

PROCEDENCIA : DIVISIÓN TÉCNICA DE INFRAESTRUCTURA VIAL
(DTIV) (DENUNCIA INICIADA DE OFICIO)
DENUNCIADO : FERROCARRIL TRASANDINO S.A. (FETRANS)
MATERIA : PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
POR INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA 5.1 DEL
CONTRATO

SUMILLA: Se declara infundada la solicitud de nulidad del procedimiento administrativo sancionador presentada por FERROCARRIL TRASANDINO S.A., iniciado de oficio por la División Técnica de Infraestructura Vial, atendiendo a que la División Técnica de Infraestructura Vial actuó correctamente al iniciar el procedimiento administrativo sancionador en atención a que el inicio de un procedimiento de supervisión no es pre-requisito para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y a la particular naturaleza de las obligaciones fiscalizadas.

Se revoca la Resolución de Gerencia General en cuanto al extremo en que declara que el Concesionario incurrió en incumplimiento de la cláusula 5.1 del contrato al no incluir dentro de la base de cálculo de la retribución principal la ganancia por diferencia en cambio, reformándola en el sentido que el Concesionario actuó correctamente al no incluir dicho concepto dentro de la base de cálculo de la Retribución Principal.

Se revoca la Resolución de Gerencia General en el extremo que califica la infracción como muy grave, calificándola como grave, de conformidad con lo establecido en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión concordado con el artículo 40 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.

Se confirma la Resolución de Gerencia General N° 001 -2001-GG-OSITRAN de 21 de febrero del 2001 en los extremos adicionales.

Se exige el cumplimiento de la cláusula 5.1º del Contrato de Concesión en los términos expuestos en el Contrato y en las leyes aplicables, y se modifica la sanción de multa impuesta por la Gerencia General ascendente al 1% (uno por ciento) de los Ingresos Brutos del mes anterior, a una de amonestación en aplicación del artículo 49 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.

Lima, 27 de abril del 2001

I ANTECEDENTES

Informe de la División Técnica de Infraestructura Vial

La División Técnica de Infraestructura Vial emite el Informe N° 16-2000-DTIV/OSITRAN, en el que señala que en la Declaración de la Retribución Principal presentada por FETRANS el 20 de enero del 2000, existen ingresos que no fueron considerados en la base de cálculo y que se indican a continuación:

- Tráfico km-vagón, que no fue facturado y que convertido a ingresos daba S/.14'279,400¹;
- Ingresos financieros por intereses sobre depósitos, ascendentes a S/.1,418.71;
- Ingresos financieros por ganancias por diferencia en cambio, ascendentes a S/.98,145.11;
- Ingresos excepcionales por venta de activos a MEVIASUR S.A., ascendentes a 728,660.46;
- Ingresos excepcionales por ajuste de gastos pre-operativos, ascendentes a S/.727, 335.00²;
- Ingresos diversos ascendentes a la suma de S/.430.36³;

La DTIV consideró que al haber excluido las referidas sumas del cálculo de la retribución principal, FETRANS incumplió la cláusula 5.1° del Contrato de Concesión, por lo que recomendó a la Gerencia General de OSITRAN que:

1. Exija al concesionario la inclusión de los referidos conceptos en la liquidación de la Retribución Principal del ejercicio 1999.
2. Imponga una sanción de 5% de los Ingresos Brutos del mes anterior a FETRANS, por incurrir en infracción muy grave, sin perjuicio de la actualización y el cobro de los intereses moratorios a que hubiere lugar.

Descargos de FETRANS

La Gerencia General de OSITRAN remite la Carta N° 116-00-GG-OSITRAN a FETRANS con fecha 26 de diciembre del 2000, poniendo en su conocimiento el Informe No. 16-2000-DTIV/OSITRAN referido al cumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

¹ Esta omisión ha sido subsanada con posterioridad, conforme lo expuesto en el informe de la DTIV al que nos remitimos.

²FETRANS sostuvo que estos ingresos correspondían a un ajuste de gastos pre-operativos por servicios de consultoría de la empresa BDO y gastos legales relacionados con la concesión y que, inicialmente, esta operación se registró abonando directamente a la cuenta de resultados por lo que se trata de “una errada operación de registro contable que considera como ingresos sumas que no lo son”. Sin embargo, a criterio de la DTIV estas afirmaciones no fueron fehacientemente acreditadas.

³ FETRANS sostuvo que esta suma proviene del redondeo del pago de haberes que se fue acumulando mensualmente. A criterio de la DTIV, dichas afirmaciones no fueron acreditadas fehacientemente.

FETRANS presenta sus descargos con fecha 10 de enero del 2001, solicitando el archivamiento del expediente por las siguientes razones:

1. Se ha desnaturalizado el procedimiento administrativo de supervisión al ceñirse la actividad de OSITRAN al procedimiento administrativo sancionador, lo que lo vició de nulidad.
2. Las discrepancias sobre la interpretación del contrato no pueden ser consideradas por OSITRAN como incumplimiento contractual, y que en tanto el tema no se aclare a través de un arbitraje de derecho, OSITRAN debería asumir una posición prudente y acorde con su misión y no alegar incumplimientos basados en interpretaciones equivocadas con un propósito sancionador.
3. La única sanción establecida en la cláusula 5.1 es en el caso de no pago oportuno de la retribución principal. En este sentido, en el caso planteado no es posible incurrir en infracción puesto que se ha efectuado inversiones que exceden el monto de la retribución principal, lo que hace que no sea sustantivo el monto correcto, las liquidaciones del concesionario o la correcta calificación de los ingresos brutos.
4. El Anexo 5 del Contrato de Concesión, alude al pago de un porcentaje “de los ingresos Brutos que obtengamos de la Concesión por este ferrocarril”. Los bienes adquiridos de ENAFER no forman parte de los Bienes de la Concesión, por lo que su venta importa un ingreso no obtenido en la explotación de la concesión y en consecuencia no se consideran dentro de la base de cálculo de la retribución principal.
5. Los ingresos percibidos por la explotación de la concesión son los únicos afectos al cálculo de la retribución principal. Aquellos ingresos financieros generados por los Ingresos ya afectos a la retribución principal son ajenos a la explotación de la concesión y, por tanto, no afectos a la retribución principal. La diferencia de cambio aludida no constituye ingreso según la cláusula 9.1 pues no corresponde a la percepción efectiva de suma alguna y no guarda relación con la explotación de la concesión.
6. La DTIV no ha aceptado el retiro del cálculo de los ingresos, de algunos montos que la apelante considera son egresos, porque a su criterio no ha demostrado fehacientemente sus afirmaciones.
7. La DTIV sostienen equivocadamente que la inadecuada determinación del monto a pagar por retribución principal y el no acreditar fehacientemente determinadas operaciones constituye incumplimiento de la cláusula 5.1;

8. En este caso no existe obligación de pago pues el concesionario hizo uso del derecho conferido en la cláusula 10.1 del contrato. En consecuencia, si no hay obligación de pago, no hay falta de pago ni incumplimiento de la cláusula 5.1 ni mucho menos el pretendido ajuste de actualización e intereses. Si no hay obligación de pago, entonces no hay ajuste ni intereses.
9. La falta de pago de la retribución no está prevista como infracción en el Anexo 9 del contrato, por lo que en tal hipótesis resultaría aplicable el artículo 40° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN que establece que el incumplimiento en el pago de retribuciones da lugar a infracción grave.

El 15 de enero del 2001, FETRANS amplía sus descargos y adjunta documentación adicional.

Resolución N° 001 -2001-GG-OSITRAN

Presentados los descargos correspondientes, el 21 de febrero del 2001 la Gerencia General emitió la Resolución N° 001-2001-GG-OSITRAN, mediante la cual declaró que FETRANS incumplió la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión; le impuso una multa del 1% de los Ingresos Brutos del mes anterior y le exigió el cumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato.

En la citada resolución, la Gerencia General:

1. Declaró que resultó correcto el inicio de un proceso administrativo sancionador y que no corresponde acoger la nulidad deducida.
2. Declaró que el marco regulatorio es bastante claro y que el concesionario tuvo toda la información disponible para proceder al cumplimiento de las obligaciones contractuales, por lo que no correspondía alegar discrepancias sobre la interpretación del contrato para eximirse de cumplir sus obligaciones.
3. Declaró que la forma en que la DTIV propuso la división de las actuaciones contenidas en el numeral 5.1 es correcta.
4. Declaró que no obstante la naturaleza de bienes del concesionario, la vinculación de los activos vendidos a MEVIASUR con la concesión resulta por demás evidente, y en consecuencia, los ingresos producto de la venta de los mismos integran la base de cálculo de la retribución principal.
5. Declaró que los ingresos financieros integran la base de cálculo de la retribución principal, sin que resulte relevante que los mismos constituyan ganancias por diferencia en cambio o provengan del financiamiento a clientes.

6. Declaró que la calidad de los egresos de los montos que inicialmente fueron declarados como ingresos debía acreditarse de manera fehaciente por FETRANS, lo que fue realizado en el escrito de Descargos Nº 2.
7. Declaró que resultó correcta la calificación de la infracción por la DTIV como muy grave y la imposición de una multa de 5% de los ingresos brutos del mes anterior.
8. Sin embargo, al haber recibido una comunicación de FETRANS en la que se indicó que se había cumplido con el pago de los montos por concepto de la retribución principal correspondientes al ejercicio 1999, en aplicación de los principios que informan el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, la Gerencia General decidió apartarse de la recomendación de la DTIV y calificar a la infracción como grave sólo para efectos de rebajar la sanción, estableciéndola en el 1% de los ingresos brutos del mes anterior.

Recurso de apelación

El 14 de marzo del 2001, FETRANS apeló dicha resolución, motivo por el cual el expediente fue elevado a este Órgano Resolutivo.

En su escrito de apelación, FETRANS solicita que el mismo se declare procedente en atención a los siguientes argumentos:

1. La nulidad es procedente al haberse obviado las disposiciones del Reglamento General de Supervisión del OSITRAN, precisando que “en casos en los que el incumplimiento se debe a errores involuntarios o interpretaciones distintas a las de OSITRAN – como ocurre en el presente caso – debería proceder el otorgamiento del plazo para la subsanación”.
2. No ha habido infracción de la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión, pues la única sanción establecida en la referida cláusula es la que se impone al no pago oportuno de la retribución principal, y que en el presente caso, al existir inversiones que exceden el monto de la misma (cualquiera que sea en definitiva el monto correcto), no existe obligación de pago, ni de intereses, y no cabe sanción alguna.
3. No existe vinculación entre los bienes vendidos a MEVIASUR y la concesión, por lo que los ingresos obtenidos de su venta no deben ser considerados para efectos de la determinación de la Retribución Principal.
4. La diferencia en cambio no constituye ingreso según el Contrato de Concesión pues no corresponde a la percepción efectiva de suma alguna y por lo tanto no guarda relación con la explotación de la Concesión.

5. Sin perjuicio de que consideran que la Gerencia General incurrió en error al considerar que se cometió infracción pues en este caso no ha existido falta de pago, señalan que la Gerencia General incurre en error al categorizar la infracción como muy grave al incumplir una condición básica del contrato, cuando de acuerdo a lo establecido por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, el incumplimiento en el pago de las retribuciones al Estado previstas en los respectivos contratos de concesión es considerado como infracción grave.

Habiéndose realizado las actuaciones necesarias, el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio del Consejo Directivo, en el presente caso, las cuestiones en discusión, consisten en determinar lo siguiente:

1. Si corresponde declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador atendiendo a que se habrían obviado las disposiciones del Reglamento General de Supervisión.
2. Si fue correcta la determinación del incumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión.
3. Si fue correcta la resolución de la Gerencia General en el extremo en que considera que los ingresos derivados de la venta de activos a MEVIASUR, deben considerarse dentro de la base de cálculo de la retribución principal.
4. Si fue correcta la resolución de la Gerencia General en el extremo en que considera que los ingresos derivados de la diferencia de cambio deben considerarse dentro de la base de cálculo de la retribución principal.
5. Si fue correcta la categorización de la infracción por parte de la Gerencia General.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Declaración de nulidad del procedimiento administrativo sancionador

En su escrito de apelación, FETRANS solicitó al Consejo Directivo la declaración de nulidad del procedimiento administrativo sancionador, señalando que:

1. La Resolución de Gerencia General señala que en el presente caso se hizo una supervisión distinta a las contempladas en el Reglamento General de Supervisión, al amparo de una norma que no cita, y que concluye con la aplicación del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas.
2. El procedimiento sancionatorio debe necesariamente sustentarse en los resultados de una supervisión previa.
3. La Resolución de Gerencia General pretende argumentar que el Reglamento General de Supervisión no se ajusta a la modalidad de supervisión que se requería en el presente caso, razón por la cual éste no resulta aplicable.
4. El Reglamento General de Supervisión era de obligatorio cumplimiento en el presente caso pues el Contrato de Concesión no estableció un régimen específico de supervisión.
5. Se debe acudir al procedimiento sancionador únicamente en el caso que el Concesionario persista en el incumplimiento de sus obligaciones luego del requerimiento de la Gerencia General.
6. En los casos en que el incumplimiento se deba a errores involuntarios o a interpretaciones distintas a las de OSITRAN – como ocurre en el presente caso – debería proceder el otorgamiento del plazo para la subsanación.
7. OSITRAN no cumplió con ninguna de las disposiciones del Reglamento General de Supervisión, pasando por alto todos los plazos y formalidades establecidas por éste.

En consecuencia, el procedimiento es nulo ya que en él se han dictado actos prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por la ley;

A continuación, se analizan los argumentos que sustentan la nulidad deducida:

1. Supervisión no contemplada en el Reglamento General de Supervisión:

La Resolución apelada no señala que se hizo una supervisión distinta a las contempladas en el Reglamento General de Supervisión que concluyó con la aplicación del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas. La Resolución de la Gerencia General apelada citó la exposición de motivos del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-99-CD/OSITRAN de fecha 20 de diciembre de 1999, que establece que:

*“La estructura de supervisión de este Reglamento, apunta a establecer una diferencia conceptual entre la supervisión y la fiscalización o control. Para el Reglamento, la supervisión es un concepto más amplio que la fiscalización y el control. Éstos constituyen el aspecto más extremo de las actividades de supervisión y sólo **se deben desarrollar de manera excepcional, cuando existen hechos que permiten presumir razonablemente el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales**”. (El subrayado es nuestro)*

En otras palabras, el argumento que sustenta la imposición de la sanción a pesar de no existir una acción de supervisión enmarcada en el proceso de supervisión regulado por el Reglamento General de Supervisión, radica en que determinado tipo de obligaciones no requiere la existencia de una acción de supervisión previa, puesto que la verificación del cumplimiento de obligaciones puede ser realizada con el simple análisis de la documentación e información que entrega periódicamente la Entidad Prestadora.

2. El procedimiento sancionatorio debe sustentarse en una supervisión previa

No existe norma que obligue al OSITRAN a iniciar un proceso de supervisión continua o especial, antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Por el contrario, el supuesto habilitante para el inicio del procedimiento administrativo sancionador está establecido en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas que a la letra señala lo siguiente:

“Artículo 47º - Reglas generales del procedimiento

El procedimiento administrativo de imposición de sanciones del OSITRAN deberá seguir las siguientes reglas:

(...)

b) La División Técnica del OSITRAN que detecte la infracción (...), elaborará un informe dirigido a la Gerencia General, que indicará (...) (iv) la recomendación de imponer la sanción administrativa correspondiente. ”

En consecuencia, no es necesario un proceso de supervisión continua o especial como requisito previo para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de que en el marco de las supervisiones puede detectarse incumplimientos que generarán la apertura de un proceso sancionatorio.

3. El Reglamento General de Supervisión no se ajusta a la modalidad requerida en el presente caso

La apelada argumenta que la determinación del incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales que se evalúan en un proceso de supervisión,

no reviste demasiada complejidad. En consecuencia, basta la simple constatación "in situ"⁴ de los referidos incumplimientos para que la Gerencia General se encuentre en aptitud de establecer la sanción que corresponda conforme lo dispuesto por el artículo 27º del Reglamento⁵.

Por otro lado, existe otro tipo de obligaciones cuyo cumplimiento no se puede verificar de forma tan directa como aquellas que están sujetas a un proceso de supervisión propiamente dicho, en estos casos, se requerirá de otras modalidades de actuación a efectos de recabar la información, situación que no se ha presentado en el caso materia de discusión.

Sobre este punto, cabe indicar que cuando las materias objeto de fiscalización requieren de actuaciones in situ, OSITRAN procede a hacer visitas de inspección en el marco de su programa de supervisiones, las mismas que se encuentran enmarcadas en lo dispuesto en el Reglamento General de Supervisión. Sin embargo, existe otro tipo de obligaciones cuyo cumplimiento se verifica directamente mediante el requerimiento de información a la Entidad Prestadora, no siendo necesario el desarrollo de una visita de supervisión.

En consecuencia, queda plenamente justificado el no haber iniciado un procedimiento de supervisión especial en atención a la naturaleza de las obligaciones cuyo cumplimiento se encontraba en discusión, las mismas que pueden ser perfectamente verificadas de la revisión de la documentación e información remitida por la Entidad Prestadora.

4. Obligatoriedad del Reglamento General de Supervisión al no existir un régimen específico en el Contrato de Concesión

Este argumento es similar al expuesto en los puntos precedentes. Sobre este punto, este Cuerpo Colegiado considera que puede concluirse que al no ser obligatorio ni adecuado el inicio de un procedimiento de supervisión, no resulta relevante el hecho que se haya o no establecido en el contrato un régimen específico de supervisión, el mismo que será efectuado sobre la base de las

⁴ Esto no descarta la posibilidad de realizar investigaciones y estudios dentro del proceso, cuando la materia presenta complejidad.

⁵ **Artículo 27º - Resultado negativo de la supervisión especial**

Llevada a cabo la supervisión especial y constatado el incumplimiento de una obligación legal y/o contractual, la instancia que promovió dicha acción notificará a la Entidad Prestadora de este hecho, a través de un informe o de una resolución.

Cuando el resultado negativo conste en un informe, la División Técnica pertinente elevará lo actuado a la Gerencia General, la que podrá establecer la sanción correspondiente u otorgar un plazo para subsanar el incumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento, se establecerá la sanción correspondiente.

Cuando el resultado negativo conste en una resolución, los Cuerpos Colegiados o el Tribunal podrán establecer directamente la sanción correspondiente u otorgar un plazo para subsanar el incumplimiento de la obligación. De persistir el incumplimiento, se establecerá la sanción correspondiente.

normas que OSITRAN ha dictado sobre la materia en aquellos casos en que sea necesario efectuar constataciones in situ.

5. El procedimiento sancionador sólo debe iniciarse en los casos en que el concesionario persista en el incumplimiento de sus obligaciones luego del requerimiento de la Gerencia General

La Ley de supervisión de la Inversión Privada en infraestructura de Transporte de uso público y promoción de los servicios de Transporte Aéreo (Ley N° 26917) establece en su numeral 3.1. que la misión de OSITRAN es **velar por “el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado (...)”**.

Conforme lo propone el Concesionario, OSITRAN debería iniciar un procedimiento de supervisión para verificar el cumplimiento de obligaciones aún cuando no corresponda conforme a la naturaleza de las mismas. En este orden de ideas, el apelante alega que en el caso que se detecte un incumplimiento en el marco de una acción de supervisión, la Gerencia General tendría que otorgar un plazo (aunque ésta es una facultad y no una obligación) para que el Concesionario cumpla con sus obligaciones contractuales y sólo en el caso que el Concesionario persista en el incumplimiento debería iniciarse un procedimiento administrativo sancionador, en el que deberá luego notificársele con un informe de la División Técnica concediéndole 10 días hábiles de plazo para que presente sus descargos.

Consideramos que de aceptar la propuesta del Concesionario, no estaríamos respetando la misión que tenemos encomendada por ley y que la interpretación que hace el Concesionario de lo dispuesto en el Reglamento General de Supervisión y en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, es errónea, puesto que supondría restar capacidad fiscalizadora y sancionadora al OSITRAN, al sujetar la imposición de cualquier sanción a la existencia de una acción de supervisión previa. Resulta claro, como se ha explicado en los puntos precedentes, que algunas obligaciones contractuales de la Entidad Prestadora pueden ser materia de supervisión mediante la simple revisión documentaria, sin necesidad de efectuar visitas de supervisión.

6. En el caso de errores involuntarios o interpretaciones distintas a OSITRAN – como ocurre en el presente caso – debería proceder el otorgamiento del plazo para la subsanación

El artículo 27°⁶ del Reglamento de Supervisión no obliga a la Gerencia General sino que por el contrario, se trata de una facultad que tiene la Gerencia General de

⁶ Ver artículo 27° del Reglamento General de Supervisión. Ello, obviamente sin perjuicio del derecho de la Entidad Prestadora de dejar constancia de sus observaciones en el acta de Supervisión conforme lo establecido en el último párrafo del artículo 21° del reglamento citado.

la que hará uso en función al comportamiento observado por el concesionario o a las circunstancias que la misma considere conveniente.

7. OSITRAN no cumplió con las disposiciones del Reglamento General de Supervisión

Conforme lo explicado en los acápite anteriores, el procedimiento aplicado por OSITRAN fue el procedimiento administrativo sancionador y no un procedimiento de supervisión especial, por lo que no correspondía la aplicación de las normas establecidas para éste.

La determinación del incumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión

La apelante considera que no hubo incumplimiento de la cláusula 5.1 en atención a lo siguiente:

1. La Cláusula 5.1 establece dos obligaciones, una de carácter substancial: el pago de la Retribución Principal, y otra netamente formal: la entrega de la documentación sustentatoria; por lo que la apelada incurre en error cuando establece que la cláusula 5.1 establece una sola obligación que requiere para su cumplimiento la realización de varias actuaciones.
2. La única sanción establecida en la Cláusula 5.1 es para el no pago oportuno de la Retribución Principal, el que sólo puede darse cuando no existen inversiones en la línea férrea en exceso del monto que en definitiva corresponda por concepto de retribución principal.
3. En el caso que se haga un uso incorrecto del mecanismo de liberación de pago, se generarán intereses a partir de la fecha del vencimiento del pago de la retribución principal.
4. Únicamente si luego de la revisión de la liquidación se detectara que existe un monto pendiente de pago y el Concesionario no cumple con pagarlo, se incumple con la Cláusula 5.1 y, por ende, se incurre en una infracción, antes no; por lo tanto, la determinación supuestamente errónea de un importe a pagar no supone *per se* que la empresa ha incumplido con la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión, incurriendo con ello en una infracción sancionable.

A continuación se analizan los argumentos con que el Concesionario sustenta la incorrecta determinación del incumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato.

1. La cláusula 5.1 establece dos obligaciones y no dos actuaciones

El maestro español Luis Diez Picazo nos da algunos conceptos para enfocar el problema:

“Ante todo, será bueno no olvidar que la función de la relación obligatoria consiste en proporcionar al acreedor un bien económicamente valioso para que satisfaga de esta manera un concreto interés. Partiendo de esta idea parece que tenemos que llegar a la conclusión de que el deudor debe procurar, por lo menos en ocasiones, que el acreedor logre la satisfacción de su interés, es decir, prestar en cuanto sea necesario su cooperación para que se produzca un resultado útil de la prestación. Esto no quiere, de ninguna manera, decir que el deudor sólo cumple si la prestación alcanza la utilidad –querida o esperada- del acreedor, pero sí que, cuando su cooperación es necesaria para el pleno resultado útil de la prestación el deudor debe esta cooperación. Esta idea conduce a una ampliación o ensanchamiento de la situación de deuda o, si se prefiere, a una integración del deber estricto de prestación mediante una serie de deberes accesorios, esto es, lo que los alemanes han llamado Nebenpflichten, Nebenleistungspflichten (15).

Un análisis y una sistematización de los deberes accesorios del deudor es tarea sobremanera difícil, pero conviene al menos dejarla esbozada.

- a) *Atendiendo a su origen o fundamento, los deberes accesorios pueden ser legales, convencionales, usuales o impuestos por la buena fe.*

(...)

2.º Existen, en segundo lugar, deberes accesorios de origen convencional, cuando las partes los han estipulado de una manera expresa. El vendedor de un vehículo destinado al servicio público debe entregar al comprador el vehículo prometido, pero debe proporcionarle también la documentación administrativa necesaria para su circulación.

(...)

- b) *Desde el punto de vista de su alcance objetivo, los deberes de cooperación del deudor al resultado de la prestación son diferentes según que tengan entidad suficiente para constituir ellos mismos una nueva prestación, a la cual cabe llamar, en sentido estricto, <<prestación accesoria>>, o que se integren dentro de la prestación principal, de la cual constituyan una ampliación o un ensanchamiento”.⁷*

Siguiendo la clasificación propuesta por Diez-Picazo, cuando hablamos de la presentación de la declaración de la Retribución Principal adjuntando la documentación financiera y/o contable necesaria para identificar los ingresos

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. Estudios de Derecho Privado. Madrid: Civitas, 1980. Pp. 137-138.

brutos; o de la determinación adecuada del monto a pagar por concepto de retribución principal de conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión, precisando todos los ingresos sujetos al cálculo de dicha retribución, sin efectuar deducciones prohibidas por el propio contrato; se trataría de deberes convencionales que no tienen entidad suficiente para constituir una prestación ellos mismos y por lo tanto se integran dentro de la prestación principal constituyendo una ampliación o un ensanchamiento de la misma.

La conclusión no puede ser otra, en atención a la íntima vinculación entre los deberes (o actuaciones) de determinación correcta de la retribución principal, la entrega de la documentación sustentatoria que permite la verificación y el pago de la referida retribución.

2. La única sanción establecida en el 5.1 es para el no pago, y sólo cabe el no pago cuando no hay inversiones en exceso del monto que en definitiva corresponda por retribución principal

Conforme a lo señalado en el acápite anterior, la prestación principal en el caso del numeral 5.1 se ha ensanchado por la particular estructura de los deberes contenidos en la misma, en consecuencia, no puede hablarse únicamente del no pago como supuesto que da origen a la imposición de sanciones.

Para que se entienda cumplida la obligación contenida en la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión, deben de haberse cumplido los siguientes deberes (o actuaciones):

- Presentación de la Declaración de la Retribución Principal adjuntando el balance y estados financieros no auditados en que se identifique en detalle sus Ingresos Brutos y la base sobre la que se ha calculado la Retribución Principal;
- Determinación y liquidación adecuada del monto a pagar por concepto de la Retribución Principal, de conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión, precisando todos los Ingresos Brutos sujetos al cálculo de dicha retribución, sin efectuar deducciones prohibidas por el propio Contrato; y,
- Pago de la Retribución Principal u oposición del mecanismo de Liberación de Pago previsto en la cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión, que le permite dejar de pagar la Retribución Principal en la medida que acredite haber efectuado inversiones.

El concesionario sostuvo que el no pago oportuno de la retribución principal sólo puede darse cuando no existen inversiones en la línea férrea en exceso del monto que en definitiva corresponda por concepto de retribución principal, lo que resulta correcto a criterio de este Cuerpo Colegiado.

En efecto, en primer lugar debe señalarse que el mecanismo de Liberación de Pago de la Retribución Principal al acreditar inversiones, **es absolutamente voluntario, de modo que sólo será acogido exactamente en los mismos términos en que lo opongá el concesionario.**

En el presente caso, con fecha 20 de enero del 2000, FETRANS presentó la carta de fecha 19 de enero del 2000, por la que señaló:

“cumplimos con comunicar que hemos decidido ejercer la facultad conferida en la cláusula 10.1.1 del referido Contrato, por lo que nuestra empresa dejará de pagar la totalidad de la retribución principal determinada durante el período comprendido entre la fecha de cierre y el 31 de diciembre de 1999; ascendente a la suma de S/.3,830,225 exigible al 20 de enero del año 2000.

El ejercicio de este derecho se sustenta en las inversiones realizadas por nuestra empresa en la rehabilitación y mantenimiento de la Línea Férrea, las mismas que hasta el 31 de diciembre de 1999 ascendieron a la suma de S/.5,870,685.

(...)

Finalmente, recordamos que el remanente de la inversión realizada que en esta oportunidad no sea destinada a cubrir el pago de la retribución principal, será aplicado a futuras retribuciones especial y/o principal que correspondan.”

Si FETRANS sólo determinó como retribución principal a pagar la cantidad de S/.3,830,225, omitiendo la determinación e inclusión en la declaración de la retribución principal sobre otros conceptos (acceso a la vía, ingresos financieros, venta de activos a MEVIASUR); evidentemente que el mecanismo de liberación de pago sólo pudo operar contra una parte de la retribución principal, pero no sobre la integridad.

FETRANS entonces, sólo se vio liberada del pago de la retribución principal hasta por la suma de S/. 3,830,225 (lo que conforme lo desarrollado más adelante, queda sujeto a la comprobación que finalmente haga OSITRAN); quedando pendientes de pago las sumas de retribución principal no determinadas al 20 de enero del 2000, hasta que FETRANS finalmente incluyó los montos omitidos como parte de los ingresos brutos, determinó correctamente la retribución principal y canceló la misma.

Esta tesis se ve reforzada en la medida en que FETRANS señaló que los montos no aplicados para el pago de la retribución principal ascendente a S/. 3,830,225; deberán utilizarse para la liberación del pago en primer lugar de la Retribución Especial y en segundo lugar de la Retribución Principal (se entiende que la del siguiente ejercicio) que correspondan. Asimismo, según información de la DTIV, FETRANS se ha negado sistemáticamente a sus requerimientos para efectuar las

reliquidaciones de la Retribución Principal e incluir en la base de cálculo de la misma los montos por concepto de venta de activos a MEVIASUR e ingresos financieros por diferencia de cambio.

En consecuencia, es falso que la única sanción establecida en el numeral 5.1 del contrato sea para la falta de pago de la retribución principal.

Sin embargo, sí resulta correcto sostener que cuando se ha opuesto el mecanismo de liberación de pago de la retribución principal y concurren las siguientes circunstancias:

- Determinación correcta de la retribución principal, inicialmente (al 20 de enero de cada año o al siguiente día hábil) o con posterioridad a dicha fecha;
- Comprobación de la existencia de las inversiones conforme a los criterios establecidos en el Contrato de Concesión;
- Que el monto de las inversiones debidamente acreditadas sea igual o exceda al monto determinado por retribución principal; y,
- El monto de las inversiones debidamente acreditadas no haya sido aplicada al pago de la retribución especial,

se considerará cumplida la actuación o deber jurídico de pago y no se generarán intereses.

3. En el caso de que se haga un uso incorrecto del mecanismo de liberación de pago, se generarán intereses a partir de la fecha de vencimiento del pago de la Retribución Principal

En efecto, este Cuerpo Colegiado considera que si no se cumplen las condiciones anteriormente señaladas, se considerará que no hubo un pago válido y en consecuencia los intereses se generarán a partir de la fecha de vencimiento de pago de la retribución principal (20 de enero de cada ejercicio o siguiente día hábil).

4. La determinación supuestamente errónea no supone *per se* el incumplimiento de la cláusula 5.1 sino que debe esperarse a que se verifique si el mecanismo de liberación de pago fue correctamente opuesto

El presente procedimiento tiene por objeto determinar el incumplimiento de la cláusula 5.1 del contrato. El cumplimiento de la misma debe realizarse el día 20 de enero de cada año (en el presente caso el 20 de enero del año 2000) o a más tardar en el siguiente día hábil.

En esa fecha debe determinarse si el concesionario cumplió con los deberes o actuaciones a que nos hemos referido en los numerales anteriores.

La Resolución de Gerencia General recogió la tipificación efectuada por la DTIV, excepto en lo relativo a las observaciones con relación a los siguientes puntos acotados por el concesionario, las mismas que fueron declaradas improcedentes:

- S/.727,335.00 correspondientes a ingresos excepcionales por ajuste de gastos pre-operativos por no estar acreditados debidamente.
- S/.430.46 correspondientes a ingresos diversos por redondeo.

En relación a la afirmación del concesionario en el sentido que para determinar si se incumplió o no con lo establecido en el numeral 5.1 del contrato debe esperarse hasta el momento en que se proceda a la comprobación de la existencia de las inversiones y los montos de las mismas, este Cuerpo Colegiado considera que dicha afirmación es sólo parcialmente correcta.

En efecto, conforme lo señalado anteriormente, la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión comprende varias actuaciones o deberes jurídicos, cuyo cumplimiento es verificable al 20 de enero de cada año o al día hábil siguiente de ser el caso.

Sin embargo, si bien es cierto que esta regla consiste en que el cumplimiento de los deberes o actuaciones debe verificarse al 20 de enero de cada año, al oponerse el mecanismo de liberación de pago, una de las actuaciones o deberes no es susceptible de verificarse al 20 de enero sino que la oportunidad de verificación de su cumplimiento se diferirá a la fecha en que OSITRAN efectivamente esté en condiciones de verificar la existencia y el monto de las inversiones.

Este Cuerpo Colegiado igualmente considera que el hecho que se oponga el mecanismo de liberación de pago no enerva en lo absoluto las facultades de OSITRAN a efectos de verificar al 21 de enero de cada año, las actuaciones o deberes jurídicos restantes que se encuentran contenidos en la Cláusula 5.1 del Contrato de Concesión.

Por otro lado, en relación a lo señalado por el concesionario en el sentido que sólo habrá incumplimiento del pago en el momento en que se determine que hay un saldo en contra del Concesionario, se le requiera su pago y éste no pague, este Cuerpo Colegiado considera que dicha afirmación es incorrecta.

En efecto, si el Concesionario, como ocurrió en el presente caso, no incluyó ingresos en su declaración y en consecuencia determinó incorrectamente su retribución principal, y además las inversiones efectivamente acreditadas no cubren el monto total de la retribución principal, sí habrá incumplimiento del pago.

En consecuencia, el incumplimiento se produce independientemente de que haya habido o no requerimiento de pago y no se pague.

Sin embargo, este Cuerpo Colegiado considera igualmente importante señalar que no todo incumplimiento debe necesariamente ser sancionado, sino que atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso y siempre que sea permitido por el régimen legal o contractual, OSITRAN podrá brindar las facilidades del caso a los Concesionarios o Entidades Prestadoras a efectos de que subsanen las infracciones en que incurrieron. Igualmente, conviene precisar que ésta es una facultad discrecional de la Administración y no una obligación, y que la misma deberá ser utilizada con la prudencia debida.

En consecuencia, lo determinado en la resolución apelada en el sentido que el Concesionario omitió incluir ingresos brutos para efectos de determinar la retribución principal por lo que incurrió en infracción sancionable, resulta correcto.

Conviene igualmente precisar que para efectos de hacer un uso correcto del mecanismo de liberación de pago de la retribución principal, el Concesionario debió haber determinado el monto total de la retribución principal porque sólo de esa manera se podría determinar el monto factible de ser deducido y el crédito que mantiene el concesionario para liberaciones futuras, de ser el caso.

En cuanto a este punto, este Cuerpo Colegiado considera conveniente recordar que el Código Civil regula las características del pago válido (lo cual es aplicable al mecanismo de liberación de pago de la Retribución Principal) en los términos siguientes:

Artículo 1220º - Noción de pago

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

El principio por el que si *el pago no se ha efectuado en su integridad no es pago* es fundamental en materia de obligaciones, por lo que ha sido recogido en la mayoría de legislaciones civiles⁸;

⁸ Felipe Osterling Parodi comenta dicho principio en relación al derecho peruano señalando que: “El artículo 1220 – de texto similar al artículo 1234 del Código de 1936, con origen en los artículos 362 del Código Alemán, 69 del Código Suizo y 605 del proyecto Sánchez de Bustamante -, señala que el pago se entiende realizado únicamente cuando se cumple el íntegro de la prestación. El deudor para satisfacer la obligación, debe cumplirla totalmente. Antes de ello, no se entiende efectuado el Pago.” OSTERLING PARODI, Felipe. Las Obligaciones. Biblioteca Para Leer el Código Civil, Vol. VI. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1988. Pp. 124. Ernesto Wayar comenta en relación al derecho argentino que: “En virtud del principio de integridad, el pago debe ser completo, es decir, el objetivo del pago tiene que ser cuantitativamente igual al objeto del crédito. En cuanto que con el principio de identidad se resuelve el problema de calidad o esencia, con el de integridad se resuelve otro de cantidad o magnitud; así como el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa distinta (identidad), tampoco se le puede exigir que acepte una cantidad menor o fraccionada (integridad).” WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil. Obligaciones. I. Concepto, Naturaleza, Elementos, Efectos, Teoría del Incumplimiento. Buenos Aires: Depalma, 1990. Pp. 376. Finalmente, Antonio Hernández Gil, en relación al derecho español señala que: “El acreedor tiene derecho a exigir que la prestación se realice por entero, total, íntegramente. En rigor, si no se realiza íntegramente la prestación, faltará la identidad. Pero conviene servirse de los dos conceptos porque el de la integridad hace específicamente referencia a una relación de cantidad. La integridad de la prestación queda expresada en la palabra <<completamente>> que utiliza el artículo 1.157 en la definición del cumplimiento”. HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Aceres, 1983. P. 332.

En consecuencia, la tipificación efectuada por la DTIV⁹ - excepto en cuanto a los montos declarados improcedentes por la apelada– y a la ganancia por diferencia en cambio, resultó correcta.

La decisión de incluir los ingresos por la venta de activos a MEVIASUR entre los ingresos brutos

FETRANS considera incorrecta dicha decisión en atención a lo siguiente:

1. Los bienes adquiridos a ENAFER no formaron parte de los Bienes de la Concesión, por lo que su venta importa un ingreso no obtenido de la explotación de la concesión.
2. En atención a la calidad de bienes del Concesionario, los mismos podían ser utilizados como inversiones y en el mecanismo de liberación de pagos contenido en la cláusula 10.1 del contrato, lo que demuestra que los mismos no formaban parte de la concesión ni estaban directamente vinculados a la operación ferroviaria.
3. OSITRAN pretende penalizar injusta y doblemente al Concesionario, en atención a que al disponer de esos bienes dejó de utilizarlos como inversiones y no se benefició del mecanismo de liberación de pagos; y al incorporar su sustitución por otro activo en el cálculo de la retribución.
4. Las afirmaciones sobre la “vinculación de los referidos bienes a la concesión” y a “la necesidad de los mismos para la explotación de la concesión”, que habrían hecho que sólo el Concesionario estuviera en condiciones de adquirirlos y se le permita ejercer, respecto de éstos el derecho previsto por la Cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión, se sustentan en el desconocimiento de OSITRAN respecto a la naturaleza de los bienes, los que en su mayoría estuvieron constituidos por muebles de escritorio y enseres (escritorios, sillas, sillones, mesas, carpetas, tableros, pizarras, bancos, credensas, archivadores, armarios, casilleros, vitrinas, andamios, mostradores,

⁹ La División Técnica de Infraestructura Vial emite el Informe N° 16-2000-DTIV/OSITRAN, en el que señala que en la Declaración de la Retribución Principal presentada por FETRANS el 20 de enero del 2000, existen ingresos que no fueron considerados en la base de cálculo y que se indican a continuación:

- Tráfico km-vagón, que no fue facturado y que convertido a ingresos daba S/.14'279,400⁹;
- Ingresos financieros por intereses sobre depósitos, ascendentes a S/.1,418.71;
- Ingresos financieros por ganancias por diferencia en cambio, ascendentes a S/.98,145.11;
- Ingresos excepcionales por venta de activos a MEVIASUR S.A., ascendentes a 728,660.46;
- Ingresos excepcionales por ajuste de gastos pre-operativos, ascendentes a S/.727, 335.00;
- Ingresos diversos ascendentes a la suma de S/.430.36;

La DTIV consideró que al haber excluido las referidas sumas, del cálculo de la retribución principal, FETRANS incumplió la cláusula 5.1° del Contrato de Concesión.

extintores, faxes, impresoras, computadoras, estantes, teléfonos, máquinas de escribir, etc).

5. La mayoría de los bienes adquiridos en ningún caso podrían ser utilizados para ejercer la Cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión, en la medida que no tienen vinculación alguna con las actividades relacionadas con la infraestructura vial ferroviaria. Dicha falta de vinculación fue lo que llevó al Concesionario a vender bienes que no tenían mayor utilidad para la realización de sus actividades y que fueron comprados única y exclusivamente porque fue obligado a ello.

A continuación se analizan los argumentos con que el Concesionario sustenta la incorrecta inclusión de los ingresos por la venta de activos a MEVIASUR.

1. El ingreso por la venta de los bienes adquiridos de Enafer no importa un ingreso obtenido de la explotación de la concesión

En primer lugar, se debe reproducir las principales cláusulas contractuales que se refieren a los Ingresos Brutos:

CLAUSULA PRIMERA: DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN

- **Ingresos Brutos:** *significará el total de los ingresos que obtenga el Concesionario, incluyendo los que provengan de los Servicios Complementarios. (el subrayado es nuestro)*

CLÁUSULA QUINTA: CONDICIONES DE PAGO DE LA CONCESIÓN

5.1 Retribución principal. *El Concesionario está obligado al pago de la Retribución Principal la misma que equivale al porcentaje de **Ingresos Brutos** propuesto en su Oferta Económica (...) 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/o Material Rodante incluido en el Anexo No. 3 ni el Impuesto General a las Ventas.***

Ya que dicha redacción resultaba muy comprensiva a criterio de algunos postores, los mismos formularon una consulta que fue plasmada en la Circular N° 21 en los términos siguientes:

CIRCULAR No. 21¹⁰

Fecha	:	17.03.99
A	:	Todos los Adquirentes
Referencia	:	Numerales 5.1, 5.2 y 10.1 del Contrato de Concesión
Asunto	:	Canon y Canon Especial

“3. **PREGUNTA:** (...) La definición de Ingresos Brutos, es muy amplia por lo que empleada en este artículo podría dar lugar a confusiones o situaciones donde la aplicación de la regla pueda crear efectos imprevisibles. Nuestra recomendación sería suprimir el término definido y remplazarlo por la palabra no definida “ingresos”.

RESPUESTA: La definición genérica de “Ingresos Brutos” se refiere a cualquier ingreso del Concesionario con ocasión de sus actividades vinculadas al Contrato de Concesión, comprendiendo entre ellos pero no limitándose a los ingresos financieros; ingresos por cobro de tarifas, almacenaje, tarifa por uso de vía y otros; ingresos por servicios complementarios; ingresos por alquiler del material tractivo y rodante de la concesión, etc., sin considerar el IGV.”

De la revisión de la Circular N° 21 queda claro que “ingresos brutos” e “ingresos” son conceptos distintos, por lo que no consideramos apropiado la aplicación de la cláusula 9.1¹¹ para el caso materia de análisis.

Queda claro que a pesar de las precisiones efectuadas en relación al concepto “ingresos brutos”, ésta continúa siendo bastante comprensiva por decisión expresa

¹⁰ El valor de las Circulares, es establecido por el artículo 15° del Decreto Supremo N° 060-96-PCM:

Artículo 15°.- Las consultas o las aclaraciones que sobre las bases formulen los postores deberán ser absueltas y puesta a su disposición a más tardar quince (15) días calendario antes de la fecha del acto de recepción de las propuestas

Las respuestas a las consultas formuladas o las aclaraciones y/o eventuales, modificaciones que se efectúen, también forman parte de las bases.

Asimismo, la cláusula 1.2 del contrato establece que:

“Cualquier término no definido en este Contrato tendrá el significado que le atribuyan las Bases (...)

También forman parte integrante de este Contrato las Bases y Circulares (...)”

Queda entonces claro que las circulares forman parte del contrato.

Otro tema importante que debe señalarse es que la oportunidad adecuada para aclarar todas las dudas es la etapa previa a la recepción de las propuestas, por lo que si el actual concesionario tuvo dudas, debió aclararlas en dicho momento como efectivamente se hizo.

¹¹ **CLÁUSULA NOVENA: DERECHOS DEL CONCESIONARIO**

9.1. Ingresos. El Concesionario tiene derecho a percibir en propiedad, los ingresos que reciba por concepto de tarifas, subcontrataciones, prestación de Servicios Complementarios y cualquier otro relacionado con la explotación directa o indirecta de la Concesión.

del Comité Especial encargado de conducir el proceso de otorgamiento en concesión, por lo que no corresponde darle un contenido restrictivo.

2. La calidad de bienes del concesionario y el hecho que podrían ser utilizados como inversiones y en el mecanismo de liberación de pagos, demuestra que los mismos no formaban parte de la concesión ni estaban directamente vinculados a la operación ferroviaria

El hecho que todos o algunos de los bienes adquiridos a Enafer no hayan sido afectados a la explotación de la concesión, independientemente de si los mismos estaban o no vinculados a la operación ferroviaria, no lleva a la conclusión de que el producto de la venta de los mismos no se encuentre afecto a la base de cálculo de la retribución principal en atención a la amplitud del concepto, puesto que la definición de ingresos brutos es comprensiva y obliga a incluir **todo** ingreso de la sociedad concesionaria.

3. OSITRAN pretende penalizar injusta y doblemente al concesionario

El hecho que el Concesionario no haya aplicado a la rehabilitación o mantenimiento de la línea férrea los bienes adquiridos a Enafer y por el contrario haya dispuesto de los mismos y no se haya hecho acreedor al beneficio de Liberación de Pago de la Retribución Principal, es un tema que le compete exclusivamente a éste. En todo caso, si con el producto de la venta de los mismos hubiese realizado inversiones que cumplan con los requisitos establecidos en la cláusula 10 del contrato, podría hacerse acreedor al beneficio de la liberación del pago de la retribución principal; por lo que resulta incorrecta su apreciación en el sentido que OSITRAN pretende penalizarlo doble e injustamente.

4. Desconocimiento de OSITRAN respecto a la naturaleza de los bienes adquiridos a Enafer que en su mayor parte son escritorios, sillas, etc.

El contrato de Compraventa de Inventarios, suscrito entre la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. y el Ferrocarril del Sur y Ferrocarril del Sur – Oriente, suscrito el 20 de septiembre de 1999 señaló:

“CLÁUSULA TERCERA: PRECIO

- 1.1. *Monto. El precio que el Concesionario se obliga a pagar a favor de Enafer S.A. por la transferencia de la propiedad de los Inventarios detallados en el Anexo No. 2, es el Valor de Venta de U.S.\$3'480,000.00 (Tres Millones Cuatrocientos Ochenta mil y 00/100 dólares norteamericanos) incluido intereses, más el Impuesto General a las Ventas correspondiente, de acuerdo al siguiente detalle:*

iii) Por los bienes (muebles, enseres y herramientas menores) según se detalla en las secciones 1.3 y 2.3. del Anexo 2, la cantidad de

U.S.\$139,116.69 (Ciento treinta y nueve mil ciento dieciséis y 69/100 dólares norteamericanos) más el impuesto general a las ventas.”

Los muebles, escritorios, computadoras, teléfonos, etc, a que se refiere el Concesionario, están contenidos en las secciones 1.3 y 2.3 del Anexo 2, y representan en relación al precio total, el 3% por lo que su importancia no resulta significativa en relación al conjunto del total de bienes. Por otro lado, debe señalarse que dentro de la relación contenida en las secciones 1.3 y 2.3, también se encuentran herramientas menores, por lo que los argumentos del concesionario resultan aún menos sólidos.

5. La mayoría de los bienes adquiridos en ningún caso podrían ser utilizados para el beneficio de la Cláusula 10.1., circunstancia que obligó al Concesionario a vender los bienes porque los mismos no le reportaban utilidad para la realización de sus actividades

En primer lugar, cabe recordar que las afirmaciones del concesionario en relación a la cantidad de algunos tipos de bienes como los muebles, enseres, etc., no debe evaluarse en función al volumen de los mismos sino al valor económico que representan. En relación a la venta de los bienes que según el concesionario no le reportaban utilidad, los mismos fueron vendidos precisamente a MEVIASUR S.A., empresa que le proporciona el servicio de mantenimiento de la vía y del material tractivo y rodante.

La decisión de incluir los ingresos derivados de la diferencia de cambio entre los ingresos brutos

FETRANS considera incorrecta dicha decisión en atención a que, según exponen, los ingresos percibidos por la explotación de la concesión son los únicos afectos al pago de la Retribución Principal, en tanto que aquellos ingresos financieros generados por los Ingresos ya afectos a la Retribución Principal son ajenos a la explotación de la Concesión y, por tanto, no afectos a la Retribución Principal. Según la sociedad concesionaria, la diferencia de cambio no constituye ingreso según el contrato de concesión, pues no corresponde a la percepción efectiva de suma alguna y no guarda relación con la explotación de la concesión. Asimismo, afirman que la diferencia de cambio no se ajusta por inflación, a diferencia de los ingresos brutos que sirven de cálculo para la Retribución Principal.

Sobre el primer argumento en el sentido que los ingresos percibidos por la explotación de la concesión son los únicos afectos al pago de la Retribución Principal, cabe señalar que ya se ha determinado en el punto precedente que el concepto “ingresos brutos” es amplio y no sólo se limita a los ingresos por la explotación de la concesión conforme a lo dispuesto por las circulares y las bases.

En cuanto al argumento en el sentido que los ingresos que se generan de ingresos que ya fueron gravados no deben considerarse como parte de la base de cálculo de la retribución principal ya que de este modo se estaría penalizando doblemente al concesionario, se debe señalar que ello no es correcto. En efecto, imaginemos que el Concesionario financia a algún cliente por el servicio de acceso a la vía, y por ello le cobra intereses; en este caso, tanto el precio del servicio como los intereses se encuentran gravados por la retribución principal sin importar que exista entre ellos relación de principal - accesorio.

En cuanto al argumento en el sentido que la diferencia en cambio no se ajusta a diferencia de los ingresos brutos que sirven de cálculo para la retribución principal, cabe formular algunos comentarios y precisiones.

En primer lugar, cabe señalar lo dispuesto por la Ley General de Sociedades:

Artículo 223º - Preparación y presentación de estados financieros.

“Los estados financieros se preparan y presentan de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia y con principios de contabilidad generalmente aceptados en el país”.

La Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N° 013-98-EF/93.01 de 17 de julio de 1998 estableció en su parte considerativa que:

“en esta época en que las actividades de inversión se han globalizado al máximo, los estados financieros deben ser preparados aplicando estándares internacionales que permitan su lectura, interpretación y aplicación en cualquier país,(...)”

La referida resolución, precisando el artículo 223º de la Ley General de Sociedades, señaló que:

“Artículo 1º.- Precisar que los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados a que se refiere el texto del Artículo 223º de la Nueva Ley General de Sociedades comprende, substancialmente, las Normas Internacionales de Contabilidad (NICs), oficializadas mediante Resoluciones del Consejo Normativo de Contabilidad, y las normas establecidas por Organismos de Supervisión y Control para las entidades de su área siempre que se encuentren dentro del Marco Teórico en que se apoyan las Normas Internacionales de Contabilidad”.

En consecuencia, para efectos del presente caso, corresponde señalar que los Principios de Contabilidad Generalmente aceptados comprenden las normas del Consejo Normativo de Contabilidad y las NICs oficializadas por el Consejo Normativo de Contabilidad.

La NIC N° 29 referida a la “Presentación de la Información Financiera en Ambientes de Economía Hiperinflacionaria”, conforme lo señalado por Valdivia

Loayza y Vargas Calderón, en el Perú “se aplica adaptándola a una metodología que se conoce como Resolución N° 2 y 3 a partir de 1990”¹².

A su vez, la Resolución N° 2 del Consejo Normativo de Contabilidad por la que se aprueba la Metodología de ajuste integral de los estados financieros por efectos de inflación, establece que “la diferencia de cambio imputable a resultados del ejercicio, proveniente de cobro de derechos o cancelaciones de obligaciones, así como las provenientes de compra-venta de divisas, no se actualizan” y que “las diferencias de cambio imputadas a resultados del ejercicio que no se actualizan, serán excluidas y contabilizadas teniendo como contrapartida la cuenta: Resultados por exposición a la inflación del ejercicio”.

La Norma Internacional de Contabilidad NIC 29 (reestructurada en 1994) referida a “Presentación de Información Financiera en Ambientes de Economía Inflacionaria” señala lo siguiente:

“13. Los activos y pasivos que por convenio estén ligados a cambios de precios, tales como bonos y préstamos indexados, son ajustados de acuerdo con el convenio a fin de determinar la cantidad pendiente a la fecha del balance general. Dichas partidas son mostradas a las cantidades así ajustadas en el balance general reexpresado.

(...)

23. La Norma Internacional de Contabilidad NIC 21 – Efectos de las Variaciones en los Tipos de Cambio, permite que una empresa, cuando ocurra una severa devaluación poco después de que haya adquirido un activo mediante endeudamiento en moneda extranjera, incluya la diferencia de cambio en el valor de los libros del activo. Dicha práctica no es adecuada en una empresa que informa en moneda de una economía hiperinflacionaria, cuando el monto al que se tiene registrado el activo es reexpresado desde la fecha de su adquisición .”

Conforme al procedimiento indicado, y a los principios que informa la redacción de la NIC N° 29, la diferencia en cambio no se registra en el “Estado de Ganancias y Pérdidas Ajustado” como un ingreso, lo que se encuentra de acuerdo con su naturaleza. Esto resulta conceptualmente correcto también para la determinación de la base de cálculo de la Retribución Principal puesto que de incluirse la ganancia por diferencia de cambio como ingreso, además de la actualización mes a mes de los ingresos brutos (a que se refiere la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión), el Concesionario se vería gravado en mayor medida de la que corresponde.

En cuanto a este punto, cabe citar a Savatier quien señaló que:

¹² VALDIVIA LOAYZA, Carlos y VARGAS CALDERÓN, Víctor. Normas Internacionales de Contabilidad. Interpretación y Casuística. Lima: Pacífico Editores, 2000. P. 471.

“En el estudio de las cuentas, ni el jurista puede perder de vista su fin económico ni el economista olvidar su aspecto jurídico, y aunque el punto de vista de las dos disciplinas no sea el mismo, ninguna de las dos puede prescindir de la otra en el examen de la contabilidad”¹³.

En consecuencia, resulta correcto lo señalado por el apelante en el sentido que la diferencia de cambio no debe considerarse dentro de la base de cálculo de la retribución principal.

La categorización de la infracción

FETRANS considera incorrecta dicha categorización en atención a lo siguiente:

1. La Resolución de la Gerencia General señala que en el presente caso se ha producido el incumplimiento de una condición básica del Contrato de Concesión, sustentando dicha calificación en el supuesto incumplimiento en el pago de la Retribución Principal, cuando en el presente caso no ha existido falta de pago al haberse ejercido el beneficio previsto en la cláusula 10.1.1 del Contrato de Concesión.
2. La Gerencia General considera la presente infracción como muy grave (pese a que el Concesionario considera no haber incumplido con la obligación de pago de las retribuciones al Estado) cuando el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas categoriza dicha infracción como grave.
3. La Gerencia General considera como infracción muy grave el supuesto de una infracción formal, como podría ser la determinación errónea de la Retribución Principal en tanto que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas únicamente considera sancionables y bajo la clasificación de infracciones leves, aquellos incumplimientos de carácter formal o accesorio que ocasionan retrasos en el servicio, afectan la calidad del mismo, perjudican los intereses de los usuarios, etc.
4. La categorización efectuada no guarda ninguna proporción con los efectos de la supuesta infracción, pese a que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas obliga a la entidad a evaluar las infracciones de manera racional y tomando en consideración la real magnitud y efectos de cada infracción.

A continuación se analizan los argumentos con que el Concesionario sustenta la incorrecta categorización de la infracción:

¹³ Citado por: ELÍAS LAROSA, Enrique, Derecho Societario Peruano. Trujillo: Normas Legales, 2000. P. 479.

1. No existió incumplimiento de la cláusula 5.1 del contrato en atención a las inversiones en la vía, y en consecuencia no se incumplió una condición básica del contrato.

Conforme a los argumentos expresados a lo largo de la presente resolución, este Cuerpo Colegiado considera que este argumento ha sido debidamente desvirtuado.

En efecto, el pago de la retribución principal es una de las actuaciones o deberes jurídicos contenidos en la Cláusula 5.1 y conforme lo desarrollado anteriormente, no se requiere que OSITRAN espere a la verificación de la existencia y el monto de las inversiones para determinar el incumplimiento de las demás actuaciones contenidas en la referida cláusula.

2. Categorización de la infracción como muy grave

El régimen sancionatorio establecido en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas es supletorio al establecido en el contrato, en consecuencia la categorización de las infracciones debe hacerse en función al Contrato de Concesión, y en particular conforme lo dispone su Anexo N° 9.

En este sentido, cabe recordar el texto del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, el mismo que a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 3º. - Supletoriedad del presente reglamento

Las Entidades Prestadoras se rigen, en cuanto al régimen de infracciones y sanciones, por lo estipulado en sus respectivos contratos de concesión, en las normas de explotación de infraestructura de transporte y en las disposiciones sectoriales que se hayan dictado al respecto.

(...)

En tal sentido, las sanciones e infracciones establecidas en el presente Reglamento son de aplicación supletoria a las que hubiesen sido expresamente previstas en los contratos de concesión o en otras normas relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.”

La racionalidad de esta norma es evidente, puesto que si el contrato estableció un régimen sancionatorio propio, el mismo – con sus virtudes y defectos – será más apropiado y adecuado a las circunstancias particulares de los contratantes, que un régimen sancionatorio establecido para la generalidad de los casos.

La Gerencia General consideró que se verificó el incumplimiento de una condición básica del contrato, y que evaluada a la luz de lo dispuesto por el Anexo N° 9 del contrato de concesión, debía considerarse como “muy grave”.

Sin embargo, la Gerencia tuvo por conveniente aplicar de manera supletoria lo dispuesto en el artículo 49° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, aplicando una atenuación de la sanción en consideración a que había existido una subsanación a las omisiones detectadas.

El carácter supletorio del referido reglamento no impide que el mismo informe el ejercicio de la función fiscalizadora de OSITRAN con relación a los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia.

Este Cuerpo Colegiado, considera que si bien el régimen sancionatorio previsto por el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión prima sobre lo dispuesto por el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, las infracciones previstas en dicho Anexo deben ser interpretadas a base de las categorías establecidas por el reglamento aludido, más aún si tenemos en consideración que el propio Anexo N° 9 establece que la definición de las infracciones tiene carácter referencial. En este sentido, el referido Reglamento establece en su artículo 40 que el incumplimiento del pago de las retribuciones por el derecho de concesión debe ser considerado como una infracción grave, categorización que debe ser empleada para el caso planteado.

Sobre este particular, es importante resaltar lo resuelto anteriormente por este Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 010-2000-CD/OSITRAN, en la que se señala a la letra lo siguiente: “...respecto al argumento de que estaríamos ante hechos fácilmente subsanables, debe considerarse que la subsanación es el mejor instrumento de supervisión con que cuenta el organismo regulador, puesto que corrige los problemas sin generar mayores costos. Sin embargo, debe precisarse que la misma sólo puede presentarse cuando se trata de hechos **en los que cabe una distinta interpretación de las obligaciones contractuales ...**”.

En el presente caso, la liquidación efectuada por el concesionario no incluyó algunos conceptos que la División Técnica de Infraestructura Vial consideraba que debían ser declarados como ingresos brutos. Sin embargo, la Resolución de Gerencia General admitió que los ingresos por gastos pre-operativos y por ajustes de redondeo no debían ser incluidos. Por su parte, la presente resolución ha considerado que los ingresos provenientes de las diferencias por tipo de cambio tampoco deberían ser sujetos de declaración como ingresos brutos. En este sentido, es claro que el argumento empleado por la apelante es correcto en el extremo de que nos encontramos ante un caso en que existe una diferencia de opinión respecto a los alcances de la cláusula 5.1 y de los conceptos que deben ser calculados para efectos de la determinación de los ingresos brutos. Sin embargo, la no consignación de los ingresos provenientes de bienes vendidos a

MEVIASUR amerita la aplicación de lo establecido en el artículo 40 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.

Asimismo, este Cuerpo Colegiado considera que con el mismo criterio supletorio empleado por la resolución apelada, es de aplicación lo establecido en el artículo 49 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN respecto a la reducción de sanciones, por haberse notificado la subsanación de los actos u omisiones detectados, correspondiendo al presente caso la aplicación de la sanción correspondiente a una infracción leve.

3. La Gerencia General consideró como infracción grave el supuesto de una infracción formal cuando lo que correspondía era calificarla como leve

Conforme a lo señalado en los puntos precedentes, lo que se produce en el presente caso es un ensanchamiento de la prestación o del contenido de la misma, de modo que al incumplir el deber de declarar correctamente y determinar la retribución principal de forma adecuada, así como el de presentar la documentación necesaria, lo que se produce es el incumplimiento de la prestación contenida en el numeral 5.1 del Contrato de Concesión y por lo tanto la calificación de la infracción como grave, todo ello sin perjuicio de la verificación de la existencia y el monto de las inversiones en el caso que éstas sean opuestas.

4. Proporción de la sanción con los efectos de la supuesta infracción

El tema de la proporcionalidad se ha evaluado al momento de elaborar el Contrato de Concesión y no corresponde un cuestionamiento del mismo en la instancia administrativa si la infracción se encuentra correctamente tipificada. Conforme lo desarrollado anteriormente, corresponde recategorizar la infracción a la luz de una interpretación concordada entre el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión y lo establecido en el artículo 40 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN; es decir, calificar la infracción como grave. Asimismo, en el caso planteado, correspondería la sanción de amonestación por aplicación supletoria de lo establecido en el artículo 49 del Reglamento.

Por lo expuesto se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar infundada la solicitud de nulidad del procedimiento administrativo sancionador presentada por FERROCARRIL TRASANDINO S.A., iniciado de oficio por la División Técnica de Infraestructura Vial.

SEGUNDO: Revocar la apelada en cuanto al extremo en que declara que el Concesionario incurrió en incumplimiento de la cláusula 5.1 del contrato al no

incluir dentro de la base de cálculo de la retribución principal la ganancia por diferencia en cambio, reformándola en el sentido que el Concesionario actuó correctamente al no incluir dicho concepto dentro de la base de cálculo de la Retribución Principal.

TERCERO: Revocar la apelada en cuanto al extremo que califica la infracción como muy grave, calificándola como grave, de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución.

CUARTO: Confirmar la Resolución de Gerencia General N° 001-2001-GG-OSITRAN de 21 de febrero del 2001 en los demás extremos.

QUINTO: Exigir el cumplimiento de la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión en los términos expuestos en el Contrato y en atención a la notificación de la subsanación aplicar la sanción correspondiente a una infracción leve, amonestando al concesionario.

SEXTO: Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en su calidad de concedente.

SETIMO: Encargar a la Gerencia General adoptar las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

LEONIE ROCA VOTO-BERNALES
Presidenta