
- i. Las fallas imputables al sistema no implican que se hayan eliminado movimientos del sistema de información.

### **C. Tramitación del procedimiento:**

Luego de recibidos los descargos de FETRANSA y evaluados, ocurren los siguientes hechos:

1. Mediante Oficio N° 175-02-GS-V-OSITRAN de fecha 10 de octubre de 2002, la Gerencia de Supervisión comunica a FETRANSA que se encuentra en evaluación la procedencia del Compromiso de Cese y le comunica que ha decidido hacer uso de la prórroga del plazo que prevé el artículo 47 del RIS en su literal e), por lo cual el Compromiso de Cese tendría que ser firmado a más tardar el 29 de octubre de 2002 o en su defecto deberá reiniciarse el procedimiento de sanción.
2. Mediante Oficio N° 179-02-GS-V-OSITRAN de fecha 28 de octubre de 2002, la Gerencia de Supervisión comunica a FETRANSA **que el compromiso de cese de los hechos investigados no resulta aplicable** y por lo tanto, el procedimiento se reanuda otorgándole un plazo de tres días hábiles contados a partir del 29 de octubre para que presente descargos adicionales. Asimismo, en dicho oficio se le recuerda a FETRANSA que de conformidad con lo previsto en el numeral 20.1.11 del Contrato de Concesión, el incumplimiento materia del proceso de sanción es causal de caducidad y que el requerimiento de pago que oportunamente le hará llegar la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN, estará enmarcado en el proceso previsto en el numeral 20.3 que el mismo Contrato prevé para estos casos.
3. Como fuera mencionado anteriormente, FETRANSA mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2002 amplía y complementa sus descargos.
4. Finalmente, mediante Nota N° 061-2002-GS-V-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión en cumplimiento de lo dispuesto en el literal h) del artículo 47 del RIS, adjunta a la Gerencia General de OSITRAN la propuesta de Resolución de Gerencia General y el Informe N° 58-GS-V-OSITRAN que fundamenta el referido proyecto de Resolución.

## **II. LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 034-2002-GG-OSITRAN:**

1. El 02 de diciembre de 2002, la Gerencia General de OSITRAN, al amparo de lo dispuesto en el literal j) del artículo 47 del RIS emite la Resolución N° 034-2002-GG-OSITRAN.

En dicha Resolución, la Gerencia General hace suyo el Informe N° 58-02-GS-V-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y resuelve lo siguiente:

**PRIMERO:** Declarar que la empresa Ferrocarril Transandino S.A. ha incumplido los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del contrato de concesión, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley 26917;

**SEGUNDO:** Disponer una sanción a la empresa Ferrocarril Transandino S.A., equivalente al pago de una multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior;

**TERCERO:** Notificar la presente resolución a la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A.;

**CUARTO:** Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente;

**QUINTO:** Encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas, que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución;

2. Dicha Resolución fue notificada a la empresa FETRANSA mediante el Oficio N° 601-02-GG-OSITRAN, el 11 de diciembre de 2002, conforme consta en el cargo que obra en el expediente.

### III. LA APELACIÓN INTERPUESTA:

Mediante escrito de fecha 22 de enero de 2003, FETRANSA dentro del plazo establecido, interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN y solicita que se le deje sin efecto.

Sustenta su apelación en los siguientes principales argumentos:

#### A. Incumplimiento a los numerales 5.1 y 5.2.

1. Señala que la supuesta infracción a los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato no se ha producido, pues dichos numerales establecen como obligación del Concesionario exclusivamente el pago de las retribuciones; y, no hacen referencia a la forma en que éstas deben determinarse ni a las consecuencias que se generan en caso de una determinación equivocada.

En ese sentido, sostiene que la única obligación contenida en los referidas numerales, además de la obligación formal de presentar documentación sustentatoria se refiere al pago de las retribuciones. También sostiene que dichos numerales establecen expresamente que la falta de pago oportuno es lo que genera la imposición de una sanción, por lo que manifiesta que en aplicación del principio de legalidad no puede imponerse una sanción por la supuesta determinación equivocada de las retribuciones.

2. De otro lado, señala que el Contrato de Concesión no sanciona la eventual falta de coincidencia entre lo presentado (declarado) y el monto que en definitiva le corresponde pagar al Concesionario. Ello en la medida que el propio Contrato permite la reliquidación de los importes, y por cuanto el numeral 5.3 no impone la obligación de efectuar una liquidación sino de llevar cuentas separadas de ingresos para que OSITRAN pueda efectuar su propia liquidación y verificación de la cantidad

determinada y de existir alguna diferencia, someter la misma al procedimiento de conciliación de pagos previsto en el numeral 5.4.

3. Precisa además que los numerales 5.4 y 10.1 del Contrato de Concesión, regulan de manera expresa la oportunidad en que debe efectuarse la verificación del pago de la retribuciones así como los efectos que se derivan de aquellas situaciones en las que existen discrepancias o errores en la determinación del momento de las retribuciones.
4. Señala que el numeral 10.1 establece la posibilidad del Concesionario de dejar de pagar las retribuciones en mérito a sus inversiones y de OSITRAN de verificar las liquidaciones de retribuciones y las inversiones y que en caso resultare un saldo de retribución no cubierto por las inversiones, entonces OSITRAN deberá comunicar dicha diferencia al Concesionario para que la pague.

En tal sentido, **entiende que cuando se somete al mecanismo de liberación de pago, la determinación de los saldos se produce luego de cotejar las inversiones con las retribuciones y en ese momento es que recién se tiene la determinación final del monto a pagar y que surgiría la obligación de pagar.**

Señala que lo mismo sucede en el caso de la conciliación de pagos prevista en el numeral 5.4 del Contrato, pues de existir una saldo no pagado, el mismo se conciliaría en mérito a dicho numeral, tal como también lo entendió OSITRAN al remitir la Carta N° 137-2001-DTIV-OSITRAN el 30 de julio de 2001, que arroja los resultados de la evaluación que hiciera el propio OSITRAN sobre los estados financieros auditados remitidos mediante Carta N° 007-SL-2001/FETRANS, dando conformidad a las retribuciones principal y especial correspondiente al ejercicio 2000, en virtud a lo previsto en el numeral 5.4.

5. Adicionalmente a lo mencionado, refiere FETRANSA que la obligación de pago prevista en los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato se cumpla cuando: (i) se paga en efectivo y/o (ii) se aplica el mecanismo de liberación de pago y señala que ambos supuestos, se produce el pago de la obligación sin perjuicio de que después se regularicen los mismos como consecuencia de verificaciones posteriores dado que en ambos supuestos el pago debe ser objeto de un cálculo y una liquidación susceptible de errores de cálculo y de Interpretación debido a que no se trata de un monto fijo predeterminado.

En tal sentido, señala que si OSITRAN discrepa del cálculo efectuado y le requiere un pago adicional, ello no importa un incumplimiento del Concesionario de pagar las retribuciones, sino la existencia de un error de cálculo o apreciación.

6. Manifiesta además, que existiendo inversiones que exceden el monto de las retribuciones (cualquiera sea en definitiva en monto correcto de éstas) no existe obligación de pago de la retribución y en tal sentido, no puede existir incumplimiento sancionable.
7. Finalmente señala sobre estos incumplimientos, que la falta de pago de retribuciones no está expresamente prevista en el régimen de penalidades del Contrato y que por lo tanto, resultaría de aplicación el artículo 40 del RIS y sólo con respecto a la falta de pago oportuno de las retribuciones que sólo podría darse cuando no existan inversiones en la línea férrea en exceso del monto que en definitiva le corresponde pagar.

#### **B. Incumplimiento al numeral 7.1**

Señala que ha venido cobrando la tarifa por uso de vía a PERURAIL y no otra, y por lo tanto, no ha incumplido el numeral 7.1 del Contrato. El hecho de que se haya omitido kilómetros/vagón no implica un incumplimiento de dicho numeral.

**C. Incumplimiento al literal a) del artículo 14 ° de la Ley N° 26917**

Sostiene que no se ha producido un incumplimiento por los mismos fundamentos por los que no habría incumplido con el pago de las retribuciones, pues entiende que no existe un incumplimiento al pago del aporte por regulación sino una inadecuada declaración que no está prevista como una obligación sancionable.

**D. Compromiso de Cese**

Señala que en el presente procedimiento debió aplicarse el Compromiso de Cese previsto en el inciso e) del artículo 47 del RIS y solicita que el Consejo Directivo de OSITRAN ordene a la instancia competente que cumpla con llevar a cabo dicho compromiso en mérito que a su entender no se habría incumplido una obligación sustantiva. Señala que en el presente caso la obligaciones sustantivas serían las del pago de las retribuciones y de la tasa de regulación, las mismas que no se han incumplido, pese a que se hayan producido errores en el cálculo y en la liquidación como consecuencia de ser obligaciones de pago liquidables y no predeterminadas.

**E. Acto Administrativo Firme**

Manifiesta que en el presente caso ya existen actos administrativos firmes sancionando a FETRANSA:

- Por incumplir el numeral 5.1 correspondiente al periodo de Retribución Principal de 1999 debido a que se detectó, entre otras cosas, la existencia de tráfico no facturado durante el periodo septiembre a diciembre de 1999 calificando la infracción como grave mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2001-CD/OSITRAN del 27 de abril de 2001.
- Por incumplir el literal a) del artículo 14 de la Ley N° 26917, entre otras cosas, por la existencia de tráfico no facturado durante el periodo septiembre a diciembre de 1999 calificando la infracción como grave mediante Resolución de Gerencia General N° 003-2001-CD/OSITRAN del 02 de marzo de 2001.

En ese sentido, señala que las resoluciones constituyen actos administrativos válidos que producen efectos jurídicos; y, si OSITRAN emite una Resolución sobre lo que ya ha sido objeto de pronunciamiento en otra oportunidad, estaría atentando el carácter de efectividad y ejecutoriedad del acto administrativo dictado a priori, atentando la normal eficacia del mismo y limitando los efectos jurídicos previstos para dichos acto.

Sostiene además que el artículo 40 de la Ley N° 27444, prohíbe a las entidades a solicitar a los administrados la información o documentación fiscalizados por ellas durante cinco años anteriores inmediatos.

**F. Rol de OSITRAN**

De acuerdo al rol de OSITRAN y a lo estipulado en el artículo 27 del Reglamento de Supervisión de OSITRAN, existe la facultad discrecional del Gerente General de

solicitar la subsanación frente a un incumplimiento y luego de ello sancionar. En el presente caso debió aplicarse dicha facultad y no sancionar al Concesionario.

#### **IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:**

De conformidad con la apelación interpuesta, las cuestiones controvertidas consisten en determinar los siguientes aspectos:

- A. Si se ha incumplido los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión, al haberse omitido considerar tráfico producido para determinar el pago de las retribuciones al Estado.
- B. Si se ha incumplido el numeral 7.1 del Contrato de Concesión, al haberse omitido considerar tráfico producido para la aplicación de la tarifa de acceso a la vía férrea.
- C. Si se ha incumplido el literal a) del artículo 14 de la Ley N° 26917, al haberse omitido considerar tráfico producido para determinar el pago del aporte por regulación.
- D. Si resulta procedente ordenar la suscripción del Compromiso de Cese.
- E. Si las sanciones impuestas anteriormente, mediante las Resoluciones de Consejo Directivo N° 010-2001-CD/OSITRAN y Gerencia General N° 003-2001-CD/OSITRAN, impiden sancionar en esta oportunidad a FETRANSA.
- F. Si se incumple con el Rol de OSITRAN, al imponerse una sanción a la empresa concesionaria y no se le da un plazo para que subsane en el marco del Reglamento de Supervisión de OSITRAN.

#### **V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS:**

A continuación se desarrolla el análisis de las cuestiones controvertidas.

##### **A. Si se ha incumplido los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión.**

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente suscrito por el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con FETRANSA, es un Contrato de Concesión a título oneroso.

En dicho Contrato de Concesión se plasman los derechos y obligaciones de FETRANSA relacionados a la Concesión conferida.

De acuerdo a lo estipulado en el numeral 1.1 del referido Contrato, la Concesión significa el acto administrativo plasmado en el Contrato de Concesión, mediante el cual el Concedente (MTC) otorga al Concesionario (FETRANSA), el derecho a explotar los Bienes de la Concesión, Prestar Servicios de Transporte Ferroviarios, con excepción del transporte de pasajeros y de carga que serán desarrollados por cualquier operador, y Servicios Complementarios en el Area Matriz, quedando obligado (FETRANSA) al pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial, de acuerdo a los derechos y obligaciones establecidos en el Contrato y en las Leyes Aplicables.

2. La Cláusula Quinta del Contrato de Concesión denominada **“Condiciones de Pago de la Concesión”** contempla precisamente lo relacionado al pago de las referidas retribuciones.

3. El numeral 5.1 del Contrato de Concesión establece lo concerniente a la **Retribución Principal** en los siguientes términos:

*“El Concesionario está obligado al pago de la Retribución Principal la misma que equivale al porcentaje de Ingresos Brutos propuesto en su Oferta Económica, la que en copia legalizada notarialmente se incorpora como Anexo N° 5 de este Contrato. Para efectos de la Retribución Principal no se considera en la base de cálculo a los ingresos que provengan de la explotación del Material Tractivo y Rodante incluido en el Anexo N° 3 ni el Impuesto General a las Ventas.*

*La Retribución Principal deberá pagarse al Concedente por año vencido, el veinte de enero o el siguiente Día Hábil; **de no efectuarse el pago oportunamente y sin perjuicio de lo previsto en los numerales 20.2 y 20.3 de este Contrato, el Concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente y a favor del Concedente el interés compensatorio que resulte de aplicar la tasa activa de mercado promedio ponderado efectiva (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros, a la suma pendiente de pago y hasta su efectiva cancelación.** El primer pago de la Retribución Principal corresponderá a los meses transcurridos desde la Fecha de Cierre hasta el 31 de diciembre del mismo año de la Fecha de Cierre.*

*Para efectos de este pago el Concesionario deberá actualizar mes a mes sus Ingresos Brutos, según las normas vigentes para el ajuste de estados financieros por inflación para efectos contables. El Concesionario se obliga a realizar dicho pago adjuntando un balance y estados financieros no auditados en los que se identifique en detalle sus Ingresos Brutos y la base sobre la que se ha calculado la Retribución Principal.*

*La Retribución Principal deberá pagarse hasta la fecha en que el Concesionario efectivamente devuelva los Bienes de la Concesión al Concedente. En caso que la devolución de Bienes de la Concesión no coincidiera con el fin de un Año Calendario, el pago de la Retribución Principal por este último periodo deberá comprender los ingresos percibidos desde el primero de enero del año en que se devuelven dichos Bienes hasta la fecha de devolución y dicho pago deberá efectuarse en la fecha de devolución de los Bienes de la Concesión”.*

4. De la redacción de dicho numeral se infiere lo siguiente:

- La Retribución Principal debe pagarse anualmente el 20 de enero de cada año o el día hábil siguiente a éste.
- La Retribución Principal equivale al porcentaje de sus Ingresos Brutos propuesto en su Oferta Económica (37.25% de sus Ingresos Brutos ) excluyendo de su cálculo únicamente aquellos ingresos provenientes de la explotación del Material Tractivo y Rodante, incluidos en el Anexo N° 3 del Contrato (es decir, los de propiedad del Estado que le fueron concesionados) y el IGV.
- Debe acompañar al pago un balance y estados financieros no auditados en los que se identifique el detalle de sus Ingresos Brutos y la base de cálculo para el pago.

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en dicho numeral, la Retribución Principal está determinada en cuanto a:

<b>Oportunidad de pago:</b>	<b>(20 de enero de cada año)</b>
<b>Ingresos afectos:</b>	<b>(Ingresos Brutos excepto, ingresos provenientes de la</b>

**explotación del material  
tractivo y rodante y el IGV  
(37.25%)**

**Monto a pagar:**  
**Documentación accesoria: (balance y estados  
financieros no auditados)**

Asimismo, de conformidad con dicho numeral, el no pago oportuno (esto es el 20 de enero de cada año) acarrea además de lo previsto en los numerales 20.2 y 20.3 del Contrato de Concesión (esto es penalidades y sanciones), la aplicación del intereses compensatorios hasta que su cumpla con pagar la totalidad.

5. Como consecuencia de ello, el no pago oportuno y correcto de la Retribución Principal, en los términos del Contrato de Concesión, es susceptible de ser sancionado con las penalidades y sanciones previstas en el Contrato y en las Leyes Aplicables, y además, aplicarse la tasa de interés compensatorio.
6. El numeral 5.2 del Contrato de Concesión establece lo concerniente a la **Retribución Especial** en los siguientes términos:

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

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

(...)

**En cualquier caso, de no efectuarse el pago oportunamente y sin perjuicio de lo en los numerales 20.2 y 20.3 de este Contrato, el Concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente y a favor del Concedente el interés compensatorio que resulte de aplicar la tasa activa de mercado promedio ponderado efectiva (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros, a la suma pendiente de pago y hasta su efectiva cancelación.**

7. De la redacción de dicho numeral se infiere lo siguiente:
  - La Retribución Especial debe pagarse semestralmente dentro de los diez primeros Días del semestre siguiente a aquel respecto del cual se efectúan el pago.
  - Equivale al 50% de sus Ingresos Brutos provenientes de la explotación del Material Tractivo y/o Material Rodante, excluyéndose de su cálculo únicamente el IGV.
  - Debe adjuntarse la documentación financiera y/o contable que resulte necesaria para identificar los ingresos provenientes de la explotación de los Bienes de la Concesión incluidos en el Anexo N° 3 (Material Tractivo y Rodante del propiedad del Estado)

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en dicho numeral, la Retribución Especial está determinada en cuanto a:

**Oportunidad de pago:** (entre el 21 de marzo y el 30 de marzo y entre el 21 de setiembre y el 30 de setiembre de cada año)

**Ingresos afectos:** (Ingresos provenientes de la explotación del Material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado excluyendo únicamente el IGV)

**Monto a pagar:** (50%)

**Documentación accesoria:** (balance y estados financieros no auditados)

Asimismo, de conformidad con dicho numeral, el no pago oportuno (esto es el 30 de marzo y/o setiembre de cada año) acarrea además de lo previsto en los numerales 20.2 y 20.3 del Contrato de Concesión (esto es penalidades y sanciones), la aplicación del intereses compensatorios hasta que se cumpla con pagar la totalidad.

8. Como consecuencia de ello, el no pago oportuno y correcto de la Retribución Especial, en los términos del Contrato de Concesión, es susceptible de ser sancionado con las penalidades y sanciones previstas en el Contrato y en las Leyes Aplicables, y además, aplicase la tasa de interés compensatorio.

Gráficamente, lo mencionado sobre las retribuciones se entiende de la siguiente manera:

<b>Retribución Principal</b>		<b>Retribución Especial</b>	
20 de Enero		Hasta el 30 de marzo y/o hasta el 30 de setiembre	
Paga correctamente Es decir el 37.25% de todos los Ingresos que de acuerdo al Contrato deben formar parte.	Paga incorrectamente Es decir paga una cifra menor por ejemplo paga un menor porcentaje o excluye ingresos.	Paga correctamente Es decir el 50.% de todos los Ingresos provenientes de la explotación del Material Tractivo y Rodante que de acuerdo al Contrato deben formar parte.	Paga incorrectamente Es decir paga una cifra menor por ejemplo paga un menor porcentaje o excluye ingresos.
<b>Cumple obligación</b>	<b>Incumple obligación Sanción + intereses compensatorios</b>	<b>Cumple obligación</b>	<b>Incumple obligación Sanción + intereses compensatorios</b>

9. Relacionado a la misma Cláusula Quinta del Contrato de Concesión, el numeral 5.4 contempla un mecanismo de Conciliación de pagos que establece la obligación del Concesionario de enviar al Concedente y a OSITRAN dentro de los primeros quince Días del mes de abril, un ejemplar de su balance y estados financieros del Año calendario anterior debidamente auditados por una empresa de reconocido prestigio internacional, en donde también deberá detallarse los Ingresos Brutos sobre los que se calculó la Retribución Principal y los ingresos que sirvieron de cálculo para la Retribución Especial.

Asimismo, de conformidad con dicho numeral, en caso que del balance y estados financieros auditados se derivara alguna diferencia a favor del Concedente respecto de lo ya pagado por el Concesionario, dicha diferencia deberá ser cancelada conjuntamente con el citado balance y estados financieros. Si la diferencia fuera a favor del Concesionario este podrá compensarla con los siguientes pagos de la

Retribución Principal y de la Retribución Especial, según corresponda por el origen de la diferencia hasta extinguirla.

Finalmente dispone que en cualquier caso, las diferencias deberán actualizarse mes a mes, según las normas vigentes para el ajuste de estados financieros por inflación para efectos contables, hasta su efectiva cancelación. En caso que el Concesionario no pagara la diferencia a favor del Concedente, en el momento indicado en el párrafo anterior, además de la actualización correspondiente dicha diferencia devengará automáticamente un interés moratorio equivalente a la máxima tasa de interés legal efectiva publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros, hasta la fecha de su cancelación.

10. Como es de verse este mecanismo de Conciliación de Pagos busca armonizar la información financiera y contable presentada por el Concesionario al momento de efectuar los pagos de las retribuciones correspondientes a un determinado ejercicio con la información financiera y contable auditada de dicho ejercicio.

Asimismo, dicho mecanismo prevé que puedan existir diferencias que deben ser subsanadas en el momento de la presentación y dispone que de no ser subsanadas en dicho momento se aplicará el interés moratorio.

11. Sin embargo, **este mecanismo mencionado no excluye la obligación de pagar correctamente las retribuciones en las fechas previstas en el Contrato de Concesión para tal efecto.** Sólo es un mecanismo que **permite conciliar los pagos efectuados sustentados en estados financieros no auditados con los pagos que debieron efectuarse sustentados en información auditada.**

12. En ese sentido, si el Concesionario, no paga en las oportunidades de pago de las retribuciones el monto adecuado es susceptible de ser sancionado, sin perjuicio del mecanismo de Conciliación de Pagos.

En cambio, si el Concesionario paga y determina correctamente el monto de las retribuciones en las oportunidades de pago de las mismas pero al momento de auditar su información contable y financiera el propio Concesionario determina la existencia de un diferencial y lo paga oportunamente dentro de los plazos previstos en el Contrato, no es susceptible de ser sancionado pues habría cumplido con la obligación.

13. Como consecuencia de ello, **resulta que el Concesionario sobre la base de la información contable y financiera al momento del pago de las retribuciones, debe pagar correctamente; y, asimismo, sobre la base de la información contable y financiera auditada, debe pagar también correctamente las Retribuciones.** En ese sentido, como ha sido mencionado, la Conciliación de Pagos no es un instrumento contractual que le permita al Concesionario determinar informalmente los montos de los pagos de las retribuciones en las oportunidades que corresponden pagar las mismas. Por el contrario, es un mecanismo que le permite al Concesionario corregir diferencias que pudieran derivarse de la auditoría contable que está obligado a realizar.

14. En ese orden de ideas, si el Concesionario excluye ingresos que deben formar parte de las retribuciones al Estado al momento que deben pagarse y es detectado por OSITRAN, incumple con la obligación de pago de las retribuciones por más que con el mecanismo de Conciliación de Pagos o antes de efectuarse éste las subsane. Asimismo, cuando dichas exclusiones son detectadas por OSITRAN con

posterioridad, luego de efectuarse el mecanismo de Conciliación de Pagos, que el Concesionario está obligado a efectuar.

15. Por otro lado debe tenerse presente, que la Cláusula Décima del Contrato de Concesión denominada: **“Incentivos a la Inversión del Concesionario”** contempla el mecanismo de liberación de pago de la Retribución Principal y de la Especial. Tal mecanismo permite al Concesionario dejar de pagar las retribuciones en mérito a las inversiones que acredite haber efectuado en la línea férrea.
16. De conformidad con dicho mecanismo y de acuerdo a lo dispuesto expresamente en el numeral 10.1.4, para su empleo por el Concesionario, en las oportunidades que corresponda el pago de la Retribución Especial y Principal, debe comunicar al Concedente y a OSITRAN su decisión de ejercer el mecanismo y en caso de ejercerlo debe presentar al Concedente y a OSITRAN toda la información y/o documentación sustentatoria que resulte necesaria o que le sea solicitada.
17. En dicho supuesto, OSITRAN debe verificar que efectivamente las inversiones se hayan efectuado en la línea férrea y determinar si las mismas alcanzan o no para cubrir el monto a pagar por concepto de retribuciones.
18. En ese sentido, el numeral 10.1.5 establece que **si al emplearse el mecanismo resultara que existe un saldo de la Retribución Especial o la Retribución Principal no cubierto por la Inversiones, el Concesionario deberá pagar en ese mismo momento la diferencia a favor del Concedente.**
19. Asimismo, el numeral 10.1.5 dispone que si el Concesionario no cumpliera con pagar oportunamente la diferencia y sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula Vigésima del Contrato (caducidad de la concesión, sanciones y penalidades), dicha diferencia deberá ajustarse según las normas vigentes para el ajuste de estados financieros por inflación para efectos contables, hasta su efectiva cancelación además de aplicarse automáticamente un interés moratorio equivalente a la máxima tasa de interés legal efectiva publicada por la Superintendencia de Banca y Seguros, hasta la fecha de su cancelación.
20. Finalmente, el numeral dispone que **si el remanente fuera a favor del Concesionario, dicho saldo podrá ser empleado como justificativo para dejar de pagar las siguientes cuotas de la Retribución Especial o de la Retribución Principal,** hasta donde alcance dicho remanente. El remanente deberá ajustarse según las normas vigentes para el ajuste de estados financieros por inflación para efectos contables, hasta su efectiva cancelación
21. Como es de verse dicho mecanismo **permite al Concesionario a dejar de pagar en efectivo las retribuciones en las oportunidades que le corresponde pagar éstas y efectuar el pago con las inversiones que acredite haber realizado en la línea férrea.**

Gráficamente lo mencionado se entiende de la siguiente manera:

<b>Retribución Principal</b>	<b>Retribución Especial</b>
20 de Enero de cada año	Hasta el 30 de marzo y el 30 de setiembre de cada año
<b>Determina <u>correctamente</u> el monto a pagar.</b>	<b>Determina <u>correctamente</u> el monto a pagar.</b>

↓		↓	
<b>Cláusula Quinta</b>	<b>Cláusula Décima</b>	<b>Cláusula Quinta</b>	<b>Cláusula Décima</b>
Paga en efectivo el 37.25% de sus Ingresos Brutos de acuerdo a los términos del Contrato.	Paga con Inversiones el 37.25% de sus Ingresos Brutos de acuerdo a los términos del Contrato.	Paga en efectivo el 50.00% de sus Ingresos provenientes de la explotación del Material Tractivo y Rodante en los términos del Contrato.	Paga en efectivo el 50.00% de sus Ingresos provenientes de la explotación del Material Tractivo y Rodante en los términos del Contrato.
<b>ACCION DE OSITRAN</b>			
OSITRAN supervisa que pague en efectivo el monto.	OSITRAN supervisa que las Inversiones presentadas alcancen para pagar el monto.	OSITRAN supervisa que pague en efectivo el monto.	OSITRAN supervisa que las Inversiones presentadas alcancen para pagar el monto.
<b>CONSECUENCIAS</b>			
<b>No se cubre el monto ni en efectivo ni con inversiones</b>			
OSITRAN exige el Pago en ese momento. ↓			
De no pagar OSITRAN sanciona y exige intereses desde el 20 de enero.	De no pagar OSITRAN sanciona y exige interés moratorios desde que exige el pago.	De no pagar OSITRAN sanciona y exige intereses desde el 30 de mayo o setiembre según corresponda.	De no pagar OSITRAN sanciona y exige interés moratorios desde que exige el pago.
<b>Se cubre el monto con efectivo o con inversiones</b>			
Cumple con la obligación, sin perjuicio de que con posterioridad en el mecanismo de conciliación de pagos determine que existe una diferencia por pagar y cumpla con pagarla en ese momento.	Cumple con la obligación, sin perjuicio de que con posterioridad en el mecanismo de conciliación de pagos determine que existe una diferencia por pagar y cumpla con pagarla en ese momento.	Cumple con la obligación, sin perjuicio de que con posterioridad en el mecanismo de conciliación de pagos determine que existe una diferencia por pagar y cumpla con pagarla en ese momento.	Cumple con la obligación, sin perjuicio de que con posterioridad en el mecanismo de conciliación de pagos determine que existe una diferencia por pagar y cumpla con pagarla en ese momento.

22. Sin embargo, es de notar que para que se pague correctamente en efectivo o con inversiones las retribuciones, es indispensable que el monto a pagar haya sido determinado correctamente por el Concesionario, pues de no haberlo sido el pago que haga en efectivo o en inversiones no va resultar siendo el correcto.

Así, si por ejemplo el Concesionario determina que el monto a pagar es x cantidad y paga x cantidad, resultando después que el monto correcto a pagar era x + 4, no ha cumplido con pagar correctamente en los términos del Contrato de Concesión.

23. Ello sucede cuando el Concesionario no determina correctamente el monto a pagar de las retribuciones, porque excluye ingresos que de acuerdo al Contrato de Concesión no deben ser excluidos o porque omite ingresos que no debe omitir.

Gráficamente lo mencionado se entiende de la siguiente manera:

<b>Retribución Principal</b>		<b>Retribución Especial</b>	
20 de Enero de cada año		Hasta el 30 de marzo y el 30 de setiembre de cada año	
<b>Determina <u>incorrectamente</u> el monto a pagar.</b>		<b>Determina <u>incorrectamente</u> el monto a pagar.</b>	
↓		↓	
<b>Cláusula Quinta</b>	<b>Cláusula Décima</b>	<b>Cláusula Quinta</b>	<b>Cláusula Décima</b>
Paga en efectivo el 37.25% del monto determinado incorrectamente.	Paga con Inversiones el 37.25% del monto determinado incorrectamente.	Paga en efectivo el 50.00% del monto determinado incorrectamente.	Paga en efectivo el 50.00% del monto determinado incorrectamente.
<b>ACCION DE OSITRAN</b>			
OSITRAN supervisa que pague en efectivo el monto que le corresponde pagar.	OSITRAN supervisa que las Inversiones presentadas alcancen para pagar el monto determinado.	OSITRAN supervisa que pague en efectivo el monto que le corresponde pagar.	OSITRAN supervisa que las Inversiones presentadas alcancen para pagar el monto determinado.
<b>CONSECUENCIAS</b>			
<b>Cubre o no cubre el monto determinado incorrectamente</b>			
No se cumple la obligación.	No se cumple la obligación.	No se cumple la obligación.	No se cumple la obligación.
↓	↓	↓	↓
OSITRAN está en la facultad de aplicar las sanciones correspondientes y exigir el pago de intereses desde el 20 de enero, fecha en que debió cumplirse correctamente con la obligación .	OSITRAN está en la facultad de aplicar las sanciones correspondientes y exigir el pago de intereses desde el 20 de enero, fecha en que debió cumplirse correctamente con la obligación.	OSITRAN está en la facultad de aplicar las sanciones correspondientes y exigir el pago de intereses desde el 30 de marzo o setiembre según se trate.	OSITRAN está en la facultad de aplicar las sanciones correspondientes y exigir el pago de intereses desde el 30 de marzo o setiembre según se trate.

24. En ese sentido, cuando el Concesionario determina correctamente el monto de las retribuciones y paga dicho monto ya sea en efectivo o con inversiones cumple con las obligaciones previstas en los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión.
25. Sin embargo, **cuando el Concesionario determina incorrectamente el monto de las retribuciones y paga dicho monto ya sea en efectivo o con inversiones no cumple con las obligaciones previstas en los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión y por lo tanto, de acuerdo a lo previsto en el mismo Contrato, corresponde exigirle el pago adecuado, sin perjuicio de las sanciones y penalidades que pudieran corresponder.**
26. En el caso específico del pago de las retribuciones con inversiones, el Concesionario al emplear el mecanismo de liberación de pago tiene la obligación de señalar y determinar el monto que le corresponde pagar y en ese momento manifiesta su voluntad de pagar dicho monto con las inversiones que presenta.
27. Cuando presenta mayor cantidad en inversiones que las que afirma que le corresponde pagar, de acuerdo al Contrato de Concesión, está imputando inversiones por el monto determinado por el Concesionario para el pago de las retribuciones y está imputando el saldo a su favor para futuras retribuciones.

28. En ese sentido, **la voluntad del Concesionario expresada en su comunicación ha sido la de pagar únicamente el monto determinado y que el saldo le sea considerado para futuras retribuciones.**

29. Como consecuencia de ello, cuando ha determinado incorrectamente el monto a pagar por concepto de retribuciones y manifiesta su voluntad al Estado de pagar dicho monto con inversiones por más que haya presentado inversiones por mayor cantidad, ha pagado incorrectamente las retribuciones y recíprocamente ha imputado incorrectamente un saldo a su favor para futuras Retribuciones.

30. Es en atención a ello, que **en anteriores pronunciamientos sobre las mismas obligaciones, el Consejo Directivo determinó que el cumplimiento adecuado de los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión se da cuando:**

- Se presenta la declaración de la retribución adjuntando la documentación exigida por el Contrato.
- Se determina y liquida adecuadamente el monto a pagar de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión sin excluir u omitir ingresos indebidamente.
- Se efectúa el pago de la retribución en efectivo o se emplea el mecanismo de liberación de pago y se comprueba que las inversiones cubren el monto determinado correctamente.

31. En el presente caso, se ha acreditado en base a una auditoría de tráfico realizada a la empresa concesionaria FETRANSA por los ejercicios de 1999 y 2000 que existe tráfico ferroviario que no ha sido considerado por FETRANSA para efectuar el pago de las retribuciones al Estado.

32. Asimismo, se ha determinado sobre dicha auditoría muestral, que la omisión del tráfico únicamente en los siete meses auditados, ha representado que el Concesionario declare en las retribuciones principal y especial correspondiente a los ejercicios materia de la auditoría, **ingresos menores por un monto de US\$ 160,005 que representan un menor pago de dichas retribuciones en US\$ 60,988.**

33. Se ha evidenciado y acreditado que **el monto presentado por el Concesionario para pagar las retribuciones al Estado ha sido inferior al que debió presentar en las oportunidades de pago e incluso al monto presentado por éste en las Conciliaciones de Pago de los ejercicios correspondientes a 1999 y 2000 de acuerdo al numeral 5.4 del Contrato de Concesión.**

En ese sentido, queda acreditado que FETRANSA no cumplió con determinar correctamente el monto a pagar por las retribuciones correspondientes a los ejercicios de 1999 y 2000 en sus respectivas oportunidades de pago e incluso en las oportunidades que debió conciliar los pagos efectuados con los estados financieros auditados, lo que conlleva a que la empresa FETRANSA en los términos expuestos haya incumplido los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión al no haber considerado el tráfico efectivamente producido y haber omitido los ingresos por dicho tráfico para el pago de las retribuciones.

34. Por lo tanto, en este aspecto se desestima la apelación interpuesta y se confirma el pronunciamiento de la Gerencia General en el sentido de considerar que el accionar de FETRANSA es un incumplimiento a los numerales 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión.

**B. Si se ha incumplido el numeral 7.1 del Contrato de Concesión, al haberse omitido considerar tráfico producido para la aplicación de la tarifa de acceso a la vía férrea.**

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El numeral 7.1 del Contrato de Concesión establece expresamente que el Concesionario deberá cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la Línea Férrea, cargada o descargada, la tarifa por uso de vía cuyo monto máximo y mecanismo de ajuste automático se detallan en el Anexo N° 7 del Contrato.

Asimismo, de acuerdo a lo previsto en dicho numeral, si en un ferrocarril desarrolla actividades solamente un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, **el Concesionario deberá cobrarle la suma máxima por tarifa por uso de vía.**

2. En el presente caso, durante los ejercicios auditados la única empresa operadora ha sido la empresa PERU RAIL S.A. formada por la propia empresa concesionaria y que se encuentra vinculada a ella.

En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, FETRANSA estaba obligada a cobrarle la tarifa máxima a dicha empresa por los vagones, coches o autovagones cargados o descargados que hayan circulado por la línea férrea.

3. En el presente caso, se ha acreditado que existe tráfico que no ha sido considerado por FETRANSA para las declaraciones de pago de las retribuciones y que por lo tanto, no han sido facturado a la empresa operadora PERU RAIL S.A. que además de acuerdo al Contrato de Alquiler de Material Tractivo y Rodante, tiene arrendado todo el material del Estado.

Como consecuencia de ello y sin perjuicio de las responsabilidades tributarias que dicha omisión puede generar, ha evidenciado que dicho tráfico no ha sido formalmente cobrado con la tarifa por uso de vía y se ha producido un incumplimiento al numeral 7.1 del Contrato de Concesión.

4. Por lo tanto, en este aspecto también se desestima la apelación interpuesta y se confirma el pronunciamiento de la Gerencia General en el sentido de considerar que el accionar de FETRANSA es un incumplimiento al numeral 7.1 del Contrato de Concesión.

**C. Si se ha incumplido el literal a) del artículo 14 de la Ley N° 26917 al haberse omitido considerar tráfico producido para determinar el pago del aporte por regulación.**

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El literal a) del artículo 14 de la Ley N° 26917 dispone que constituyen recursos propios de OSITRAN, la tasa de regulación aplicable a las Entidades Prestadoras que no podrá exceder del uno por ciento (1%) de su facturación anual.

Asimismo, se dispone que constituye infracción grave del Concesionario, no pagar el aporte en la oportunidad, forma y modo que señalen las normas complementarias a la Ley.

2. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 001-98-CD/OSITRAN se estableció el monto del aporte por regulación a cargo de las Entidades Prestadoras en 1% del total de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y se dictaron las disposiciones referidas al cumplimiento de dicho aporte.

Dicha Resolución ha sufrido modificaciones salvo en el aspecto del monto del aporte que se ha mantenido en 1% y en la anualidad del mismo.

3. En el presente caso, se ha detectado que existe tráfico que no ha sido considerado por FETRANSA para las declaraciones de pago del aporte por regulación para los ejercicios de 1999 y 2000.

En ese sentido, dicha omisión por parte de FETRANSA ha implicado que no reporte como ingresos para el pago del aporte los ingresos provenientes del tráfico no declarado, lo que ha llevado que en efecto haya pagado durante dichos ejercicios una cifra menor a la que debió pagar de haber considerado el tráfico omitido para tal efecto.

4. Dicha omisión no ha sido subsanada ni regulariza por el Concesionario, en las oportunidades que de acuerdo a las disposiciones aplicables a dicho aporte se establecen para su regularización.
5. Por el contrario, ha sido OSITRAN que sobre la base de la auditoría de tráfico muestral realizada ha detectado que el Concesionario no ha declarado tráfico producido que en los términos del Contrato de Concesión implicaban ingresos para éste que debieron ser considerados para el aporte por regulación.

Como consecuencia de ello, y sin perjuicio de las responsabilidades que dicha omisión puede generar en la relación de la empresa concesionaria con la autoridad tributaria, los pagos efectuados por la empresa a OSITRAN no han sido los correctos, pues no han considerado los ingresos proveniente de dicho tráfico.

6. Por lo tanto, en este aspecto, también se desestima la apelación interpuesta y se confirma el pronunciamiento de la Gerencia General, en el sentido de considerar que el accionar de FETRANSA es un incumplimiento al literal a) del artículo 14 de la Ley N1 26917.

#### **D. Si resulta procedente ordenar la suscripción del Compromiso de Cese.**

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El literal e) del artículo 47 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas contempla la posibilidad de que el Infractor dentro del plazo para formular sus descargos ante la Gerencia de Supervisión ofrezca un Compromiso de Cese de los hechos investigados **siempre que no se haya verificado el incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual.**

Ante dicho ofrecimiento, el Reglamento dispone que si el órgano instructor (en el presente caso, la Gerencia de Supervisión) estimara satisfactoria la propuesta o fehacientemente acreditada la subsanación, se suspenderá el procedimiento previa firma del Compromiso y será elevado el mismo al órgano resolutorio (en el presente caso, la Gerencia general de OSITRAN) para que lo apruebe o lo desestime y disponga el reinicio del procedimiento.

2. En el presente caso, la Gerencia de Supervisión estimó en ejercicio legítimo de las facultades que le confiere el Reglamento que el Compromiso ofrecido no resultaba procedente en mérito de considerar que las obligaciones incumplidas eran sustantivas de índole contractual y en consecuencia dispuso la continuación del procedimiento sancionador.
3. En ese sentido, de acuerdo al Reglamento la decisión de la Gerencia de Supervisión de aceptar o no un Compromiso de Cese no es impugnabile aunque si es sometida a aprobación del órgano resolutorio en caso que la decisión sea por aceptar el Compromiso y suspender el procedimiento sancionador iniciado.
4. Cabe indicar que la figura del Compromiso de Cese no es una obligación que impone el Reglamento, sino una prerrogativa del órgano instructor a favor del presunto infractor que demuestra fehacientemente su interés de subsanar la infracción cometida siempre que la misma no haya sido una infracción a una obligación sustantiva de índole contractual.

Como consecuencia de ello, la Gerencia de Supervisión en el presente caso, desestimó la solicitud de Compromiso de Cese y de acuerdo a lo previsto en el propio Reglamento, no resulta procedente que las instancias resolutorias superiores ordenen a la Gerencia de Supervisión que haga ejercicio de una prerrogativa que en forma exclusiva le corresponde y que no genera un perjuicio al presunto infractor sino un incentivo excepcional para que subsane sus actuaciones.

5. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que en el presente caso, se han producido incumplimientos contractuales y legales.

Asimismo, que los incumplimientos contractuales lo son a obligaciones sustantivas de índole contractual, como es la del pago de las retribuciones, que constituye precisamente la contraprestación por la concesión conferida.

6. Contrariamente a lo manifestado por el Concesionario, en el presente caso, se ha comprobado que pese al tiempo transcurrido y las oportunidades que el Concesionario ha tenido para regularizar los pagos de las retribuciones al Estado, no lo ha hecho de mutuo propio.

Por el contrario, fue OSITRAN a través de la auditoría de tráfico efectuada quien detectó los incumplimientos, lo que conlleva a que el Concesionario pese a las oportunidades que ha tenido para subsanar voluntariamente dichos incumplimientos haya incumplido con el pago de las retribuciones.

7. En ese sentido, no es que se trate de un simple problema de error en la declaración que haya sido subsanado por el propio Concesionario en las oportunidades que tenía para hacerlo, sino que se trata de un error en la declaración no subsanado en dichas oportunidades que ha conllevado a que no pague correctamente las retribuciones pese al tiempo transcurrido, incumpliendo una obligación sustantiva de índole contractual.
8. Por lo tanto, en este aspecto, también se desestima la apelación interpuesta por ser improcedente en los términos del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas.

**E. Si las sanciones impuestas anteriormente, mediante las Resoluciones de Consejo Directivo N° 010-2001-CD/OSITRAN y Gerencia General N° 003-2001-CD/OSITRAN, impiden sancionar en esta oportunidad a FETRANSA.**

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. De acuerdo a lo previsto en la Ley N° 27444, son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Asimismo, los actos administrativos a diferencia de los actos judiciales no generan el carácter de cosa juzgada y por lo tanto respecto de los mismos cabe la posibilidad de su revisión de oficio o a pedido de parte.

2. En el presente caso, las Resoluciones aludidas por FETRANSA son actos administrativos expedidos por los órganos competentes de OSITRAN que impusieron sanciones a dicha empresa al detectar incumplimientos de la misma.

Dichos pronunciamientos de los órganos de OSITRAN gozan de los caracteres de los actos administrativos de legitimidad, ejecutividad, ejecutividad e impugnabilidad. Sin embargo en vista que los mismos no han sido desvirtuados por el Poder Judicial los mismos han quedado firmes y han sido debidamente ejecutados.

3. En el caso de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2001-CD/OSITRAN de fecha 27 de abril de 2001, la misma impuso una amonestación a FETRANSA al detectarse que dicha empresa había omitido ingresos para el pago de la Retribución Principal correspondiente al año de 1999 y haber sido subsanados en su oportunidad.

Así se detectó en dicha oportunidad que FETRANSA había omitido consignar los siguientes ingresos para efectos del pago de la Retribución Principal:

- Trafico por Km/vagón que fue declarado pero no fue facturado
- Ingresos excepcionales por venta de activos a la empresa MEVIASUR S.A.C
- Ingresos Diversos.

4. En el caso de la Resolución de Gerencia General N° 003-2001-CD/OSITRAN de fecha 02 de marzo de 2001, la misma impuso una multa a FETRANSA del 1% de sus ingresos brutos del mes anterior, al detectarse que dicha empresa había omitido ingresos para el pago del aporte por regulación correspondiente al año de 1999.

Así se detectó en dicha oportunidad que FETRANSA había omitido consignar los siguientes ingresos para efectos del pago del aporte por regulación:

- Trafico por Km/vagón que fue declarado pero no fue facturado
- Ingresos excepcionales por venta de activos a la empresa MEVIASUR S.A.C

Dichos pronunciamientos tuvieron en cuenta dichos hechos y sancionaron a FETRANSA por los mismos.

5. En el presente caso, los hechos detectados son absolutamente distintos a los que fueron sancionados a través de las resoluciones referidas. Así en el presente caso, los hechos detectados se encuentran enmarcados en la auditoría de tráfico muestral

realizada en el año 2002 a la empresa FETRANSA que ha concluido que dicha empresa ha omitido tráfico en sus declaraciones para efectos de los pagos ante OSITRAN.

6. En efecto, las normas administrativas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora no impiden a la entidad administrativa a imponer sanciones por distintos hechos, únicamente impiden sancionar dos veces por los mismos hechos, tal como expresamente lo refiere el numeral 10 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
7. Como ha sido mencionado en el presente caso, los hechos son distintos a los que fueron sancionados en las resoluciones anteriores, en dichas resoluciones se sancionó por omitir en los pagos tráfico que sí había sido declarado por FETRANSA y en el presente caso se le sanciona por omitir en los pagos tráfico que no ha nunca fue declarados por FETRANSA.

En ese sentido, desde el punto de vista legal no existe ningún impedimento para que OSITRAN al detectar nuevos hechos que implican incumplimientos por parte de FETRANSA sanciones a dicha empresa.

8. Es de notar además que los pronunciamientos anteriores no estaban encaminados a emitir pronunciamiento sobre los montos finales que debía pagar FETRANSA por conceptos de retribuciones y aporte por regulación, sino encaminados a determinar si los hechos producidos en ese entonces implicaba algún incumplimiento sancionable.
9. En el presente caso, al detectarse nuevos hechos que en consideración de OSITRAN deben ser sancionados se ha iniciado el presente procedimiento que no tiene como propósito tampoco determinar correctamente el monto a pagar por concepto de retribuciones o aporte por regulación sino sancionar las conductas de FETRANSA que implican incumplimientos a la ley y al Contrato de Concesión.
10. Como consecuencia de ello, las sanciones impuestas anteriormente no impiden a OSITRAN sancionar a FETRANSA en esta oportunidad por tratarse de hechos absolutamente diferentes a los que fueron detectados anteriormente.
11. Por lo tanto, en este aspecto, también se desestima la apelación interpuesta por ser infundada.

**F. Si se incumple con el Rol de OSITRAN, al imponerse una sanción a la empresa concesionaria y no se le da un plazo para que subsane en el marco del Reglamento de Supervisión de OSITRAN.**

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. OSITRAN es organismo público encargado de supervisar y regular a las empresas públicas o privadas que explotan infraestructura de transporte de uso público.

Para tal efecto, el marco legal que regula su actuación compuesto por la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332, le confieren el ejercicio de determinadas funciones que posibilitan su accionar.

2. Así se le otorgan funciones normativas, reguladoras, de solución de controversias, supervisoras, sancionadoras etc que le permiten cautelar los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios.
3. Las disposiciones que reglamentan el ejercicio de dichas funciones posibilitan que OSITRAN al detectar incumplimientos requiera la subsanación de los mismos sin perjuicios de imponer las sanciones que correspondan.
4. En el presente caso, al detectarse los incumplimientos de acuerdo a lo previsto en las normas reglamentarias, OSITRAN ha iniciado el procedimiento destinado a sancionar dichos incumplimientos con el propósito que no se presenten más en el futuro en perjuicio de los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

En tal sentido, cuando OSITRAN toma la decisión de iniciar un procedimiento sancionador además de actuar en un ejercicio legítimo de sus funciones evalúa si en mérito a los hechos y antecedentes es susceptible de ser subsanado y otorgarle un plazo o si corresponde iniciar el procedimiento sancionador.

5. En efecto, el artículo 27 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN establece la prerrogativa del Gerente General, ante un resultado negativo de otorgar un plazo para su subsanación o de imponer la sanción que corresponda.

En el presente caso, dado los antecedentes, la Gerencia General optó por sancionar por considerar que pese a que se le avisó con tiempo al Concesionario del inicio de una auditoría de tráfico y que la misma se llevó a lo largo de casi seis meses en que se le hicieron llegar informes parciales respecto de los cuales ya se informaba de un problema en el mismo, no optó por solucionarlo inmediatamente.

6. Como consecuencia de ello, el rol del OSITRAN no se ve afectado por iniciar un procedimiento sancionador pues precisamente una de sus funciones previstas en la ley es la de imponer sanciones frente a los incumplimientos detectados.
7. Por lo tanto, en este aspecto, también se desestima la apelación interpuesta por ser infundada.

## **VI. LA CATEGORIZACIÓN DE LA INFRACCIÓN:**

1. Las infracciones cometidas por el Concesionario han sido calificadas como graves por la Gerencia General y de conformidad con el cuadro previsto en el Anexo N° 9 se le ha imputado a FETRANSA la sanción que corresponde a dicha infracción con la salvedad de que se trata de una segunda vez que se cometen los referidos incumplimientos por lo que se aplica la sanción equivalente al 2% de los ingresos brutos del mes inmediato anterior.
2. En ese sentido, se considerada adecuada la sanción impuesta pues en aplicación integral del cuadro referencial de penalidades previsto en el Anexo N° 9 del Contrato y el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de aplicación supletoria la misma se tiene que los incumplimientos detectados califican como graves al haber sido reiterados.
3. Asimismo, se considera adecuado imponer la sanción del 2% de los ingreso brutos del mes anterior por haberse acreditado que es segunda vez que FETRANSA incumple las mismas obligaciones.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 05 de marzo de 2003;

**SE RESUELVE :**

**Artículo Primero.-** Confirmar la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN que impuso a la empresa Ferrocarril Transandino S.A., una sanción equivalente al pago de una multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior;

**Artículo Segundo.-** Exigir a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. que de acuerdo a lo previsto en el Contrato de Concesión cumpla con subsanar los incumplimientos detectados que han sido sancionados.

**Artículo Tercero.-** Notificar la presente resolución a la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. dando por agotada la vía administrativa.

**Artículo Cuarto.-** Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas .

**Artículo Quinto.-** Encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución:

**Artículo Sexto.-** La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su notificación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**ALEJANDRO CHANG CHIANG**  
Presidente