

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Informe jurídico sobre la Resolución de Consejo Directivo N°
041-2004-CD/OSITRAN

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autor:

Villafranca Florián Cristhina María

Asesor:

Mayorga Elías Lenin William

Lima, 2022

RESUMEN

El presente informe aborda el procedimiento administrativo sancionador seguido por OSITRAN contra Ferrocarril Trasandino S.A, por la imposición de una penalidad contractual, en el marco de la ejecución del contrato de Concesión de la Administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur- Oriente. Los hechos inician cuando el operador de servicios de transporte ferroviario adquiere seis coches nuevos destinados al servicio de lujo Hiram Bingham, los cuales circulan en la vía férrea sin la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

A partir de la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN, se analizan los límites de la colaboración público – privada y el alcance de la cláusula 7.5 del contrato de concesión, la cual impone al concesionario la obligación de supervisar que el operador de servicios de transporte ferroviario cumpla con las Leyes Aplicables. Así, se determina que el contrato de concesión no trasfiere la facultad de fiscalización al concesionario, por el contrario, impone la realización de la actividad material de verificación.

Asimismo, se abarca el tratamiento jurídico de las penalidades contractuales bajo el marco de lo establecido en el contrato de concesión. A partir de ello, se evalúa el ejercicio de la potestad punitiva de OSITRAN para la imposición de penalidades contractuales mediante un procedimiento administrativo sancionador. De esta forma, se expone la desnaturalización de las cláusulas penales y del poder punitivo del Estado.

Palabras clave

Concesión administrativa, colaboración público – privada, penalidades, fiscalización, potestad administrativa.

ABSTRACT

This report addresses the administrative sanctioning procedure followed by OSITRAN against Ferrocarril Trasandino S.A., for the imposition of a contractual penalty, within the framework of the execution of the Concession Contract for the Administration of the Central, South and South-East Railroads. The facts begin when the railroad transportation services operator acquires six new cars destined for the Hiram Bingham luxury service, which circulate on the railroad without the authorization of the Ministry of Transportation and Communications..

Based on Board of Directors Resolution No. 041-2004-CD/OSITRAN, the limits of the public-private partnership and the scope of clause 7.5 of the concession contract, which imposes on the concessionaire the obligation to supervise that the railroad transportation services operator complies with the Applicable Laws, are analyzed. Thus, it is determined that the concession contract does not transfer the power of supervision to the concessionaire, on the contrary, it imposes the performance of the material activity of verification.

Likewise, the legal treatment of contractual penalties is covered under the framework established in the concession contract. Based on this, the exercise of OSITRAN's punitive power to impose contractual penalties through an administrative sanctioning procedure is evaluated. In this way, the distortion of the penal clauses and the punitive power of the State is exposed.

Keywords

Administrative concession, public-private partnership, penalties, supervision, administrative authority.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| PRINCIPALES DATOS DEL CASO | 1 |
| I. INTRODUCCIÓN | 2 |
| 1. Justificación de la elección de la resolución | 2 |
| 2. Presentación del caso y análisis | 2 |
| II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES | 3 |
| 1. Antecedentes | 3 |
| 2. Hechos relevantes del caso | 7 |
| III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS | 14 |
| 1. Problema principal..... | 14 |
| 2. Problemas secundarios | 14 |
| IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A | 15 |
| 1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios | 15 |
| 2. Posición individual sobre el fallo de la resolución..... | 15 |
| V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS | 16 |
| VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES | 31 |
| BIBLIOGRAFÍA | 33 |

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

| | |
|---|---|
| N° EXPEDIENTE | 084-2004-GS-A3 |
| ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO | Derecho administrativo general, Derecho administrativo económico |
| IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES | Oficio N° 084-04-GS-A3-OSITRAN Resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN |
| DEMANDANTE/DENUNCIANTE | Ferrocarril Trasandino S.A. |
| DEMANDADO/DENUNCIADO | |
| INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL | OSITRAN |
| TERCEROS | Perú Rail S.A. |
| OTROS | |

I. INTRODUCCIÓN

1. Justificación de la elección de la resolución

Consideramos que este caso es digno de elección, en tanto contempla diversos temas de relevancia jurídica. Entre ellos, podemos encontrar la delimitación de los alcances de la colaboración público – privada. De esta manera, se establece cuál es el rol del concesionario en un contrato de concesión y cuáles son las obligaciones que contractualmente se pueden establecer sin vulnerar sus intereses ni atentar contra el interés público.

Asimismo, se analiza el tratamiento jurídico de las penalidades contractuales. Es por ello que se señala la diferencia entre la aplicación de penalidades y las sanciones administrativas. También se explica la desnaturalización de la facultad sancionadora del Estado, la cual en es utilizada para aplicar una cláusula penal.

Se trata de una resolución de carácter complejo, puesto que involucra el análisis de diferentes instituciones jurídicas y nos permite interpretar los alcances de las obligaciones impuestas por medio de un contrato de concesión.

2. Presentación del caso y análisis

El presente caso versa acerca de un procedimiento administrativo sancionador seguido por OSITRAN contra Ferrocarril Trasandino S.A, por el incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 7.5 del contrato de concesión de la Administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur- Oriente. Se sanciona al concesionario por no haber supervisado que Perú Rail S.A, el operador de servicios de transporte ferroviario, cumpla con las Leyes Aplicables.

En este caso, OSITRAN sostiene que Ferrocarril Trasandino permitió que un grupo de seis coches nuevos circulen por la vía férrea sin haber obtenido la autorización del MTC, de acuerdo al artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-78-TC. Dicho incumplimiento contractual constituye la infracción administrativa discutida en el procedimiento sancionador.

A partir de este caso, se plantea el problema principal vinculado a determinar el alcance de la cláusula 7.5 del contrato de concesión, la cual impone al concesionario la obligación de supervisión sobre terceros. Al respecto, consideramos que el contrato obliga al concesionario

a realizar una verificación documental del cumplimiento de las Leyes Aplicables, mas no traslada la facultad de fiscalización por vía contractual.

Asimismo, desde nuestro punto de vista, no es jurídicamente válido el uso de un procedimiento administrativo sancionador para aplicar penalidades contractuales, pues ello implica desnaturalizar el tratamiento jurídico de las cláusulas penales.

Para arribar a dichas conclusiones, hemos recurrido al marco normativo sectorial vigente durante los hechos del caso, así como a diferente doctrina que nos permite sentar nuestra postura e interpretar las instituciones jurídicas analizadas.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

1. Antecedentes

El proceso de privatización en el Perú inició a comienzos de la década del 90, cuya primera etapa estuvo enfocada en la reestructuración de las empresas públicas. Eran 223 las empresas de propiedad estatal, de las cuales solo 150 se encontraban operativas, mientras que las restantes no operaban o se encontraban en situación de liquidación o quiebra (Ruiz, 2002,p. 27). Esta situación demandaba la necesidad de modificar el rol del Estado como empresario, y permitir la intervención de agentes privados en la prestación de los servicios públicos para la mejora de las condiciones de calidad y la introducción de competencia.

Así, de acuerdo a Ariño Ortiz, la privatización significa liberalizar, es decir, retornar al ámbito de la libertad aquello que se ha sustraído de ella. Se trata de devolver la iniciativa privada a los ciudadanos y a las organizaciones sociales, para la realización de tareas y empresas que fueron absorbidas por los poderes públicos, pero que no se vinculan con el ejercicio de la soberanía (1999, p. 30-31).

Este proceso generó que el Estado asuma un nuevo rol: de empresario a regulador de la prestación de servicios públicos. Para ello, la aplicación del principio de subsidiariedad fue crucial para permitir el ingreso de la iniciativa privada. Este principio se desprende del nuevo régimen económico consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual establece a la Economía Social de Mercado. Bajo dicho modelo, los privados pueden ejecutar prestaciones que anteriormente eran de competencia exclusiva del Estado.

Por su parte, el marco normativo reflejó los cambios en el modelo económico. Así, el Decreto Legislativo N° 674 declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado. Luego, se dictó el Decreto Legislativo N° 690 que prohibió los monopolios y las prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria. Asimismo, el Decreto Legislativo N° 757 recoge el modelo de la Economía Social de Mercado y elimina las reservas a favor del Estado para la realización de actividades económicas. Posteriormente, se emitió el Decreto Legislativo N° 839, que promueve el uso de concesiones para la inversión privada en las obras de infraestructura y de servicios públicos y crea la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas - PROMCEPRI. En diciembre de 1996, se publicó el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesiones al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Siguiendo esa línea, se emitió la Ley N° 26917 que crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

En ese contexto, la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Perú (ENAFER) fue una de las empresas públicas que formó parte del proceso de promoción de la inversión privada. Por ello, en 1996 se designó el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles - CEPRI ENAFER.

El 20 de septiembre de 1999 se otorgó la buena pro de la licitación pública especial internacional a Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetransa), para la entrega en concesión de la infraestructura y servicio ferroviario por un periodo de treinta años, contados desde la fecha de cierre.

A través del contrato, se entregó en concesión el mantenimiento, la rehabilitación y la explotación de los Ferrocarriles Sur y Sur Oriente. Así mismo, también se concesionó la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria para la prestación de servicios de transporte ferroviario y de servicios complementarios en el área matriz. Si bien el contrato prevé que el concesionario preste servicios de transporte ferroviario, la cláusula 6.3 excluye la posibilidad de brindar el servicio de transporte de pasajeros y/o de carga, los cuales debían ser prestados a través de los operadores de servicio de transporte ferroviario. La restricción impuesta en el contrato de concesión se ajusta a lo señalado en el Decreto Legislativo N° 690, cuyo artículo 1 prohíbe la formación de monopolios y las prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria.

Sin embargo, con el objeto de que la transferencia de ENAFER no obstaculizara la continuidad de la operación del sistema ferroviario, las bases del contrato de concesión fueron

modificadas mediante las Circulares N° 17 y N° 73. La primera de estas estableció que el adjudicatario debía garantizar que contaba con un operador de servicios de transporte ferroviario, mientras que la Circular N° 73 precisó que el operador de servicios de transporte ferroviario que acreditara el concesionario debía tener una conformación accionaria idéntica a la del concesionario.

En ese sentido, en 1999, Perú Rail S.A. se constituyó como el operador de servicios de transporte ferroviario vinculado a Fetransa. Dicho de otra forma, el operador ferroviario era una empresa “espejo”, pues ambas tenían el mismo accionariado y pertenecían al mismo grupo económico, de acuerdo a lo exigido en la Circular N° 73.

Ahora bien, con el fin de explicar los problemas que se plantean en el caso, es necesario detenernos en entender el funcionamiento del servicio de transporte ferroviario. Para ello, se procederá a interpretar el marco jurídico aplicable y la estructura de la actividad ferroviaria.

El Decreto Legislativo N° 690 establece en su artículo 2 la división de la actividad ferroviaria. Por un lado, están los servicios vinculados a la infraestructura vial ferroviaria, la cual comprende las vías férreas, los puentes, túneles, rieles, entre otros. Por otro lado, se encuentran los servicios de transporte ferroviario, entre los que se incluyen a las operaciones de embarque, desembarque, carga y descarga, movimiento de pasajeros, etc. Asimismo, como se mencionó anteriormente, la ley ha previsto que los servicios de transporte ferroviario sean prestados libremente, por lo que se prohíben los monopolios y las prácticas restrictivas a la competencia.

En ese sentido, la actividad ferroviaria se divide en dos: (i) la infraestructura vial ferroviaria y; (ii) los servicios de transporte ferroviario. Esta división también puede ser entendida como la diferencia entre el mercado aguas arriba o upstream y el mercado aguas abajo o downstream.

Así, en el mercado aguas arriba se encuentran aquellas empresas que operan a nivel de distribuidores, proveedores o abastecedores de bienes o servicios. En este caso, Fetransa opera como proveedor de la infraestructura vial ferroviaria pues, en virtud del contrato de concesión, se encarga de la administración de la infraestructura que pertenecía a ENAFER.

En este caso, el mercado aguas arriba se caracteriza por operar en condiciones de un monopolio natural. Este tipo de monopolio está presente en las fuertes economías de escala o de indivisibilidades, en las que es más eficiente que un solo agente abastezca a todo el mercado, en lugar de que existan varias empresas competidoras repartiéndoselo. (Fernández Baca, 2000, p. 83). Por ello, la infraestructura vial ferroviaria se encuentra sujeta únicamente

a la administración de Fetransa. Si bien el marco normativo promovía la competencia, los costos hundidos impedían introducir a otros agentes en este segmento del mercado.

Por su parte, el mercado aguas abajo está compuesto por los servicios de transporte ferroviario. La prestación de este tipo de servicio está vinculado al uso del material tractivo y el material rodante que se encuentra bajo la administración del concesionario. Siguiendo lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 690, este sector de la actividad ferroviaria debe ser brindado bajo los esquemas de promoción de la competencia. Es por ello que la cláusula 6.3 del contrato de concesión señala que el concesionario no puede desarrollar los servicios de transporte de pasajeros y/o de carga, ya que son actividades en las que pueden participar otros agentes económicos.

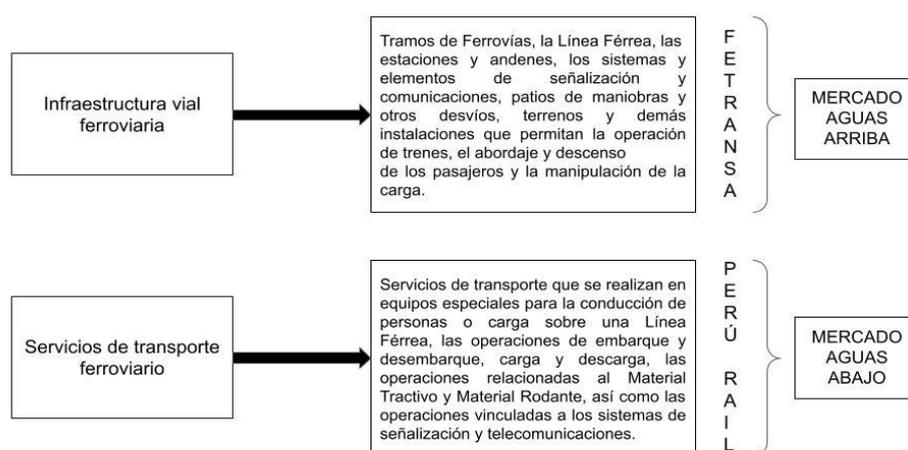


Gráfico 1. Elaboración propia.

Entonces, de lo señalado en el contrato de concesión, se puede entender que la exclusión del concesionario en la prestación de los servicios de transporte de pasajeros y/o de carga tenía el objetivo de que la privatización de ENAFER se realice bajo el modelo de separación vertical. Sin embargo, las modificaciones introducidas en las bases del contrato, por medio de las circulares N° 17 y N° 73, produjeron que en los hechos que el modelo vire al de acceso competitivo.

Por consiguiente, ya que el contrato de concesión prohibía a Fetransa prestar el servicio de transporte de carga y de pasajeros, limitaba que este pueda prestar servicios en el mercado aguas abajo. Es decir, respecto al transporte de pasajeros y/o de carga, únicamente podía dar en alquiler el material tractivo y rodante, ya que no se encontraba habilitado para operarlo. De esta forma, se promovía la competencia, en tanto otros agentes pueden ingresar al mercado aguas abajo por medio de los contratos de arrendamiento.

2. Hechos relevantes del caso

Mediante carta N° 147-GL-2003/FETRANS, de fecha 10 de julio de 2003, Fetransa comunicó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), con copia al OSITRAN, que Perú Rail S.A inauguraría un servicio de transporte de pasajeros de súper lujo hacia Machu Picchu, cuya fecha de inicio estaba prevista para el 21 de agosto de 2003.

Para la prestación de dicho servicio, se utilizarían seis vehículos de la propiedad de Perú Rail. De acuerdo a lo mencionado en la comunicación del concesionario, los vehículos fueron inspeccionados y cumplían con los estándares de la United States Railroad Administration (FRA Class II). Dichos estándares técnicos eran acordes a las normas de seguridad ferroviaria exigidas en la cláusula 7.7¹. y el Anexo 6 del contrato de concesión. Sin embargo, el concesionario manifestó su interés por cautelar la seguridad, y por ello solicitó que el MTC realice pruebas adicionales de suficiencia y seguridad en los coches.

Las pruebas estáticas y dinámicas de suficiencia y seguridad fueron llevadas a cabo por el Ing. Alberto Mori Ito, asesor del MTC, de acuerdo a las competencias establecidas a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles en el artículo 60 del Decreto Supremo N° 041-2002-MTC. El resultado de su evaluación fue plasmado en un informe en el que recomendó el levantamiento de seis observaciones sobre los coches antes de la emisión de la autorización. Dentro de estas, se advirtió que los truques de coches de 1000 mm fueron adaptados a trocha angosta (914 mm) sin cambiar los ejes, la cual señaló como una práctica contraria a las reglas de la Association of American Railroads (AAR). Dicho informe fue trasladado al concesionario por la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles mediante el Oficio N° 872-2003-MTC/14.

Mediante el Oficio N° 897-2003-MTC/14, el MTC comunicó a Fetransa el levantamiento de cinco de las seis observaciones. Sin embargo, reiteró la persistencia de la observación en la adaptación de los truques de trocha de 1000 mm a 914 mm, la cual fue considerada como no admisible por ser contraria a las normas AAR.

¹ “7.7. *Mantenimiento*. El Concesionario deberá mantener los Bienes de la Concesión en buen estado de conservación a fin de que sean aptos para la operación, de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos exigidos que aparecen en el Anexo No.6 del presente Contrato, los mismos que el Concesionario declara expresamente conocer. Específicamente y sin que esta obligación excluya a las restantes, el Concesionario está obligado a alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, a más tardar dentro de los cinco primeros Años de Concesión, bajo sanción de caducidad de este Contrato; hasta ese momento, el Concesionario se obliga a dar cumplimiento, como mínimo, a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos que Enafer cumplió hasta la Fecha de Cierre, los mismos que declara expresamente conocer, así como a las que establezcan las Leyes Aplicables [...]”.

Posteriormente, a través de la carta N° 180-GL-2003/FETRANS, de fecha 27 de agosto de 2003, Fetranza indicó que las observaciones realizadas a la adaptación de los truques, en base a los estándares AAR, no son exigibles, por lo que no deben ser considerados para evaluar la seguridad de los coches.

OSITRAN, mediante Oficio N° 613-03-GS-03-OSITRAN, de fecha 11 de septiembre de 2003, solicitó al concesionario que envíe las actuaciones y las autorizaciones emitidas por el MTC para el uso de los vagones destinados al servicio Hiram Bingham.

Fetranza contestó mediante la Carta N° 204-GL-2003/FETRANS, del 17 de septiembre de 2003, en la que comunicó a OSITRAN las actuaciones y las observaciones realizadas sobre la adaptación a las ruedas de los vehículos.

Por medio del Oficio N° 994-2003-MTC/14, de fecha 18 de septiembre de 2003, el MTC recalcó a Fetranza que la cláusula 7.7 del contrato de concesión le impone la obligación de impedir el acceso a la línea férrea al operador de servicios de transporte ferroviario que desarrolle actividades que no cumplan con las normas de seguridad ferroviaria y estándares técnicos previstos en dicha cláusula y en el Anexo 6 del contrato. En esa línea, el concedente señaló que la tutela de la seguridad en la prestación de los servicios de transporte ferroviario justifica que no se excluyan disposiciones diferentes a las normas FRA CLASS II que persigan el mismo objetivo. En razón de ello, la autorización que debía emitir el MTC no puede ser aprobada hasta que no se instalen ejes adecuados para la trocha de 914 mm de ancho.

Con Oficio N° 652-03-GS-OSITRAN, del 23 de septiembre de 2003, OSITRAN indicó al concesionario que ha tomado conocimiento de las actuaciones con el MTC. Asimismo, resaltó que el concesionario no debe permitir la circulación de coches que no cuenten con la autorización del MTC, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento General de Ferrocarriles.

Mediante Oficio N° 1108-2003-MTC/14, el MTC señaló a FETRANSA que la adaptación a la trocha de 914 mm no es acorde a las disposiciones técnicas de la materia. Resaltó que la autorización para el ingreso de coches nuevos al servicio está regulada por el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles². Asimismo, indicó que la adaptación de la trocha es una situación no prevista en los estándares FRA CLASS II.

Fetranza, mediante Carta N° 235-GL-2003/FETRANSA, del 15 de octubre de 2003, alegó que el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles no le era aplicable. Ello puesto que

² “Artículo 451.- Los coches nuevos de pasajeros serán sometidos a pruebas de suficiencia y seguridad por las Organizaciones Ferroviarias bajo supervisión del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, quien, caso de conformidad, autorizará su puesta en servicio en un plazo no mayor de setentidós horas.”

los seis vehículos utilizados para el servicio Hiram Bingham no eran nuevos, ya que fueron utilizados en un servicio de lujo en Asia. Además, reafirmaron que la norma de seguridad ferroviaria aplicable era el estándar FRA CLASS II.

A través del Oficio N° 1159-2003-MTC/14, el MTC comunicó a Perú Rail el uso de un procedimiento incorrecto para adaptar los bogies a la trocha de 914 mm, de acuerdo a las normas técnicas exigidas. Dicha conducta constituía una falta de seguridad, cuya responsabilidad era inherente al operador ferroviario. Por tanto, exigió la instalación de ejes para trocha 914 mm a efectos de emitir la autorización para que circule en la vía férrea.

Mediante Oficio N° 1183-2003-MTC/14, de fecha 30 de octubre de 2003, el MTC comunicó todo lo acontecido, respecto de los vehículos destinados al servicio Hiram Bingham, al OSITRAN.

Mediante Informe N° 313-03-GS-03-OSITRAN, el Supervisor de Operaciones recomendó a la Gerencia de Supervisión el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Fetransa por el hallazgo de un incumplimiento contractual. Este consistía en el incumplimiento de la cláusula 7.5 del contrato de concesión³, en tanto el concesionario permitió que operen coches en el Ferrocarril del Sur Oriente que no contaban con la autorización del MTC contemplada en el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles.

La Gerencia de Supervisión inició el procedimiento administrativo sancionador contra Fetransa mediante el Oficio N° 084-04-GS-A3-OSITRAN, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003- CD/OSITRAN. La Gerencia señaló que el concesionario incumplió con verificar el estricto cumplimiento de las Leyes Aplicables, en este caso, la ley aplicable era el Reglamento General de Ferrocarriles. Por tanto, incumplió con la obligación contenida en el numeral 7.5 del contrato de concesión, pues permitió que Perú Rail utilice coches que no contaban con la autorización del MTC. Dicha conducta fue calificada como infracción muy grave, de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo N° 09 del régimen de penalidades del contrato de concesión.

El 12 de febrero de 2004, el concesionario presentó sus descargos contra la resolución de inicio de procedimiento administrativo sancionador. Alegó que, en tanto los coches fueron utilizados en Asia, no pueden ser considerados como “nuevos”, por lo que no recae en el

³ “7.5 Cumplimiento de Leyes Aplicables. El Concesionario se obliga a prestar todos y cada uno de los servicios que desarrolle dando estricto cumplimiento a las Leyes Aplicables a cada servicio. Esta obligación también alcanza a cualquier tercero que preste Servicios de Transporte Ferroviario y/o Servicios Complementarios, debiendo el Concesionario supervisar su cumplimiento.”

supuesto de hecho previsto en el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles. Recurren al significado del término “nuevo” de acuerdo al diccionario de la lengua española, el cual define a nuevo como aquel objeto recién hecho o fabricado.

Asimismo, afirman que se realizaron las pruebas de seguridad sobre los coches que acreditan la idoneidad de su uso. Por tanto, sostienen que la solicitud de pruebas de seguridad al MTC constituía una medida adicional, no siendo obligatoria legal ni contractualmente. Es decir, en tanto el concesionario y el operador ferroviario consideraron que los coches no eran nuevos, no había marco normativo que exigiera un título habilitante para el ingreso a la línea férrea.

Además, resaltaron que el contrato de concesión solo los obliga a cumplir con las normas de seguridad ferroviaria recogidas en la cláusula 7.7 y el Anexo 6 del contrato de concesión, las cuales señalan expresamente a los estándares FRA CLASS II. También consideró que la imposición de una multa del 5% de los ingresos del mes anterior resulta contraria al artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pues se vulnera el principio de razonabilidad. Señalaron que la sanción no cumple con dicho principio ya que el monto era excesivo, pues los coches cumplían con los estándares FRA CLASS II.

El concesionario también se amparó en el estudio realizado por el Sr. John Wright, asesor del MTC, quien concluyó que los coches podían seguir operando durante el año 2004 sin riesgo aparente de causar un accidente por el aflojamiento de una de las ruedas del asiento de eje.

Así mismo, Fetransa solicitó la aceptación del compromiso de cese al amparo de lo previsto en el artículo 64 del Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, para lo cual se comprometió a adquirir los ejes para los vehículos.

La Gerencia de Supervisión remitió el Informe N° 059-04-GS-A2-OSITRAN, de fecha 26 de febrero de 2004, en el que recomendó no aceptar el compromiso de cese ofrecido por Fetransa. Al respecto, indicó que la evaluación del compromiso de cese se rige por el derogado Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN, pues la conducta fue realizada durante la vigencia del reglamento derogado.

El literal e) del artículo 47 del mencionado reglamento establece que el compromiso de cese no puede ser aprobado si se ha verificado el incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual. La Gerencia de Supervisión consideró que el incumplimiento era de esta naturaleza, pues el concesionario desató su obligación de supervisión al no verificar que el operador de servicios de transporte ferroviario cuente con la autorización exigida en el artículo

451 del Reglamento General de Ferrocarriles. Señaló que esta omisión implicaba la transgresión de la cláusula 7.5 del contrato de concesión, referida a las “Leyes Aplicables”. El 11 de marzo de 2004, mediante el Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, se notificó a Fetransa la no aceptación del compromiso de cese presentado.

Mediante Carta s/n, del 16 de marzo de 2004, Fetransa interpuso recurso de reconsideración contra el Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, que rechaza el compromiso de cese. El recurso fue rechazado y se comunicó al concesionario mediante el Oficio N° 141-04-GG-OSITRAN.

A través de la Nota N° 060-2004-GS-A3-OSITRAN, se remitió a la Gerencia General el Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN y el proyecto de Resolución emitido por el Supervisor Administrativo, en el que recomendó imponer una sanción ascendente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa, por el incumplimiento de lo establecido en el numeral 7.5 del contrato de concesión y el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles.

En esa línea, el informe concluyó que el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles era aplicable a los hechos, pues los coches implementados por Perú Rail eran nuevos en el parque rodante del Perú, por lo necesitaban someterse a pruebas de suficiencia y seguridad ante el MTC. Así mismo, la Gerencia señaló que el numeral 7.7 del contrato de concesión obliga al concesionario a cumplir los requisitos y estándares FRA CLASS II; sin embargo, este también señala que no se excluye el cumplimiento de otros estándares.

Respecto al análisis del término “Leyes Aplicables”, contenido en los numerales 1.1. y 7.5 del contrato de concesión, la Gerencia señaló que incluye al Reglamento General de Ferrocarriles, pues era una norma vigente para el momento de los hechos. En razón de ello, indicó que Fetransa estaba obligado a cumplir con los estándares exigidos en el contrato de concesión (Fra Class II) y aquellos que se establezcan en las “Leyes Aplicables”, como las regulaciones AAR o el Reglamento General de Ferrocarriles.

Además, se señaló que la conducta que constituye la infracción recae en la falta de supervisión del concesionario hacia el operador ferroviario, ya que Fetransa debió verificar que los coches cuenten con la autorización del MTC, según lo establecido en la cláusula 7.5 del contrato de concesión y el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles.

Mediante Resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN, se declaró que Fetransa incumplió con la obligación contenida en el numeral 7.5 del contrato de concesión y el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles. Para motivar la imposición de la multa, la Gerencia General hizo suyo el Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN. Por ello, se

dispuso la aplicación de una sanción equivalente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa. Dicha resolución fue notificada al concesionario mediante el Oficio N° 235-04-GG-OSITRAN el 17 de mayo de 2004.

El 16 de junio de 2004, Fetransa interpuso recurso de reconsideración contra el Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, el cual rechazó el compromiso de cese ofrecido; así como también contra la Resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG/OSITRAN. Respecto a la primera, señaló que esta ha incurrido en un vicio de nulidad por aplicarse el Reglamento de Infracciones y Sanciones derogado, y no el RIS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN. En la misma línea, afirmó que no ha incurrido en el incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual; así como también ya ha adquirido los ejes, acatando las exigencias del MTC.

Sobre la Resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG/OSITRAN, señaló que no ha incumplido la obligación de supervisión del cumplimiento del artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles por no tratarse de coches nuevos. Además, sostuvo que esta norma debía ser cumplida por el operador ferroviario en tanto es el adquirente de los coches, mas no por el concesionario. Asimismo, reafirmó su postura respecto a no estar obligado contractualmente a cumplir con las normas AAR, y sobre la vulneración al principio de razonabilidad. En adición, alegó que la resolución contiene un vicio de nulidad por faltas en la motivación de la calificación del incumplimiento.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN, de fecha 20 de septiembre de 2004, se declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el concesionario contra la Resolución de Gerencia General N° 039-2004-GG/OSITRAN, por lo que se dispuso la aplicación de la sanción correspondiente a una infracción grave, ascendente al 1% de los ingresos del mes anterior.

Sobre los descargos del concesionario, el Consejo Directivo declaró que el concesionario debió supervisar que Perú Rail cumpla con las “Leyes Aplicables”. Esta era la obligación contenida explícitamente en el numeral 7.5 del contrato de concesión, por lo que Fetransa, al permitir el acceso a la vía a los vehículos sin que cuenten con la autorización del MTC, incumplió una obligación contractual.

Concluyó que los coches sí debían ser considerados como nuevos, por lo que el supuesto recae en la aplicación del artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, el cual forma parte de las “Leyes Aplicables” de la cláusula 7.5 del contrato de concesión. En ese sentido, el Consejo Directivo, en línea con la postura del MTC, consideró que el término “nuevo” refiere

a los coches que recién se han incorporado al parque rodante del Perú. Por tanto, interpretó que se entiende por coche nuevo aquel que tenga dicha calidad respecto a la vía en la que opera.

Además, se precisó que el Reglamento de Cobro aplicable era el aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 066-99-CD/OSITRAN, pues fue el vigente durante los hechos. En ese sentido, determinaron que el hecho de que Perú Rail haya conseguido las autorizaciones del MTC no sustrae la materia sancionable, en tanto el incumplimiento se materializó al permitir que los coches nuevos operen.

Sobre la inaplicación de los estándares AAR, consideraron que esta materia era propia de la evaluación del MTC, por lo que no correspondía al OSITRAN pronunciarse sobre los criterios técnicos. Sin embargo, resaltaron que el contrato de concesión somete al concesionario a un régimen especial de sujeción en relación al Estado, bajo la aplicación de reglas más estrictas, lo cual repercute en la interpretación del término “Leyes Aplicables”.

En referencia al principio de razonabilidad, el Consejo Directivo concluyó que la determinación de la sanción aplicable responde a los criterios establecidos en el Anexo 9 del contrato de concesión, por lo que la calificación se separa de la arbitrariedad. Sin embargo, consideraron que existía una circunstancia atenuante, según lo establecido en el artículo 49 del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas. Así decidieron cambiar la calificación de la infracción de “muy grave” a “grave”. Hecho que también generó consecuencias en el monto de la imposición de la multa, la cual fue modificada al 1% de los ingresos brutos del mes anterior.

En cuanto al compromiso de cese ofrecido por Fetransa, sostuvieron que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas establece en el literal e) del artículo 47, que este no puede aceptarse cuando el incumplimiento esté referido a una obligación contractual de índole sustancial, como la que motiva el caso. Calificaron el incumplimiento de dicha forma debido a que la operación de coches nuevos sin autorización del MTC representaba el incumplimiento a la cláusula 7.5 del contrato de concesión.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

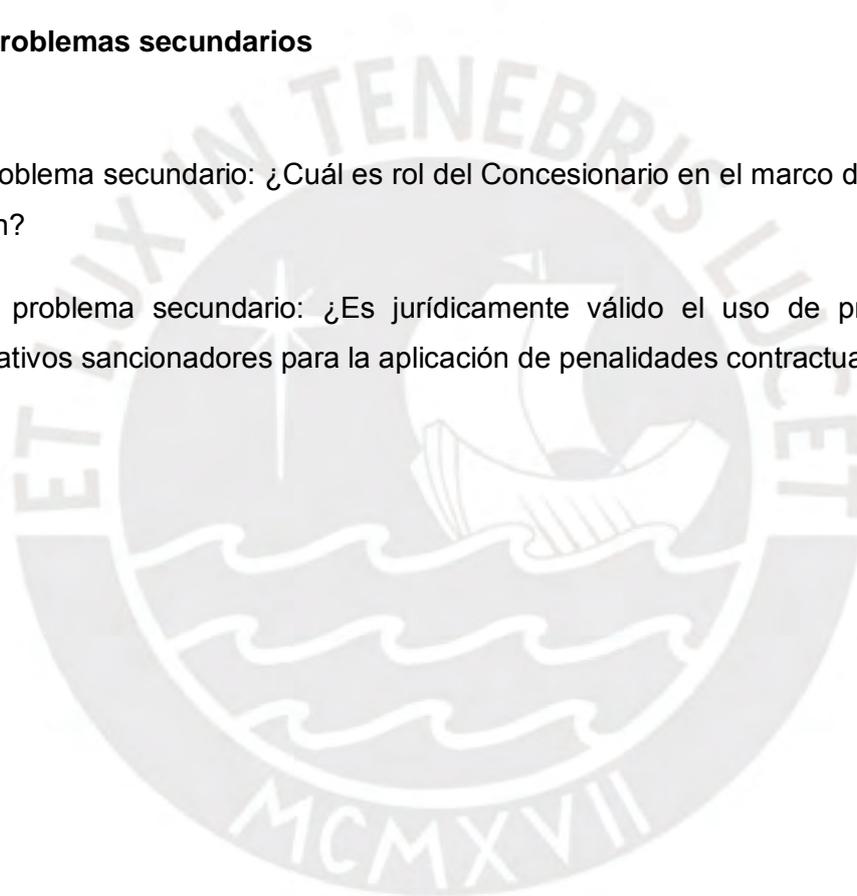
1. Problema principal

¿Cuál es el alcance de la obligación impuesta al Concesionario en la cláusula 7.5 respecto al deber de supervisión sobre el operador de servicios de transporte ferroviario?

2. Problemas secundarios

Primer problema secundario: ¿Cuál es rol del Concesionario en el marco del contrato de concesión?

Segundo problema secundario: ¿Es jurídicamente válido el uso de procedimientos administrativos sancionadores para la aplicación de penalidades contractuales?



IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Respecto al primer problema secundario, consideramos que, si bien la colaboración público – privada implica el traslado de ciertas competencias al concesionario, ello no implica que la Administración se desligue de su facultad supervisora. Por ello, sostenemos que el alcance de la cláusula 7.5 de contrato de concesión impone una obligación material al concesionario, mas no traslada la potestad administrativa de fiscalización. Se trata de una obligación contractual por la que el concesionario debe realizar la verificación documental del cumplimiento de las Leyes Aplicables, pero no genera que sustituya a la Administración.

Sobre el segundo problema secundario, sostenemos que no es jurídicamente válido que OSITRAN recurra a un procedimiento administrativo sancionador para la aplicación de una penalidad contractual, pues su tratamiento debe ser acorde al derecho civil. En esa línea, se desnaturaliza el tratamiento jurídico de las penalidades y se hace uso erróneo de la potestad sancionadora de la Administración.

2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Me encuentro conforme con la resolución en el extremo referente a que sí era responsabilidad del concesionario supervisar el cumplimiento de las leyes aplicables por parte del operador de servicios de transporte ferroviario. Ello puesto que se trata de una obligación contractual que el concesionario debe cumplir.

En ese sentido, comparto que los coches utilizados para el servicio Hiram Bingham cumplían con la característica de ser nuevos, pues no habían circulado en la infraestructura ferroviaria con anterioridad. Por ello, considero, al igual que OSITRAN, que el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles sí era aplicable al caso.

Sin embargo, aunque el Consejo Directivo omite pronunciarse sobre la aplicación de las normas de la Association of American Railroads (AAR), desde mi punto de vista, estos estándares técnicos no podían ser exigidos. El contrato de concesión no los contempla y tampoco son normas que formen parte de ordenamiento jurídico peruano.

Asimismo, estoy en desacuerdo con el tratamiento jurídico de las penalidades contractuales, pues estas no pueden ser aplicadas por medio de un procedimiento administrativo sancionador. Es una forma errónea de ejecutar la facultad sancionadora del Estado.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Primer problema secundario: ¿Cuál es rol del Concesionario en el marco del contrato de concesión?

Resulta relevante, a efecto de analizar el presente caso, establecer cuál es el alcance de la obligación de supervisión sobre el operador de servicios de transporte ferroviario impuesta al concesionario mediante la cláusula 7.5 del contrato de concesión. Dicho de otra forma, debe determinarse si la obligación de supervisión del cumplimiento de las Leyes Aplicables implica delegar contractualmente la actividad administrativa de fiscalización.

En primer lugar, debemos señalar que el título habilitante requerido para constituirse como operador de servicios de transporte ferroviario era el permiso de operación del servicio de transporte ferroviario, el cual otorgaba al operador ferroviario la autorización para prestar servicios de transporte de carga o de pasajeros, según lo establecido en artículo 3 del Decreto Supremo N° 027-99-MTC y modificatorias. Cabe resaltar, que los requisitos exigidos para la obtención del permiso no contemplaban la necesidad de realizar pruebas de suficiencia o de seguridad para la prestación del servicio, pues se limitaban a exigir documentación sobre otras materias, tales como declaraciones juradas, proformas de seguros, entre otros. Posteriormente, se estableció que la autoridad competente para la emisión del mencionado permiso era la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, de acuerdo al Reglamento de Organizaciones y Funciones del MTC, aprobado por el Decreto Supremo N° 041-2022-MTC.

Como se mencionó en los hechos, en el presente caso, OSITRAN declaró que Fetransa incumplió con supervisar el cumplimiento de las “Leyes Aplicables” por parte del operador de servicios de transporte ferroviario. Ello en tanto manifestó que los 6 coches son nuevos, por lo que debieron ser sometidos por la Organización Ferroviaria a pruebas de suficiencia y seguridad, para posteriormente obtener la autorización por parte del MTC, de acuerdo a lo señalado en el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles.

En el presente caso, el rol de la Organización Ferroviaria era asumido por el concesionario, es decir, por Fetransa. El contenido del Reglamento General de Ferrocarriles encomienda a

la Organización Ferroviaria obligaciones que, para el momento de los hechos, eran competencia del concesionario. Así, este, al igual que las organizaciones ferroviarias, se encargaba de poseer el material tractivo y rodante, así como de administrar las vías férreas, entre otras obligaciones⁴.

Al respecto debemos señalar que el Reglamento General de Ferrocarriles, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-78-TC, vigente para el momento de los hechos, no contemplaba en su texto primigenio la emisión de títulos habilitantes para las operaciones de servicios de transporte ferroviario. Situación que es confirmada en la parte de los considerados del Decreto Supremo N° 027-99-MTC, en el que se señala que esta fue la primera norma que reguló la emisión de permisos de operaciones en el sector ferroviario. Sin embargo, respecto al material rodante y de tracción, el artículo 446 exige que el MTC extienda un Certificado de Circulación para las locomotoras y carros motores nuevos antes de su puesta en servicio, mientras que el artículo 451 exige la autorización del MTC para la puesta en servicio de los coches nuevos de pasajeros.

En ese contexto, la cláusula 1.1 del contrato de concesión define al operador de servicios de transporte ferroviario como aquella persona que ha obtenido el permiso de operación correspondiente emitido por el MTC. Respecto a Perú Rail, de acuerdo a las exigencias establecidas en la Circular N° 17, este se constituyó como operador de servicios en el año 2000, antes de la fecha de cierre de la concesión. Es decir, Perú Rail ya contaba con los permisos para prestar el servicio de transporte de pasajeros y/o de carga, el cual debía ser renovado anualmente según lo establecido en el Decreto Supremo N° 027-99-MTC.

A partir del repaso mencionado, podemos concluir tres puntos: (i) Perú Rail contaba con el permiso de operaciones emitido por la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC para constituirse como operador de servicios de transporte ferroviario; (ii) el único instrumento normativo vigente, en el momento de los hechos, que regulaba la exigencia de pruebas de suficiencia y seguridad era el Reglamento General de Ferrocarriles, cuyo artículo 451 lo demandaba para los coches “nuevos”; y (iii) la obligación de realizar las pruebas de suficiencia

⁴ “Artículo 86.- Es prohibido, salvo autorización de la Organización Ferroviaria, introducirse en ella o permanecer en la vía férrea.

Artículo 123.- Las Organizaciones Ferroviarias de servicio público están obligadas a tener locomotoras, carros motores, coches de pasajeros y carros de carga, en número suficiente para atender las necesidades del servicio. Los coches de pasajeros tendrán buena iluminación y contarán con las comodidades adecuadas para las zonas en que operan

Artículo 261.- Las Organizaciones Ferroviarias no podrán cobrar sumas adicionales a los fletes y precios indicados para los servicios previstos en las tarifas y reglamentos.”

y seguridad a los coches nuevos que introducía el operador ferroviario correspondía a Fetransa por ejercer las funciones de la Organización Ferroviaria.

Sobre la aplicación del artículo 451 de Reglamento General de Ferrocarriles, es evidente que ello depende de si los coches cumplen con la característica de ser nuevos. Por un lado, el concesionario señala que, en virtud de la definición de nuevo contenida en el Diccionario de la Lengua Española, los coches no eran nuevos ya que fueron utilizados anteriormente en Asia. Por otro lado, OSITRAN sigue la interpretación del MTC, según la cual el término nuevo refiere a aquellos coches que recién ingresan al parque rodante del Perú, es decir, son nuevos respecto a la vía en la que circularán.

El término “nuevo” no tiene definición jurídica, pues ninguna norma vigente para el momento de los hechos establecía el concepto de coche nuevo. El Reglamento General de Ferrocarriles se limitaba a exigir la autorización del MTC para la circulación de vehículos nuevos, mas no precisaba su significado. Tampoco la Ley General de Tránsito y Transporte Terrestre ni la normativa del sector de transporte definían jurídicamente dicha característica. En ese sentido, se evidencia el vacío jurídico para definir el término “coche nuevo”.

Sin embargo, la ausencia de una definición jurídica no es obstáculo para dotar de contenido al término “coche nuevo”. Si bien el concesionario recurre a la Real Academia de la Lengua Española para esbozar un concepto, consideramos que la definición ofrecida por el MTC es la más acorde con la finalidad de la norma: velar por la seguridad de los pasajeros. Por ello coincidimos con la postura que adopta el Consejo Directivo de OSITRAN al concluir que los coches destinados al servicio Hiram Bingham sí debían ser considerados nuevos.

El artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles exige una autorización para la puesta en marcha de los vehículos nuevos con la finalidad de tutelar la seguridad de los pasajeros. De esta forma, se evita que coches que no cumplan con los estándares técnicos arriesguen la vida de los pasajeros al transportarlos. Admitir la interpretación del concesionario, según la cual los coches no son nuevos al haber sido usados en otro país, implicaría que estos operen sobre la vía sin haber pasado por pruebas de suficiencia y seguridad de acuerdo a los estándares aplicables a la infraestructura ferroviaria en el Perú.

En consecuencia, la interpretación del término “nuevo” del MTC y OSITRAN guarda consonancia con el objetivo de velar por la seguridad de los pasajeros. Por ello, consideramos que la definición de “coche nuevo” comprende a aquellos que recientemente han sido incorporados al parque rodante nacional y son extraños a la vía en la que circularán. Esta definición genera que los coches ajenos a la línea férrea pasen por las pruebas técnicas

requeridas que acrediten la seguridad. Por ello, dicha interpretación es la más vinculada a la finalidad perseguida por el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles.

Asimismo, la aplicación de las normas AAR a los coches forma parte del procedimiento administrativo sancionador seguido contra Fetransa. De acuerdo al MTC, los coches no cumplían con las normas técnicas AAR, ya que las trochas de estos fueron adaptadas de trocha regular a trocha estándar. Sostienen que es una práctica no admitida por las normas AAR, ya que esta exige el cambio de los ejes de los coches. Argumentan que esta norma técnica es de aplicación al contrato de concesión, ya que no se puede excluir una norma que busca proteger la seguridad de los pasajeros.

No obstante, el concesionario ha manifestado en su defensa que el contrato de concesión exige el cumplimiento de las normas FRA CLASS II en la cláusula 7.7. Señala que la norma técnica AAR no forma parte del contrato, pues tampoco se incluye dentro de la lista de normas ferroviarias y estándares técnicos recogida en el Anexo 6. En consecuencia, sostiene que los coches no incumplen con las normas de seguridad ferroviaria, pues ha logrado acreditarse que estos se encuentran conformes a las normas FRA CLASS II.

En la resolución de segunda instancia, OSITRAN omite pronunciarse sobre la aplicación de las normas AAR; no obstante, consideramos necesario dejar sentada nuestra posición al respecto. Así como la seguridad de los pasajeros no puede ser un aspecto dejado de lado, la seguridad jurídica también es objeto de tutela. En ese sentido, las normas AAR no forman parte de las leyes aplicables al caso, pues no han sido contempladas en el contrato de concesión ni tampoco son una norma emitida por el Estado peruano. Por tanto, lo predecible para el concesionario era cumplir con las normas FRA CLASS II, las cuales eran exigidas explícitamente.

La seguridad de los pasajeros no es un objetivo de menor importancia; sin embargo, si existían normas técnicas que la protegían con mayor intensidad, estas debieron recogerse dentro del contrato de concesión durante la etapa de su diseño. Exigir una norma técnica que vele por la seguridad no es criticable, pero desconocer la seguridad jurídica sí lo es. El contenido del contrato de concesión era claro y preciso acerca de alcanzar los estándares FRA CLASS II, por ello, los coches cumplían con dichas normas de seguridad. Por consiguiente, la aplicación de las normas AAR no tenía fundamento jurídico, ya su exigencia no nace de fuente contractual ni legal.

Ahora bien, respecto a la concesión, esta es entendida como una forma de prestar indirectamente los servicios públicos, a través de personas a quienes el Estado transfiere

contractualmente el desarrollo de dichas actividades (Zegarra, 1999, p. 101). De esta forma, la concesión administrativa genera que las actividades que anteriormente eran prestadas por la Administración, pasen a manos de la gestión de privados, quienes asumen la competencia de satisfacer dichas necesidades.

Se trata de una modalidad de participación de la inversión privada en la que dos tipos de intereses se vinculan. Por un lado, el interés privado que busca obtener rentabilidad económica mediante el desarrollo del proyecto, mientras que el interés público se relaciona con la satisfacción de las personas mediante la prestación de servicios públicos o infraestructura destinada a dicho fin. La idea central de las concesiones administrativas reposa en la participación del sector privado en tareas que anteriormente estaban reservadas exclusivamente a la Administración.

Sobre la naturaleza jurídica de la concesión, debemos señalar que se caracteriza por ser de naturaleza mixta, pues se encuentra sujeta a la aplicación de las normas del Derecho Administrativo y las normas del Derecho Privado. Esta doble naturaleza permite limitar los poderes exorbitantes del Estado y establecer un régimen de equilibrio contractual entre las partes. Ello permite que se tutele el interés público sin perjudicar a los inversionistas privados que establecen relaciones contractuales con el Estado. De acuerdo a Calafell, la concesión es considerada como un acto mixto, pues tiene dos componentes: la situación reglamentaria y el contrario administrativo, lo que a su vez se divide en dos fases: como acto unilateral y como acto contractual (1996, p. 218).

Así pues, la naturaleza mixta de los contratos de concesión ha sido ampliamente aceptada en la doctrina moderna, situación que también genera consecuencias sobre los roles que pueden ejercer las partes en el marco de un contrato de concesión de infraestructura. Por una parte, los concesionarios no están excluidos del poder de policía de la Administración, por lo que esta puede ejercer facultades de limitación y ordenación sobre aquellos. De esta manera, los concesionarios, a pesar de la relación contractual, pueden actuar como administrados. Por otra parte, los concesionarios son parte contractual en la relación jurídica que se forma mediante el contrato de concesión. Dicho contrato les concede derechos e impone obligaciones en el marco de la ejecución del contrato.

Sobre este punto, es necesario señalar que la colaboración público – privada, que se introduce mediante los contratos de concesión, refiere a la cooperación entre la Administración Pública y las empresas privadas. Por medio de ella se transfieren los riesgos de forma preferente al privado para que este se encargue del financiamiento, construcción, mantenimiento, operación de los servicios públicos o de la infraestructura utilizada para

brindarlos. Las funciones del privado implican que este asuma los costos de construcción, así como los riesgos de la explotación del proyecto.

Este vínculo jurídico entre la Administración y el sector privado es posible, en el contexto peruano, por el cambio en el modelo constitucional económico. El ordenamiento jurídico vigente, tanto en la Constitución Política de 1993 como en las normas de rango legal, establecen un marco destinado a la promoción de la inversión privada. Por ello, el Estado ya no se reserva para sí mismo en exclusividad la prestación de los servicios públicos, pues la inversión privada podía asumir un rol activo en dichas materias.

La colaboración entre el Estado y el sector privado puede ser posible en tanto sus intereses pueden convivir. Es decir, la satisfacción del interés público y los beneficios lucrativos no son excluyentes entre sí, ni tampoco impiden que los inversionistas privados participen en este tipo de proyectos. Es posible armonizar ambas posturas, pues el marco de la colaboración público - privada está diseñado para que ambas partes obtengan ventajas.

De acuerdo a Gaspar Ariño, la naturaleza de los contratos de colaboración público - privada supone que el concesionario sustituye a la Administración Pública en sus funciones de explotación de la obra pública o gestión del servicio público objeto de la concesión. Entonces, el concesionario desarrolla tareas, que de otra manera deberían ser asumidas por la Administración (2009, p. 13).

En esa línea, la colaboración público - privada involucra el traslado de diferentes tipos de potestades al sector privado. Esta transferencia es necesaria para que los inversionistas, en su calidad de concesionarios, puedan realizar el objeto del contrato de concesión. De lo contrario, no estaríamos refiriéndonos a una relación de cooperación entre lo público y lo privado, pues el modelo sería similar a otro tipo de contratos.

Así pues, los alcances de la colaboración entre el sector público y el sector privado abarcan la transferencia de potestades hacia los concesionarios. Sin embargo, este esquema de colaboración no es irrestricto. Por tanto, es menester preguntarnos por los límites de la colaboración público – privada.

En el presente caso, el contrato de concesión impone al concesionario, mediante la cláusula 7.5, la obligación de supervisar que el operador de servicios cumpla con las Leyes Aplicables. Es decir, la obligación consiste en encargar a FetranSA la supervisión de que los operadores de servicios de transporte cumplan con el marco normativo. Siendo ello lo convenido, ¿acaso el deber de supervisión impuesto excede los límites de la colaboración público - privada?

Como se ha señalado previamente, las concesiones implican la transferencia de determinadas potestades administrativas al concesionario. No obstante, las labores asignadas al concesionario deben obedecer a los principios de la contratación administrativa y, sobre todo, salvaguardar el interés público. Estas son las directrices para definir los derechos del concesionario y el alcance de las obligaciones contractuales.

En esa línea, sobre el deber de supervisión que se impone a FetranSA, debemos señalar que, si bien los contratos de concesión otorgan el ejercicio de potestades al concesionario, ello no supone que el traslado de dichas competencias no obedezca a determinados límites y parámetros. Según Matilla, la concesión genera que el concesionario adquiera el ejercicio de ciertos poderes jurídicos en relación con los terceros, que anteriormente le eran ajenos, los cuales debe realizar para cumplir con el objeto del contrato. Frente a esta situación, la Administración Pública vela por la realización adecuada de estos poderes, es decir, que no se desnaturalice la finalidad perseguida (2018, p. 288).

Entonces, si los contratos de concesión, en el marco de la colaboración público - privada, afectan las facultades que inicialmente asume la Administración Pública, y las traslada al concesionario, es pertinente aclarar si, a través de la cláusula 7.5, se transfirió la potestad administrativa de fiscalización a FetranSA o se hace referencia al encargo de la realización de una actividad material.

El ordenamiento jurídico peruano ha utilizado los términos supervisión y fiscalización como sinónimos. Inicialmente, se vinculó a la supervisión con la prevención, mientras que la fiscalización fue relacionada con la potestad sancionadora. Sin embargo, actualmente, estos términos son utilizados de forma equivalente. La distinción entre fiscalización y supervisión carece de relevancia, pues se ha asumido mayoritariamente que ambos términos son sinónimos ya que comparten la finalidad de vigilar el cumplimiento normativo. En esa línea, el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), define en el artículo 239 a la actividad de fiscalización sin distinguirla de las diligencias de supervisión.

La fiscalización ha sido definida como una de las potestades de la Administración, cuyo objetivo es la verificación del cumplimiento normativo. Es una actividad administrativa, pues es un poder abstracto y genérico otorgado a la Administración por un mandato legal (Tirado, 2011, p. 253). Se trata de una de las manifestaciones del poder de ordenación y limitación de la Administración, cuyo ejercicio exige atribución legal.

Dentro de los objetivos que persigue la fiscalización, podemos mencionar el cumplimiento de las normas y las obligaciones del sujeto fiscalizado, y la tutela del interés público. Como se aprecia, la fiscalización es una actividad enfocada en la verificación de la conducta de los administrados de acuerdo al marco normativo.

Por tanto, la actividad de fiscalización es una potestad administrativa que, a través de diligencias o actuaciones materiales, permite la tutela del ordenamiento jurídico. Su finalidad es verificar que la actuación de los administrados sea acorde a sus obligaciones. En ese sentido, la fiscalización es un examen que permite determinar si la conducta de los administrados es acorde a sus obligaciones.

Si entendemos de esta forma a la actividad administrativa de fiscalización, debemos señalar que el deber de supervisión que se impone a Fetransa, por medio del contrato de concesión, no implica que se traslade contractualmente la potestad administrativa de fiscalización. Sostenemos que, cuando el contrato establece que Fetransa debe supervisar que el operador de servicios de transporte ferroviario cumpla con las Leyes Aplicables, la supervisión que debe llevar a cabo Fetransa refiere a la actividad material de verificación.

La fiscalización no solo comprende realizar la acción de controlar o verificar que el sujeto fiscalizado cumpla con el marco normativo, es decir, no se reduce a tener una conducta pasiva frente a la detección de incumplimientos. De acuerdo a Izquierdo, el contenido de la actividad de fiscalización no solo se limita a verificar el cumplimiento de la legalidad, sino también genera la reacción ante el incumplimiento en aras de proteger el interés público afectado (p. 2019, 397).

Entonces, la actividad administrativa de fiscalización tiene dos elementos. Por un lado, se realiza la actividad de verificación sobre la conducta del sujeto fiscalizado y; por otro lado, genera que el fiscalizador reaccione ante incumplimientos detectados para alcanzar los objetivos de prevención y control de riesgos de esta potestad administrativa.

Por ello, cuando en el contrato se impone a Fetransa supervisar que los operadores de servicios cumplan con las Leyes Aplicables, se está estableciendo la obligación contractual de realizar una actividad de comprobación. Dicho de otra forma, se atribuye al concesionario la ejecución de una actividad material consistente en verificar que el operador cumpla con las normas aplicables al servicio que presta. Sin embargo, ello no nos permite afirmar que traslada la potestad administrativa de fiscalización. Así, el concesionario solo puede impedir el acceso del operador de servicios a la línea férrea, mas no persigue los objetivos de la

fiscalización, como lo son el cumplimiento normativo, la prevención o la tutela de bienes jurídicos protegidos.

Es por ello que consideramos que el contrato de concesión no traslada la potestad administrativa de fiscalización a Fetransa a través de la cláusula 7.5. Si bien los contratos de concesión tienen como fundamento el traslado al concesionario de obligaciones que eran asumidas por la Administración, ello no implica que la colaboración público - privada no tenga límites.

En ese sentido, la actividad de fiscalización no puede delegarse contractualmente. En tanto potestad administrativa, su delegación requiere una fuente legal para ser encomendada a un tercero. El contrato de concesión no elimina el rol de supervisión que ostenta la Administración, el cual se deriva de la aplicación del principio de subsidiariedad.

Así, la Administración no se desvincula de sus potestades en el marco de la ejecución de los contratos administrativos, debido a que el interés público que subyace a su actuación justifica que no se pueda desprender de ciertas potestades administrativas. De esta manera, podemos afirmar que la colaboración público - privada no causa que la Administración deje de ejercer su rol supervisor u otras potestades; estas se mantienen dentro de la competencia administrativa. En ese sentido, afirmamos que la obligación de supervisión impuesta mediante la cláusula 7.5 no traslada la facultad de fiscalización, en tanto esta es una potestad ejercida por la Administración de acuerdo al rol que constitucionalmente se le asigna en el mercado.

La Administración no pierde la facultad de fiscalización por recurrir a las concesiones administrativas, pues esta es una potestad atribuida. En esa línea, Huapaya y Vergaray sostienen que las concesiones, a pesar de ser modalidades de gestión indirecta, no causan que la Administración pierda la responsabilidad que estas actividades generan. Así, subsiste el rol de regulación y de supervisión justificado en la idea del Estado garante del buen funcionamiento de los servicios públicos y de las infraestructuras (2007, p. 113).

Por consiguiente, cuando nos referimos a la supervisión impuesta a Fetransa por medio del contrato de concesión, en realidad, nos estamos refiriendo a una obligación contractual. De acuerdo a Castillo Freyre, la obligación es un vínculo jurídico abstracto que compromete a una parte a ejecutar una prestación de contenido patrimonial en favor de otra (2017, p. 19).

En este caso, se constituye una relación jurídica que vincula al Concesionario frente al concedente para el cumplimiento de una prestación, la consiste en comprobar materialmente el cumplimiento de las Leyes Aplicables. Desde nuestro punto de vista, dicha obligación contractual se trata de una comprobación de carácter documental, a través de la que el

concesionario verifica que los operadores de servicios cumplan con la normativa vigente. Por lo tanto, consideramos que el concesionario se limita a realizar dicha actividad material, mas no sustituye a la Administración Pública en el rol de fiscalización.

En ese sentido, es criticable que el contrato de concesión tenga una redacción ambigua, en la que no se advierte las consecuencias jurídicas de usar el término “supervisión” sin considerar que este es un sinónimo de la actividad administrativa de fiscalización. Es una cláusula que cae en la generalidad e induce a interpretaciones erróneas sobre las obligaciones contractuales del concesionario.

No obstante, ello no puede interpretarse que el contrato de concesión encargue la actividad de fiscalización a Fetransa por medio de una obligación contractual. El alcance de la cláusula 7.5 es imponer al concesionario la obligación de prestar el servicio de realizar la verificación documental del cumplimiento de las normas aplicables para permitir el ingreso de los operadores.

Asimismo, debemos señalar que la existencia de un gran número de normas aplicables a los contratos de concesión es otro factor objeto de crítica en el caso. Si bien hemos señalado que Fetransa debía cumplir con supervisar el cumplimiento de las Leyes Aplicables, así como realizar las pruebas de suficiencia y seguridad exigidas por el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, no es menos cierto que la dispersión normativa dificulta la ejecución de las obligaciones. De acuerdo al Banco Interamericano de Desarrollo, la multiplicidad de leyes y reglamentos es uno de los principales problemas en la ejecución de contratos de colaboración público – privada en el Perú (2016, p. 39). Esta situación es evidente en el presente caso, pues se imponen obligaciones al concesionario que se encuentran en diferentes normas, algunas incluso de muchos años atrás.

Segundo problema secundario: ¿Es jurídicamente válido el uso de procedimientos administrativos sancionadores para la aplicación de penalidades contractuales?

El contrato de concesión recoge en la cláusula 20.2 el tratamiento de las penalidades contractuales. Así, las partes acordaron que OSITRAN podía aplicar las penalidades contractuales, para ello debía calificarlas como infracciones y establecer su gravedad, de acuerdo a lo previsto en el Anexo N° 9.

La Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios en Transporte Aéreo, establece entre las funciones de OSITRAN el cobro de penalidades; no obstante, no le atribuye la aplicación o impugnación de las mismas. Esta competencia tampoco se encuentra recogida en el

Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracción, Sanciones y Tasas ni en ninguna otra norma vigente para el momento de los hechos. La fuente que faculta a OSITRAN la imposición de las penalidades es el contrato de concesión del Ferrocarril Oriente y Sur - Oriente, cuya cláusula 20.2 le encomienda dicha competencia.

Por su parte, el Anexo 9 del contrato de concesión refiere al régimen de penalidades aplicables a los incumplimientos del concesionario. Se trata de una tabla de penalidades, en la que se establecen criterios que permiten determinar la gravedad del incumplimiento, así como el monto de la penalidad.

**ANEXO Nº 9
(Numeral 20.2)**

REGIMEN DE PENALIDADES APLICABLES A LOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONCESIONARIO

| INFRACCION | 1ª vez | 2ª vez | 3ª vez | 4ª vez |
|--|-----------|-----------|-------------------|----------------------------------|
| - Satisface fácilmente - No reiteradas - No vulnera obligaciones importantes - No pone en peligro a personas ni bienes | Pre Aviso | 0.5% IBMA | 1% IBMA | CAT. 2 |
| - Reiteradas - Podría afectar a personas o bienes en menor grado - Afecta solo ciertos servicios | | | 1ª vez 1% IBMA | 2ª vez 2% IBMA |
| - Incumple condición básica del contrato - Pone en peligro a personas en mayor grado - Afecta bienes en forma integral - Puede causar daños económicos importantes - Puede afectar el servicio por más de 7 días | | | 3ª vez 5% IBMA | 4ª vez 10% IBMA |
| - Regresos brutos mes anterior - calificación es prerrogativa del Concedente - En con carácter referencial | | | 1ª vez 5% IBMA | 2ª vez 10% IBMA |
| | | | | 3ª vez Resolución de Contrato |

Página 108

Fuente: Contrato de concesión de la Administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur- Oriente.

Desde nuestro punto de vista, el diseño de la tabla sobre el régimen de penalidades es deficiente, ya que se limita a señalar criterios de calificación para los incumplimientos, mas no los describe o establece una lista de estos. Además, debemos resaltar que se incurre en un error pues, como se aprecia en la tabla, la sección en la que se señalan los criterios del régimen de penalidades es titulada "Infracciones". Es decir, el contenido del contrato, aunque indirectamente, no diferencia el régimen de penalidades y el régimen de sanción de infracciones administrativas.

El ignorar la diferencia entre el tratamiento jurídico de las penalidades y el régimen administrativo sancionador no se limita solo al uso incorrecto de los términos jurídicos en la tabla de penalidades. El procedimiento administrativo sancionador seguido contra Fetransa

demuestra que OSITRAN equivocadamente utiliza su facultad sancionadora para la imposición de penalidades contractuales.

Respecto a la penalidad o cláusula penal, Osterling y Castillo la han definido como aquella estipulación de un contrato que refiere a la pena o penalidad convenida ante el incumplimiento. Se trata de un pacto anticipado de indemnización, pues está previsto en los contratos desde su diseño (2008, p. 937). En esa línea, el artículo 1341 del Código Civil establece que la cláusula penal es aquel pacto por el que se conviene que, ante los incumplimientos, surja la obligación de pagar una penalidad.

Así, las cláusulas penales cumplen más de un objetivo, pues tienen una función coercitiva ligada al debido cumplimiento de una obligación, así como también ejerce función punitiva para aquellos casos en los que no se cumpla o el cumplimiento de la obligación sea defectuoso. Por tanto, las penalidades no solamente se establecen en los contratos para compensar al acreedor, sino también buscan desincentivar los incumplimientos, o los cumplimientos defectuosos o tardíos.

Las penalidades no son cláusulas principales en los contratos, pues su naturaleza es accesoria, en la medida en que su aplicación se vincula al incumplimiento de una obligación contractual. Para Sanz, las cláusulas penales son accesorias y subsidiarias pues exigen como requisito el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación principal (1994, p. s/n). Por tanto, podemos concluir que la cláusula penal solo puede ser contemplada en un contrato si protege el cumplimiento de una obligación principal.

Entonces, las cláusulas penales o penalidades están vinculadas al incumplimiento de obligaciones contractuales, es decir, son de naturaleza civil ya que son cláusulas accesorias a las que se recurren en casos de incumplimientos contractuales. Por consiguiente, el tratamiento de las penalidades es acorde a su vínculo con el derecho privado. Por esta razón, cuando se discute la aplicación de las penalidades, se recurre a mecanismos de solución de controversias como el trato directo y el arbitraje.

Así, en consonancia con la naturaleza de los contratos de concesión, se pueden presentar dos situaciones jurídicas. Por un lado, si el concesionario actúa de forma contraria a las normas de derecho administrativo, se debe iniciar un procedimiento administrativo sancionador. Ello puesto que se discute la comisión de una infracción susceptible de ser sancionada administrativamente. Sin embargo, si nos referimos a un incumplimiento contractual, la responsabilidad que se genera también es de naturaleza contractual. Por lo

tanto, ante el incumplimiento de una obligación contenida en un contrato de concesión, corresponde la aplicación de las penalidades bajo el marco de las normas de derecho privado.

Sin embargo, a pesar de lo señalado, en el presente caso, OSITRAN recurrió a un procedimiento administrativo sancionador para discutir la aplicación de la cláusula penal. Dicho de otro modo, OSITRAN recurrió a su facultad sancionadora para imponer una sanción administrativa por el incumplimiento de una obligación de fuente contractual. En ese sentido, consideramos que el organismo regulador confunde el régimen de penalidades con el régimen sancionador de la Administración.

Ahora bien, sobre la potestad sancionadora de la Administración, es menester indicar que esta no ha sido plasmada en la Constitución Política. Sin embargo, según Danos, la potestad sancionadora de la Administración es un poder que se desprende de otras competencias que se le han otorgado. Así, no sería posible que la Administración ejerza potestades de ordenación o prohibición, sino contara con la potestad de sancionar, ello de acuerdo al fin de garantizar el cumplimiento de las normas (1995, p. 150).

La potestad sancionadora de la Administración persigue a las infracciones administrativas. Las infracciones de esta clase lesionan los bienes administrativos, pues se trata de un ilícito administrativo castigado por órganos administrativos y en facultad gubernativa de la Administración (Bajo, 2016, p. 7-8). Entonces, esta potestad se despliega ante conductas que transgreden el ordenamiento administrativo, por lo que la ley habilita a la Administración el ejercicio del poder punitivo.

En relación a ello, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, atribuye a OSITRAN, entre otras agencias de regulación, la potestad de fiscalización y sanción. De esta manera, OSITRAN tiene la competencia de imponer sanciones derivadas de incumplimiento al marco normativo o en el caso de obligaciones contractuales contraídas por los concesionarios en los contratos de concesión.

Ante la comisión de una infracción administrativa, corresponde la aplicación de una sanción de la misma naturaleza. Para García de Enterría (1976, p. 399), las sanciones administrativas son entendidas como un mal infligido por la Administración hacia un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Es decir, nos estamos refiriendo a un castigo que impone la Administración en ejercicio de sus potestades punitivas.

Entonces, si la potestad sancionadora de la Administración se desprende del ius puniendi del Estado para perseguir infracciones administrativas y, por tanto, aplicar sanciones

administrativas, es erróneo que OSITRAN recurra a un procedimiento administrativo sancionador para imponer una penalidad cuya naturaleza es contractual.

El procedimiento administrativo sancionador que motiva el presente caso demuestra que se ha desnaturalizado a el tratamiento jurídico de las penalidades, pues son aplicadas como si de actos administrativos se tratara. Al respecto, el TUO de la LPAG define en su artículo 1 a los actos administrativos como aquellas declaraciones de la Administración dictadas bajo el ámbito de las normas de derecho público.

Al respecto, es menester resaltar que no toda declaración de la Administración puede ser considerada como un acto administrativo. Para Dromi, la función administrativa es el elemento cualificador de los actos administrativos. En ese sentido, sostiene que el acto administrativo es aquel dictado en ejercicio de la función administrativa, sin importar qué órgano la ejerce (2015, s/n).

Por lo tanto, consideramos que, si bien la imposición de la penalidad proviene de una autoridad administrativa, como lo es OSITRAN, ello no es suficiente para considerar la aplicación de penalidades como actos administrativos y, por consecuencia, que sean discutidos en un procedimiento administrativo sancionador.

Desde nuestro punto de vista, OSITRAN no ejerce función administrativa cuando impone las penalidades contractuales, pues no está ejerciendo una manifestación de poder. Por el contrario, la facultad de aplicar penalidades proviene del contrato de concesión, cuya cláusula 20.2 establece que el regulador sea el encargado. Es decir, es una facultad que no tiene fuente legal, sino contractual, lo que nos impide calificarla como ejercicio de la función administrativa.

Al respecto, Maraví señala que la aplicación de penalidades que realiza el OSITRAN, en virtud de los contratos de concesión, no constituye funciones de regulación, ya que en la aplicación de penalidades no se emite un acto administrativo, en tanto el OSITRAN no ejerce su función normativa, supervisora, fiscalizadora o reguladora (2020, p. 55). Así, la aplicación de penalidades no es parte de la función sancionadora de la Administración pues surge por la habilitación contractual.

Las penalidades son cláusulas penales contempladas en los contratos de la Administración, las cuales no se relacionan con la aplicación de infracciones administrativas bajo el ejercicio del poder de policía. Es decir, no podemos asimilar las penalidades con las infracciones administrativas, pues son instituciones jurídicas diferentes, mientras una compensa los daños por incumplimientos contractuales, la otra persigue los ilícitos administrativos.

Asimismo, este accionar es contrario al tratamiento jurídico de las penalidades contractuales pues, como se señaló previamente, las penalidades son de naturaleza civil y; por lo tanto, la aplicación de estas se rige por el derecho privado. En esa línea, la controversia sobre la aplicación de las penalidades y las impugnaciones no debe ser ventilada por medio de un procedimiento administrativo sancionador. Antes bien, la vía correcta atiende a la naturaleza civil de las cláusulas penales, por lo que se debe recurrir a mecanismos del derecho privado.

La función sancionadora del OSITRAN es desnaturalizada pues se utiliza esta facultad administrativa para imponer penalidades de naturaleza civil. Sin embargo, la aplicación y la impugnación de penalidades no es materia de un procedimiento administrativo sancionador, en tanto no se trata de la aplicación de un castigo por contravención al interés administrativo.

Tanto las penalidades como las infracciones administrativas persiguen objetivos diferentes. Las primeras están contempladas en los contratos de concesión para asegurar que se cumpla de forma adecuada las prestaciones a las que se encuentra obligado el concesionario. Así, la función punitiva de las penalidades se manifiesta castigando a la parte que incumpla con lo convenido en el contrato de concesión. En el caso de las sanciones administrativas, estas son impuestas como castigo, en ejercicio del poder de policía, cuando el administrado afecta el interés público por una actuación contraria a las normas de derecho público.

El hecho de que las penalidades sean impuestas por medio de un procedimiento administrativo sancionador no es suficiente para que se desvinculen del derecho privado. Los contratos de concesión se caracterizan por tener regulación administrativa, así como contenido contractual privado, por lo que no es extraño que los incumplimientos contractuales tengan una aplicación en consonancia con dicha naturaleza.

Consideramos que el tratamiento jurídicamente incorrecto de las penalidades contractuales también se evidencia en la construcción de la tipicidad de la sanción. Para el Tribunal Constitucional, en el EXP. N° 01873-2009-PA/TC, la tipicidad es un principio “en mérito al cual la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa [...]”. Así pues, la tipicidad es un principio de observancia obligatoria en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, puesto que permite tutelar la seguridad jurídica y las garantías del procedimiento administrativo.

En este caso, la conducta típica sobre la que se instaura el procedimiento administrativo sancionador se basa en incumplir con lo establecido en la cláusula 7.5 del contrato de concesión. Es decir, OSITRAN considera que la conducta infractora recae en el

incumplimiento de una obligación contractual, la cual consiste en que Fetransa supervise que el operador de servicios de transporte ferroviario cumpla con las Leyes Aplicables.

Así, la tipicidad de la infracción fue construida a partir de la cláusula 7.5 del contrato de concesión y la tabla de penalidades del Anexo 9. Se trata de una pretendida infracción que no tiene sustento legal, pues la conducta no ha sido tipificada en una norma o reglamento. En ese sentido, el análisis de OSITRAN no solo es errado por utilizar un procedimiento administrativo sancionador para aplicar penalidades contractuales, sino también por crear una conducta típica a partir de una obligación contractual. Rechazamos que la tipicidad de una conducta infractora puede construirse a partir de un contrato de concesión, pues la taxatividad de las infracciones debe provenir de una ley o reglamento.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

1. La colaboración público – privada implica la transferencia de determinadas potestades administrativas. Ello es necesario para el cumplimiento del objeto del contrato de concesión pues, de esta forma, los privados intervienen en la ejecución de actividades que antes se encontraban reservadas al Estado.
2. La colaboración público - privada no está exenta de límites. Los concesionarios sustituyen al Estado en la prestación de servicios públicos en ciertos sectores; no obstante, la Administración no se desprende de su rol de supervisión. Aunque el régimen constitucional actual promueve la inversión privada, la actividad administrativa de fiscalización es ejercida por la Administración y solo puede ser atribuida legalmente.
3. Respecto a la aplicación del artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, considero que los coches sí eran nuevos, por lo que se subsumían en el supuesto de hecho contemplado en dicha norma. Aunque jurídicamente no existe una definición de “coche nuevo”, la interpretación del MTC es la más acorde a la finalidad de la norma, pues busca tutelar la seguridad de los pasajeros.
4. El alcance de la cláusula 7.5 del contrato de concesión impone una obligación contractual a Fetransa consistente en verificar o comprobar si el operador de servicios de transporte ferroviario cumple con las Leyes Aplicables. Se trata de una prestación, por la que el concesionario realiza la actividad material de supervisar que Perú Rail

S.A. u otro operador cumpla con las normas vigentes para la prestación del servicio de transporte de pasajeros.

5. En ese sentido, el contrato de concesión no traslada la actividad administrativa de fiscalización a Fetransa, ya que esta facultad solo puede ser atribuida legalmente. La obligación contractual de Fetransa consiste en una revisión documental sobre el cumplimiento de las leyes, mas no genera que el concesionario reemplace a la Administración. En este caso Fetransa, no puede reaccionar ante los incumplimientos ni persigue tutelar el interés público, por lo que negamos que la fiscalización administrativa sea parte de sus competencias.
6. En el presente procedimiento administrativo sancionador, se ha tratado erróneamente a las penalidades contractuales, ya que son confundidas con las infracciones administrativas. Por consiguiente, no comparto que se utilice la potestad sancionadora del Estado para aplicar una cláusula penal. Los incumplimientos contractuales deben ser sancionados de acuerdo a su naturaleza, por lo que deben ser discutidos por el trato directo y el arbitraje, en aplicación de las normas del derecho privado.
7. La imposición de penalidades contractuales no es ejercicio de la función administrativa, puesto que no se realiza en el marco de las normas de derecho público. Por el contrario, en el presente caso, OSITRAN es facultado únicamente por la vía contractual, pues ninguna norma vigente para el momento de los hechos establecía que este organismo regulador imponga penalidades. Por lo tanto, la imposición de penalidades no es un acto administrativo y no puede ser objeto de un procedimiento administrativo sancionador.

BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, G. (1999). "El retorno a lo privado: Ante una nueva encrucijada histórica". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 19 -38.

Ariño Ortiz, G. (2009). Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿Son técnicas intercambiables?. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 12-23. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14010>

Bajo, M. (2016). *La Unidad del Derecho Sancionador*. Madrid. Universidad Autónoma de Madrid.

Banco Interamericano de Desarrollo (2016). El Rol de las Asociaciones Público Privadas en la Promoción de la Inversión Privada en el Perú. *Asociaciones Público Privadas en el Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal*. Recuperado de: https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_1.pdf

Barrantes Cáceres, R. (2009). Los fundamentos económicos de las concesiones de infraestructura y servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 329-337. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14031>

Cairampoma Arroyo, Alberto. (2012). "(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el Ordenamiento Jurídico peruano". *Aportes para un Estado Eficiente. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra Editores. Lima.

Calafell, Jorge E. (1996). Teoría General de la Concesión. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana N° 26*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM. México D.F, 216-218.

Castillo, M. (2017). *Derecho de las Obligaciones*. Fondo Editorial PUCP.

Danos Ordóñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 149-160. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

Decreto Legislativo N° 295. Por el cual se promulga el Código Civil. 25 de julio de 1984.

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS. Por el cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019.

Dromi, R. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo*. Editorial Ciudad Argentina.

- Fernández Baca, J. (2000). El problema de los monopolios en la teoría económica, 78-104.
- García de Enterría, E (1976). El problema jurídico de las Sanciones Administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*.
- González, J.(2021). Colaboración público-privada y transferencia de riesgos. *Revista IUS ET VERITAS* (62), 152-170.
- Huapaya Tapia, R., & Vergaray D'arrigo, G. (2007). Algunos apuntes en relación con la "participación público-privada y su vinculación con el derecho administrativo y la inversión en infraestructura y servicios públicos. *Revista De Derecho Administrativo*, (3), 95-126. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16318>
- Ariño Ortiz, G. (2009). Contrato de Obra, Concesión de Obra, Concesión de Servicio Público: ¿son técnicas intercambiables?. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 12-23. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14010>
- Izquierdo Carrasco, M. (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa. *La proyección del Derecho Administrativo peruano: estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* / coord. por Diego Zegarra Valdivia, 387-418.
- Ley N° 26917. Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios en Transporte Aéreo. 22 de enero de 1998.
- Ley N° 27332. Ley marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. 29 de septiembre del 2000.
- Maraví Sumar, M. (2020). La actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG: Revisión del marco legal del OSITRAN. *Forseti. Revista de Derecho*, 8(11), 84-107.
- Matilla Correa, Andry. (2018). *La Concesión Administrativa*. Librería Jurídica Internacional.
- Manayalle Chirinos, A., & Zúñiga Alemán, L. (2006). Sanciones administrativas y penalidades en Concesiones de infraestructura de transporte. *THEMIS Revista de Derecho*, (69), 159-169. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16713>
- Osterling, F y Castillo, M. (2008). "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Palestra Editores.
- Rivas, E., Gómez, H., & Mejía, G. (2007). Abuso de la Posición de Dominio en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente. *Derecho & Sociedad Asociación Civil* (29), 244-260.

Ruiz, A. (2002). El Proceso de Privatizaciones en el Perú Durante el Periodo 1991-2002. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES, Naciones Unidas. Serie Gestión Pública 22.

Sanz Viola, A (1994). La cláusula penal en el Código Civil. J.M Bosch Editor, Madrid.

Tirado Barrera, J. A. (2011). Reflexiones en Torno a La Potestad de Inspección o Fiscalización de La Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, (37), 251-262. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13177>

Tribunal Constitucional de Perú (2020). Sentencia recaída en el expediente 0006-2020-PI. Caso de la ley que suspende el cobro de peajes. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/00006-2020-PI-PROYECTO-PENDIENTE-DE-DELIBERACION.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2009). Sentencia recaída en el expediente 01873-2009-PA. Recurso de agravio constitucional interpuesto por Vicente Rodolfo Walde Jauregui. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01873-2009-AA.html>

Zegarra Valdivia, D. (1999). Concesión administrativa e iniciativa privada. *THEMIS Revista De Derecho*, (39), 99-119.