

**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 de Abogado  
que presenta:

Max Gabriel Gutarra Alburqueque

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povis


Lima, 2022

## INFORME DE SIMILITUD

Yo, Lucio Andres Sanchez Povis, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Informe jurídico sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN”, del autor Max Gabriel Gutarra Alburqueque, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 05/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

<u>Sanchez Povis, Lucio Andres</u>	
DNI: 43460854	Firma
ORCID <a href="https://orcid.org/0000-0002-2974-5597">https://orcid.org/0000-0002-2974-5597</a>	

## RESUMEN

En el presente informe se analizará la resolución del Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN donde el órgano regulador desarrolla un Procedimiento Administrativo Sancionador con el que se le imputa a la Concesionaria FETRANSA no haber cumplido con sus obligaciones estipuladas en la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión de la administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur Oriente. Una de estas obligaciones es la de supervisar el cumplimiento de las Leyes Aplicables por parte de terceros que presten servicios ferroviarios. Así, sucede que FETRANSA ha permitido que PERURAIL, en su calidad de empresa operadora, circule en la vía férrea y transporte pasajeros con seis coches nuevos, sin contar con la autorización otorgada por el MTC. De esta manera, la operadora habría infringido lo estipulado en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles.

La finalidad de este trabajo es dilucidar si lo que se fundamenta en la citada resolución tiene asidero en la normativa administrativa de la época. Por ello, este análisis se diseccionará en tres problemas principales para discernir si es que el acto administrativo está debidamente motivado y si no se ha infringido algún Principio administrativo que rige su potestad sancionadora. Entonces, el primer problema principal se enfoca en un dilema interpretativo tanto del Contrato de Concesión como del Reglamento General de Ferrocarriles. El segundo problema es relevante para comprender que la entidad debe aplicar los Principios durante su función sancionadora. Finalmente, en el tercer problema se ha escogido analizar el Compromiso de Cese como una figura novedosa en el sector de infraestructura y en el transporte ferroviario para examinar si su tratamiento fue el correcto.

**Palabras claves:** Leyes Aplicables, Contrato de Concesión, Principio de Razonabilidad, Régimen de Penalidades, Compromiso de Cese.

## **ABSTRACT**

This report is going to analyse the resolution of the “Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN” where the regulatory organization develops an Administrative Sanctioning Procedure with which the Concessionaire FETRANSA is accused of not having complied with its obligations stipulated in clause 7.5. of the Concession Contract for the administration of the Central, South and South East Railways. One of these obligations is to supervise compliance with Applicable Laws by third parties that provide rail services. Thus, it happens that FETRANSA has allowed PERURAIL, in its capacity as operating company, to circulate on the railway and transport passengers with six new cars, without having the authorization granted by the MTC. In this way, the operator would have violated the provisions of article 451 of the General Railway Regulations.

The purpose of this work is to determine if what is based on the resolution mentioned has a foothold in the administrative regulations of the time. For this reason, it is going to dissect this analysis into three main problems to discern whether the administrative act is duly motivated and whether an administrative principle that governs its sanctioning power has not been infringed. So, the first main problem focuses on an interpretative dilemma of both the Concession Contract and the General Railway Regulations. The second issue is relevant to understand that the entity must apply the Principles during its sanctioning function. Finally, in the third problem it has been chosen to analyse the Commitment to Cease as a novel figure in the infrastructure sector and in the rail transport to examine if its treatment was correct.

**Keywords:** Applicable Laws, Concession Contract, Principle of Reasonability, Penalties Regime, Commitment to Cease.

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES DATOS DEL CASO .....</b>	<b>1</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
1.1. Justificación de la elección de la resolución .....	2
1.2. Presentación del caso .....	2
<b>II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES .....</b>	<b>5</b>
2.1. Antecedentes .....	5
2.2. Hechos relevantes del caso .....	7
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS ....</b>	<b>10</b>
3.1. Problema principal .....	10
3.2. Problemas secundarios .....	10
<b>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A .....</b>	<b>11</b>
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios .....	11
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución .....	14
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....</b>	<b>15</b>
5.1. Problema 1: ¿Es correcta la aplicación en este caso del artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles?.....	15
5.2. Problema 2: ¿Se están aplicando correctamente los principios especiales que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración y los principios generales del procedimiento administrativo en la Resolución del Consejo Directivo?; y, según ello, ¿Está usando OSITRAN correctamente su potestad sancionadora en el presente caso? .....	47
5.3. Problema principal 3: ¿Ha sido correctamente tratado el Compromiso de Cese presentado por FETRANSA? .....	82
<b>VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES .....</b>	<b>99</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>101</b>

## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>N° EXPEDIENTE</b>	Expediente N°021-2003-GS-OSITRAN
<b>ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO</b>	Derecho Administrativo: Sancionador, Regulación económica de infraestructura de servicios, Concesión, cumplimiento de obligaciones.
<b>IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES</b>	Resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN y Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN
<b>DEMANDANTE / DENUNCIANTE</b>	No hay, es un procedimiento administrativo sancionador de OSITRAN
<b>DEMANDADO / DENUNCIADO</b>	Administrado: Ferrocarril Trasandino S.A. (FETRANSA)
<b>INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL</b>	Segunda Instancia Administrativa de OSITRAN: apelación elevada al Consejo Directivo
<b>TERCEROS</b>	Se le podría considerar un tercero involucrado a la empresa operadora PERURAIL S.A
<b>OTROS</b>	Sería importante contar con el recurso de reconsideración y la resolución que le da respuesta (resolución de Gerencia General). Además, contar con el Anexo 9 del Contrato y las normas que se aplican en el presente PAS.

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Justificación de la elección de la resolución**

Tengo mucho interés por abordar, desarrollar y conocer más sobre temas de Derecho Administrativo Sancionador; de esta manera, me decanté por escoger un expediente que abarcara estos temas relacionados a esta área del Derecho Administrativo.

En este sentido, considero que el expediente que he escogido y se me ha asignado es complejo y muy rico en problemas jurídicos que se presentan día a día en el ámbito sancionador; además, plantea una interesante discusión en cuanto a la interpretación de normas administrativas y el Contrato de Concesión. De esta manera, con la revisión del caso he podido determinar que se suscitan diversas problemáticas en relación a la interpretación de la norma aplicada, a la competencia de los órganos de la Administración (OSITRAN y MTC), la aplicación de los Principios en un PAS; y, otros aspectos que estoy encantando de abordar porque creo que hay mucha información relevante que puede ser analizada y esclarecida.

Asimismo, considero que la resolución que pone fin a la vía administrativa, la resolución del Consejo Directivo, tiene un carácter complejo y diverso debido a que la enmarcan diferentes temas jurídicos muy discutidos en esa época, entre los años 2003 y 2004, los cuales pueden ser contrastados en una suerte de comparación en cómo es que el Derecho Administrativo Sancionador se ha ido desarrollando con el pasar de los años en nuestro ordenamiento. Además, tengamos en cuenta que la resolución no solo aborda tópicos relacionados a un PAS, sino que he podido identificar que es abundante en contenido, puesto que abarca temas de regulación económica, de infraestructura de servicios públicos y concesiones.

### **1.2. Presentación del caso**

El caso se enmarca en el contrato de Concesión de la Administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur Oriente, celebrado por el Ministerio de Transporte, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (MTC) en la calidad de Concedente; y, desde el otro lado contractual, tenemos a la empresa Ferrocarril Trasandino S.A (FTSA o FETRANSA) en calidad de Concesionario. Es así, que la controversia se suscita cuando OSITRAN, el cual es el organismo encargado de regular y supervisar la explotación de la infraestructura de transporte de uso público; y, también realiza un control posterior de los Contratos de Concesión en este sector, le imputa a la Concesionaria haber incumplido el numeral 7.5 del referido Contrato de Concesión. De esta manera, tenemos que se le inició un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) a la empresa por este incumplimiento, lo que derivó en la imposición de una sanción equivalente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior.

El gravamen de esta sanción hizo que FETRANSA interpusiera un Recurso de Reconsideración contra la Resolución que la sancionó, el cual fue declarado infundado. A raíz de esto volvió a hacer uso de su derecho a impugnar, esta vez presentando un Recurso de Apelación, el cual originó que se dictara la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN, que será materia del presente análisis y en donde se resolvió declarar fundado en parte dicho recurso. En consecuencia, se cambió la calificación de la infracción de muy grave a grave, lo cual corresponde a la aplicación de una sanción equivalente al 1% de los ingresos del mes anterior.

En este sentido, los problemas principales de la Resolución del Consejo Directivo que he podido identificar y que pretendo trabajar a lo largo de este semestre, son los siguientes:

1. Se le debe aplicar al Concesionario el art. 451° del Reglamento General de Ferrocarriles de acuerdo a lo establecido en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión. Este problema principal a su vez me lleva a plantear los siguientes problemas secundarios que me ayudarán a resolver la problemática en este punto, tales como:
  - 1.1. Que se entiende por “Leyes Aplicables” a las que hace referencia el Contrato de Concesión.
  - 1.2. Que se debe entender por “nuevo” según lo estipulado en el art. 451 del referido cuerpo normativo.
  - 1.3. Le es aplicable a la Concesionaria las disposiciones de la Association of American Railroad (ARR)
  
2. Mi interrogante es si en la resolución analizada se están respetando los principios que rigen la potestad Sancionadora de la Administración y los Principios Generales del Procedimiento Administrativo (especial análisis en los Principios de Razonabilidad, Legalidad, Tipicidad y Culpabilidad); y, además, me causa interés saber si el OSITRAN está haciendo un correcto uso de su potestad sancionadora en este caso. Este segundo problema principal a su vez me lleva a plantear los siguientes problemas secundarios que me ayudarán a resolver la controversia en este punto, tales como:



- 2.1. Cómo es que se aborda en la normativa de la época la responsabilidad administrativa y como se regula la graduación de la sanción.
  - 2.2. Cómo es que se aborda en la normativa de la época la figura de la subsanación.
  - 2.3. Se está usando correctamente la facultad sancionadora del OSITRAN en relación a la aplicación de penalidades contractuales en este caso.
3. Se le brindó un tratamiento adecuado al compromiso de cese presentado por la concesionaria. Este tercer problema principal a su vez me lleva a plantear los siguientes problemas secundarios que me ayudarán a resolver la problemática en este punto, tales como:
- 3.1. Se debe regular el Compromiso de Cese con el artículo 47° del reglamento de cobro y aplicación de infracciones, sanciones y tasas (norma derogada) o se debe aplicar otra norma.
  - 3.2. Se debe identificar la naturaleza de la obligación incumplida por la concesionaria (es una obligación sustantiva o no)

Respecto a mi posición temprana y parcial sobre dichos problemas que he identificado, me atrevo a decir que la Resolución analizada sí adolece de vicios que tendrían como consecuencia su nulidad, pues tengo sendos cuestionamientos relacionados a la debida motivación de algunos de los fundamentos de dicha resolución por lo que no debería haber encontrado amparo legal que sustente su permanencia en el ordenamiento jurídico de esa época. Tal vez, estos vicios luego han sido advertidos en un proceso contencioso administrativo, pero hasta donde he podido analizar, hay fundamentos del Consejo Directivo que sospecho no son acordes al ordenamiento legal vigente en esa fecha. Sin perjuicio de lo anterior, extiendo mi compromiso de un análisis más exhaustivo de las normas de la época y lo resuelto por el OSITRAN.

En relación a los instrumentos de investigación que emplearé en el desarrollo de mi Informe Jurídico, considero que las principales herramientas que me ayudarán a resolver los problemas jurídicos identificados son la legislación administrativa de la época y la jurisprudencia que aborden los temas mencionados. Otra herramienta que considero fundamental es leer mucha doctrina sobre los conceptos y figuras jurídicas desarrolladas en la resolución,

tanto en el ámbito de nuestro ordenamiento como en derecho comparado. De esta manera, me propongo a explicar lo que se debe entender por subsanación voluntaria, obligación sustantiva, los Principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración, el compromiso de cese, la graduación de la sanción, penalidades y propiamente lo que se entiende por el procedimiento administrativo sancionador. Finalmente, reitero que considero necesario revisar la legislación pertinente en la cual se desarrolló el caso, pues tengamos en cuenta que son normas vigentes en el año 2004 pero que muy posiblemente en la actualidad se encuentren derogadas o modificadas; en consecuencia, existe la necesidad de revisar la LPAG de esa época (antes del 2005), el Reglamento General de Ferrocarriles, el Reglamento de cobro y aplicación de infracciones, sanciones y tasas; el Reglamento de infracciones y sanciones; y, por supuesto, el Régimen de penalidades aplicables a los incumplimientos del Contrato de Concesión del presente caso.

## **II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES**

### **2.1. Antecedentes**

Tal como lo mencioné en el punto 1.2, el contexto en el que se desarrolla este caso es a partir del Contrato de Concesión para la administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur Oriente, en donde la empresa Ferrocarril Trasandino S.A (en adelante la llamaremos FETRANSA), haciendo uso de las facultades conferidas por el referido contrato le comunica al Ministerio en cuestión (en adelante MTC) que implementará el servicio de pasajeros de lujo en la ruta Poroy -Machu Picchu- Poroy junto con PERURAIL, por lo que dicha empresa operadora usará 06 coches para implementar dicho servicio denominado “Hiram Bingham”. Sin embargo, el MTC no le otorgó los permisos necesarios para que puedan operar los coches en base a algunas observaciones, pero igualmente estos fueron puestos en circulación, por lo cual el OSITRAN inicio un Procedimiento Administrativo Sancionador en contra de FETRANSA por haber incumplido el artículo 7.5 del Contrato de Concesión. A continuación, desarrollaré de forma breve los acontecimientos más importantes que dieron pie a la resolución del Consejo Directivo materia de análisis:

- El 10 de julio de 2003, FETRANSA le comunicó al MTC el inicio de un servicio de pasajeros de lujo denominado “Hiram Bingham”, el cual tenía como fecha tentativa para su inicio el día 21 de agosto de 2003, para lo cual el operador PERURAIL emplearía seis (06) coches de su propiedad traídos desde Asia.
  
- A raíz de lo anterior, el 14 de agosto de 2003 el MTC remite a FETRANSA el oficio N° 872-2003-MTC/14, en donde consta la evaluación a los coches

que se iban a usar para el servicio “Hiram Bingham”. De esta manera, el Ingeniero designado y a cargo de esta evaluación hace seis observaciones que tenían que ser levantadas por PERURAIL como paso previo para que se les otorgue las autorizaciones respectivas del Sector. Adicionalmente, el MTC señala que PERURAIL debe cumplir con lo establecido en el art. 449° del Reglamento General de Ferrocarriles y debe tener en cuenta lo señalado en los artículos 132° y 141° del mismo cuerpo normativo.

- Luego de diversas comunicaciones entre FETRANSA, el MTC y el OSITRAN; y, a raíz de que la Concesionaria y la empresa operadora aún no habían levantado la observación referente al desplazamiento practicado en las ruedas de los coches para adaptar los truques de trocha de 1000 mm. a 914 mm. en las condiciones que exigía el MTC, es que con fecha 27 de octubre de 2003, el referido Ministerio comunicó a PERURAIL a través del Oficio N° 1159-2003-MTC/14 que estaba realizando un procedimiento incorrecto empleado para adaptar los bogies a la trocha de 914 mm, lo que tenía como consecuencia una falta de seguridad tanto para los pasajeros como para el material ferroviario, por lo que era muy necesario que se instalen los ejes de trocha respectivos en los coches como requisito para obtener la autorización de ingreso al servicio.
- No obstante, pese a lo anterior, se puede colegir de los hechos mencionados en el caso, que la Concesionaria junto con la empresa operadora brindaron el servicio de lujo sin alzar la observación indicada por el MTC. Esto tuvo como consecuencia que el 26 de noviembre de 2003, el Supervisor de Operaciones recomiende a la Gerencia de Supervisión el inicio de un PAS contra FETRANSA, por incumplir lo establecido en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión, al haber permitido la operación de coches en el Ferrocarril del Sur Oriente por parte de PERURAIL sin tener la autorización del MTC.
- Es así que, el 27 de enero de 2004 se inició un PAS regulado propiamente en el artículo 66° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) del OSITRAN, por lo que se le comunicó a FETRANSA dicha acción mediante el oficio N° 084-04-GS-A3-OSITRAN. A consecuencia de lo anterior, es que la Concesionaria presenta sus descargos el 12 de febrero del 2004.
- En vista que FETRANSA presentó un Compromiso de Cese; primero, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General el Informe 059-04-GS-A2-OSITRAN, en donde se le recomienda no aceptar dicho

Compromiso de Cese. Luego, con oficio N° 103-04-GG-OSITRAN de fecha 11 de marzo de 2004, OSITRAN le notifica a FETRANSA que su Compromiso de Cese no fue aceptado, a lo que la concesionaria haciendo uso de su derecho a impugnar interpone un Recurso de Reconsideración. Sin embargo, la autoridad administrativa le comunicó a FETRANSA que se determinó como no ha lugar el recurso interpuesto.

- En esta línea de acontecimientos, el 17 de mayo de 2004 se le notifica a FETRANSA la Resolución de la Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN, en donde se resuelve declarar que la Concesionaria incumplió con su obligación contenida en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión y el art. 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, por lo que se le impone una sanción equivalente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa. A raíz de esto, el 16 de junio de 2004, FETRANSA presenta un Recurso de Reconsideración en contra de la resolución que la sanciona.
- En este sentido, si bien es cierto no contamos con la resolución que dio respuesta al recurso de reconsideración presentada por la Concesionaria, se puede colegir por el desarrollo lógico de los hechos que lo resuelto fue declarar infundado este recurso, en tanto FETRANSA vuelve a hacer uso de su derecho a impugnar y presenta un Recurso de Apelación el 13 de agosto de 2004 contra la Resolución de Gerencia General N° 039-2004-GG-OSITRAN (resolución que dio respuesta al recurso de reconsideración). De esta manera, llegamos a la Resolución del Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN expedida el 20 de septiembre de 2004, en la cual la autoridad administrativa se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto y que es objeto de análisis para el desarrollo del presente Informe Jurídico.

## **2.2. Hechos relevantes del caso**

Habiendo determinado los antecedentes que enmarcan nuestro caso, es momento de abordar los hechos más relevantes, los cuales he podido identificar que son los siguientes:

- Posiciones de las partes en el procedimiento administrativo sancionador y sus fundamentos.

Posición del Administrado (FETRANSA): Se declare fundado su Recurso de Apelación en la medida que la resolución impugnada incurre en errores tanto de hecho como de derecho. En este sentido, sostiene que:

- En ningún momento han incumplido con sus obligaciones de supervisión y no se les puede imputar un incumplimiento en virtud del artículo 451° porque no le es aplicable.
- Han cumplido con todos los estándares de seguridad exigidos en el contrato de concesión, tanto es así que los resultados de las pruebas adicionales pedidas por el MTC dieron resultados satisfactorios.
- Exigieron al operador ferroviario el cumplimiento de las normas de seguridad aplicables respecto a los coches adaptados, de manera previa a la prestación del servicio de lujo “Hiram Bingham”.
- Sostiene que la resolución de Gerencia General incurre en un vicio de nulidad al no haber motivado su decisión; además, califica incorrectamente la supuesta infracción cometida, pues no se han dado los supuestos necesarios para ser considerada como muy grave.
- Alega que se debió aceptar el Compromiso de Cese que ofrecieron, pues concluyeron con los cambios de ejes requeridos por el MTC y se les dio la autorización correspondiente.

Posición de la Administración (El Consejo Directivo del OSITRAN): Se declare fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por la Concesionaria, pues se aplica una circunstancia atenuante, lo que implica que no le corresponde una sanción por una infracción muy grave, sino que se le debe aplicar una sanción correspondiente a una infracción grave que se configura en el 1% de los ingresos del mes anterior. En todo lo demás, concuerda con la decisión de la Gerencia General en base a lo siguiente:

- El concesionario se encuentra obligado, de acuerdo a lo establecido por la cláusula 7.5, a supervisar el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles por parte del operador PERURAIL. También, debe supervisar el cumplimiento de todas las “Leyes Aplicables”; además, el hecho de que haya obtenido las autorizaciones no sustrae la materia sancionable, puesto que el OSITRAN no está impedido de imponer la sanción correspondiente por haber iniciado la operación de los coches sin la autorización previa del MTC.

- Por otro lado, la Entidad sostiene que no es competente para pronunciarse sobre la aplicabilidad o no del estándar de la AAR por parte del MTC, ya que es de exclusiva competencia de este Ministerio poner como requisito el cumplimiento de criterios técnicos para expedir las autorizaciones correspondientes.
- Argumenta que el consultor de PERURAIL no fue contundente al momento de expedir su opinión y por el contrario dejó dudas sobre la seguridad que presentaban los coches, puesto que no otorgaban una seguridad plena.
- La infracción no podría haberse calificado de otro modo, debido a que el incumplimiento de la obligación vulnera una condición básica del contrato; además, pone en peligro y riesgo a las personas, lo cual fue advertido tanto por el MTC como por el OSITRAN.
- Resoluciones administrativas y recursos administrativos identificados en el expediente.

#### Primera instancia administrativa:

- Resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN: emitida el 07 de mayo de 2004, en donde se declara que FETRANSA incumplió con su obligación y se le impone una sanción tipificada como muy grave.

#### Recurso de Apelación de la resolución de la primera instancia

- Apelación de la Resolución N° 039-2004-GG-OSITRAN (resolución que le da respuesta al recurso de reconsideración): interpuesta por FETRANSA el 13 de agosto de 2004.

#### Segunda Instancia Administrativa

- Resolución del Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN: Emitida el 20 de noviembre de 2004, por la cual en aplicación de un atenuante de responsabilidad se califica la infracción de FETRANSA como grave. En todo lo demás, el Consejo Directivo está de acuerdo con lo resuelto en Primera Instancia.

### III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

#### 3.1. Problema principal

He determinado tres problemas principales, los cuales plantearé a continuación:

**Problema principal 1:** ¿Es correcta la aplicación en este caso del artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles?

**Problema principal 2:** ¿Se están aplicando correctamente los principios generales del procedimiento administrativo y los especiales que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración en la resolución del Consejo Directivo?; y, según ello, ¿se está usando correctamente la potestad sancionadora de OSITRAN en el presente caso?

**Problema principal 3:** ¿Ha sido correctamente tratado el Compromiso de Cese presentado por FETRANSA?

#### 3.2. Problemas secundarios

A su vez, cada problema principal cuenta con dos o tres problemas secundarios, según sea el caso, los cuales me ayudarán a dar solución a sus respectivos problemas principales.

Problema principal 1: contiene 3 problemas secundarios

- Problema secundario 1.1: ¿Qué se entiende por “Leyes Aplicables” a las que hace referencia el Contrato de Concesión?
- Problema secundario 1.2: ¿Qué se debe entender por el adjetivo o la condición de “nuevo” estipulado en artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles?
- Problema secundario 1.3: ¿Son aplicables en este caso las disposiciones de Association of American Railroad (AAR)?

Problema principal 2: contiene 3 problemas secundarios

- Problema secundario 2.1: ¿Cómo es que se aborda en la normativa de la época a la responsabilidad administrativa y cómo es que se regula la graduación de la sanción?
- Problema secundario 2.2: ¿Cómo se aborda en la normativa de la época a la figura de la subsanación?
- Problema secundario 2.3: ¿Es posible discutir e imponer penalidades contractuales en un procedimiento administrativo sancionador?

Problema principal 3: contiene 2 problemas secundarios

- Problema secundario 3.1: ¿Qué norma se debe aplicar para regular el Compromiso de Cese?
- Problema secundario 3.2: ¿Cuál es la naturaleza de la obligación incumplida por la concesionaria?

#### IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

##### 4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Las respuestas preliminares de cada uno de mis problemas, ya sean principales o secundarias, son las siguientes:

**Problema 1:** Considero que no se debe aplicar en este caso el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, debido a que existen incongruencias respecto a la aplicación de su contenido. Por lo que a mi parecer el órgano regulador esta adecuando ciertos conceptos y forzando que calcen en los supuestos de este caso.

**Problema 1.1:** Considero que se está interpretando erróneamente lo que el Contrato de Concesión quiere decir con “Leyes aplicables”. Según la definición



del propio contrato, “Leyes aplicables” significa cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental; sin embargo, el Consejo Directivo considera que las disposiciones de la AAR también son parte de las Leyes Aplicables que debe considerar el Concesionario, pero estamos refiriéndonos a disposiciones que no han sido dictadas por una Autoridad Gubernamental de nuestro país, es más, no pertenecen a nuestro ordenamiento. Asimismo, en relación a una definición exacta de lo que se debe entender como “Leyes aplicables”, no podrían ser consideradas dentro de este grupo las resoluciones, decisiones, orden y/o disposiciones, puesto que en estricto no son leyes ni tienen rango de Ley.

**Problema 1.2:** Considero que el adjetivo “nuevo” estipulado en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles es impreciso; y, la interpretación que le está dando el Consejo Directivo a este condición de los coches en cuestión no es el adecuado, pues sostiene que el reglamento se refiere a los coches nuevos en relación a la vía en la que operan, pero cuando se le da a un objeto la calidad de nuevo es por su propia naturaleza de haber sido recién fabricado y no en cuanto a su relación con algo, como la utilidad que se le va a dar. Es así que, en el sentido que determina la Administración, entonces un hacha que tiene 20 años de uso talando árboles, será nueva si es que su uso será el cortar carne a pesar que ya tenga muchos años de antigüedad.

Tengamos en cuenta que “nuevo” se usa como adjetivo para el propio objeto o bien patrimonial, en esta ocasión nos referimos a los coches, mas no en relación al uso que se le van dar, la locación o el territorio; en caso contrario, la Ley debió ser más clara y explícita. En este punto es necesario abordar el deber que tiene la Administración de expedir disposiciones claras cuando señalen obligaciones y así los administrados, desde el que tiene la educación más básica, pueda entenderlas.

**Problema 1.3:** No deberían ser aplicables las disposiciones de la AAR porque no han sido establecidas ni en el propio Contrato de Concesión ni en ninguna norma que se le pueda aplicar al concesionario. Me parece un exceso de parte de la Administración exigir que se cumplan con disposiciones que no han sido debidamente reguladas ni en el contrato ni en las normas vigentes de la época.

**Problema 2:** Considero que existen ciertos fundamentos del Consejo Directivo que no tienen una motivación suficiente; además, estos argumentos pueden considerarse como una vulneración directa de los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración y los principios generales del proceso administrativo; específicamente, los Principios de Razonabilidad, Legalidad, Tipicidad y Culpabilidad.

**Problema 2.1:** Valgan verdades, aun no reviso en su totalidad la regulación de la época, tal como la LPAG o el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, pero considero que no puede haberse regulado las sanciones de forma tan absoluta y rígida como lo está estipulando el Consejo Directivo, con cargo de cambiar mi postura si es que verifico lo contrario. En este sentido, la Administración sostiene que en aplicación del Principio de Razonabilidad se busca que las sanciones sean lo suficientemente severas para desincentivar la comisión de actos ilícitos y tiene la potestad para aplicar los criterios de graduación de la sanción, siendo pasibles de no aplicarlos si es que la autoridad así lo determina. Lo anterior, se motiva en el fundamento del Consejo Directivo de que el Principio de Razonabilidad responde al ámbito de la discrecionalidad de la autoridad, por lo que decide cuando aplicar o no ciertas disposiciones jurídicas.

Entre otros fundamentos que me hacen cuestionar como es que se regulaba el Principio de Razonabilidad en esa época, en cuanto a la búsqueda de la medida más idónea, necesaria y proporcional; y, también, en cuanto a la aplicación en la propia sanción, la cual es necesario que se determine usando ciertos criterios de graduación. Además, la autoridad está evaluando el riesgo y peligro como parte del análisis para determinar responsabilidad administrativa y sancionar a la empresa, lo cual va en contra del principio de Culpabilidad.

**Problema 2.2:** Considero que en la resolución se está abordando de forma errónea la figura de la subsanación voluntaria, con cargo de retractarme en el caso de que se disponga en la normativa de la época una regulación tal como la que le está dando el Consejo Directivo. En todo caso, es cuestionable en cuanto fundamenta que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 49° es una facultad y no una obligación de la Administración, lo cual puede llegar a no ser cierto porque justamente el principio de razonabilidad es un parámetro a la potestad discrecional de la autoridad administrativa, por lo que, si expresamente está regulada la figura de la subsanación, no es una facultad de la administración aplicarla sino una obligación.

**Problema 2.3:** Según lo anteriormente visto en el desarrollo de este problema principal, consideré necesario profundizar sobre la naturaleza de las penalidades contractuales y de acuerdo a esto pude determinar parcialmente que no es posible abordar dichas penalidades, ni para su tratamiento ni para su imposición, a través de un procedimiento administrativo sancionador. Esto se debe a que las penalidades contractuales no se asemejan ni pueden ser equiparables a las sanciones administrativas, por lo que se deben dilucidar aplicando el Derecho Privado y mecanismos de solución de controversias si es que las partes no se

ponen de acuerdo, mas no podemos pretender regularlas como si se tratara de un acto administrativo.

**Problema 3:** Considero que se le ha dado un tratamiento incorrecto al Compromiso de Cese presentado por FETRANSA, en el sentido que se está aplicando una norma derogada para rechazar dicho compromiso; sin embargo, la norma vigente en esa época (Reglamento de Infracciones y sanciones) expresamente disponía que las infracciones cometidas durante la vigencia del reglamento derogado o procedimientos iniciados durante la vigencia de este reglamento se regirán por el mismo. Sin embargo, la autoridad no tomó en cuenta que el Compromiso de Cese no se subsume en ninguno de los supuestos que menciona la primera disposición transitoria. Por esta razón, se debe aplicar el reglamento vigente en esa época y no el derogado.

**Problema 3.1:** Considero que se debe aplicar el reglamento de Infracciones y Sanciones el cual estaba vigente en el momento que se resolvió no aceptar el Compromiso de Cese.

**Problema 3.2:** Considero que las figuras de obligación sustancial, formal o accesoria no son propiamente aplicables a este caso, puesto que se aplica mayormente en Derecho Tributario, por lo que no sería relevante para el desarrollo de la resolución analizada y como requisito para rechazar el Compromiso de Cese. Si bien no tengo mucho conocimiento de estos conceptos doy mi compromiso de investigar más sobre el tema para un correcto análisis de este punto.

#### **4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución**

Por el momento, con lo que he podido leer e investigar, encuentro el fallo de la resolución analizada con severos vicios de motivación; asimismo, considero que no se están aplicando de forma correcta algunas figuras jurídicas como el compromiso de cese o la subsanación voluntaria. Además, necesito hacer un contraste con el ordenamiento administrativo de la época en la que se dictó la resolución y el actual, porque he podido identificar ciertas vulneraciones a los principios que rigen la facultad sancionadora de la administración, tales como una afectación a los Principios de Razonabilidad, Tipicidad, Legalidad y Culpabilidad, por lo que quisiera saber que tan sólida era la regulación de estos principios y como es que se abordan en la jurisprudencia administrativa y la propia doctrina de la época.

En conclusión, preliminarmente me decanto a estar en contra del fallo de la resolución del Consejo Directivo, porque encuentro carente de motivación su fundamentación respecto a la aplicación del Principio de Razonabilidad, configurándose esto en una vulneración a dicho principio al igual que al de Tipicidad, Legalidad y Culpabilidad. Además, considero poco exacta su interpretación de la norma en cuanto a los conceptos de las palabras “nuevo” y “Ley aplicable”; y, sospecho que se están aplicando las normas de manera errada, tanto es así que existe un debate de si es posible aplicar una norma derogada, teniendo en cuenta lo que expresamente dice la norma vigente en su disposición transitoria.

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

### **5.1. Problema 1: ¿Es correcta la aplicación en este caso del artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles?**

A manera de contextualizar este primer problema debemos tener claras las posiciones de cada una de las partes involucradas en este PAS en cuanto a la aplicación del artículo 451°, que tiene directa correlación con el incumplimiento o no de la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión. Es así, que considero necesario primero desarrollar la posición del MTC para luego hacer lo mismo con lo resuelto por las dos instancias del órgano regulador, el OSITRAN. Finalmente, es pertinente abordar la postura de la Concesionaria en su calidad de administrada y analizar por qué considera que no se le debe aplicar el referido artículo del Reglamento General de Ferrocarriles.

En este sentido, el MTC señala que PerúRail debe cumplir con lo establecido en el artículo 449° del Reglamento General de Ferrocarriles (en adelante, RGF) y; además, debe tener en cuenta lo señalado en los artículos 132° y 141° del mismo cuerpo normativo (a pesar que en su momento no contaba con el reglamento se hizo un razonamiento deductivo en donde se determinó que estos artículos mencionados tienen directa relación con la aplicación del artículo 451°). Debemos tener en cuenta que se inició el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) a la Concesionaria por haber permitido que PERURAIL pusiera en funcionamiento los coches observados sin contar con la autorización respectiva por parte del MTC, pues recordemos que dicho Ministerio advirtió que de las 6 observaciones que se les hicieron a los coches aun había una que no se había levantado, la cual versaba sobre el desplazamiento practicado en las ruedas para adaptar los truques de trocha de 1000 mm. a 914 mm. Esta observación se basaba en el fundamento de que era pertinente cambiar los ejes, pues la práctica que estaba usando la Concesionaria y la empresa operadora no era recomendable, ya que al no cambiar los ejes de las ruedas y solo efectuar el corrimiento de estas, se produce que el cubo de la rueda quede sin contacto con

el asiento del eje en aproximadamente 1, lo cual es peligroso y la principal razón por la cual no podía ser admitida dicha adaptación efectuada por los administrados.

Asimismo, el MTC le exhorta a FETRANSA que el Contrato de Concesión les obliga a verificar que el material rodante en servicio en la línea férrea concesionada cumpla con las normas FRA. Por esta razón, están obligados a impedir el acceso a la línea férrea a cualquier operador de servicios de transporte ferroviario que desarrolle actividades sin cumplir con las normas de seguridad ferroviaria y estándares técnicos previstos en el numeral 7.7 y en el Anexo 6 del Contrato. Desde este punto, se puede advertir la motivación del Ministerio para exigir que se cumpla con las disposiciones AAR y el artículo 451°, pues nos dice que la finalidad de las disposiciones FRA es salvaguardar las condiciones de seguridad en la prestación de servicio de transporte ferroviario; por tal motivo, no se pueden excluir otras disposiciones destinadas al mismo fin y que a la vez cubren condiciones no previstas en las normas FRA. Por estas razones, consideran que es oportuna y necesaria la aplicación de las disposiciones AAR a este caso, al verse involucrados temas de seguridad de pasajeros, tripulantes de los trenes y terceros. En consecuencia, en base a las disposiciones AAR, antes de otorgar la conformidad de ingreso al servicio a los coches es necesario que la observación sea superada mediante la instalación de ejes ad hoc para la trocha de 914 mm. de ancho.

Por su lado, la Gerencia General del OSITRAN hace suyos los fundamentos del Informe 114-04-GS-A3-OSITRAN (Informe 114) para motivar su resolución N° 024-2004-GG-OSITRAN (Resolución 24) que sancionó a la Concesionara y le impuso una multa del 5% de sus ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la sanción. Es así, que en relación a este problema que nos aborda en este punto, el citado Informe argumentó que para que el MTC autorice el ingreso al servicio de cualquier coche nuevo de pasajeros, previamente este debe ser sometido a las pruebas de suficiencia y seguridad, tal como se estipula en el artículo 451° del RGF. Por estos motivos, los coches del servicio Hiram Bingham a pesar de haber operado en otro país son nuevos en tanto recién se incorporan al parque rodante del Perú.

Además, el Informe 114 sustenta que puede que los coches hayan pasado pruebas de suficiencia y seguridad en otro país, pero esto fue en su versión original. En este sentido, al haberse adaptado los bogies de trocha 1000 mm. para que sean operados en trocha 914 mm. que corresponden a la vía del Ferrocarril del Sur Oriente, es necesario que estos se sometan nuevamente a dichas pruebas de suficiencia y seguridad establecidos en el artículo 451° del RGF. Lo anterior, en el marco de la exigencia a FETRANSA de los numerales 1.1 y 7.5 de su contrato de concesión, en los cuales expresamente se le indica

que debe cumplir con todas las “Leyes Aplicables”, concepto que abarca a las normas que son de aplicación a la prestación de los servicios de transporte ferroviario, entre los cuales indudablemente se encuentra el Reglamento General de Ferrocarriles y las regulaciones AAR.

El Consejo Directivo del OSITRAN sostiene en su Resolución N° 041-2004-CD/OSITRAN (Resolución 41) que, FETRANSA tiene la obligación de supervisar que un tercero como PerúRail que presta el “Servicio de Transporte Ferroviario” cumpla con las “Leyes Aplicables”; y, siendo que el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles constituye una Ley Aplicable es necesario que FETRANSA cumpla y haga cumplir esta disposición normativa. En consecuencia, al permitir la concesionaria que PerúRail acceda a la vía sin contar con la autorización del MTC conforme a lo dispuesto en el RGF, es que la Concesionaria ha incumplido con la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión, al no supervisar el cumplimiento por parte del operador de la obligación contenida en el artículo 451° de RGF.

Por otro lado, FETRANSA alegó que ellos han inspeccionado y practicado pruebas con los coches, los cuales se encuentran en conformidad a los estándares FRA, que son las disposiciones que deben seguir y a las cuales están obligados por pertenecer a las “Leyes Aplicables” que exige su Contrato de Concesión. Sin embargo, la Concesionaria discrepa de la aplicación de los estándares AAR, que son los que está usando el MTC para dictar la observación referida a la adaptación de las ruedas y tomando en cuenta la tolerancia admitida por estas disposiciones. Por este motivo, la Concesionaria sostiene que no resulta aplicable las disposiciones AAR al servicio que están ofreciendo y tampoco les resulta aplicable el artículo 451° que sustenta la observación efectuada, por lo que esta no les resulta exigible ni puede ser impedimento para el otorgamiento de la conformidad de los coches.

En este sentido, teniendo todas las versiones de las partes involucradas en el desarrollo de este punto, es que analizaremos si es correcta la aplicación del art. 451 del RGF en este caso, para lo cual nos valdremos de otras preguntas configuradas como problemas secundarios que desarrollaremos más adelante. Estas nos ayudarán en gran medida a abordar nuestro problema principal de forma más específica y desde diferentes aristas.

En consecuencia, es necesario desglosar lo que dice específicamente el artículo 451° del capítulo III del Reglamento General de Ferrocarriles en cuestión, teniendo en la literalidad de su texto lo siguiente:

*“Artículo 451:*

**Los coches nuevos** de pasajeros serán sometidos a pruebas de suficiencia y seguridad por las **Organizaciones Ferroviarias** bajo **supervisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones**, quién, caso de conformidad, autorizará su puesta en servicio en un plazo no mayor de setentidós horas” (el resaltado es nuestro)

De la misma forma, es preciso traer a colación las normas y cláusulas del Contrato de Concesión que hacen referencia a la supuesta aplicación de la norma antes citada.

Respecto a los artículos 132, 141 y 449 del RGF, el MTC hace mención que PerúRail debe cumplir con lo establecido en estas normas, lo cual entendemos está directamente relacionado con la obligación dispuesta en el artículo 451° del mismo cuerpo normativo, pues esto se consigna en el Oficio N° 872-2003-MTC/14 por el cual el MTC remite el Informe en donde se evalúa los seis coches y las seis observaciones que se le hacen respecto a estos. Expresamente, se estipula en este informe que adicionalmente a lo anterior, la empresa operadora debe tener en cuenta y cumplir con los artículos anteriormente citados.

Asimismo, la Administración sostiene que FETRANSA tiene la imperante obligación de supervisar que un tercero como PerúRail cumpla con las “Leyes Aplicables”, y, además, el Reglamento General de Ferrocarriles pertenece a ese grupo de “Leyes aplicables”, término que en repetidas ocasiones se menciona en diversas cláusulas del Contrato de Concesión y que sirven como referencia para llegar a la conclusión de que la empresa concesionaria ha incumplido con sus obligaciones. El contenido de estas cláusulas es el siguiente:

- Lo consignado en la cláusula 7.3 del Contrato de Concesión, específicamente en sus apartados IV y VII, tenemos que:

*“7.3. Contrato con operadores.*

*(...)*

*(iv) El derecho del Concesionario a impedir el desarrollo de los Servicios de Transporte Ferroviario del Operador, en caso se produzca alguno de los supuestos previstos en el numeral 12.2 de este Contrato. Sin que la siguiente mención sea limitativa, este derecho faculta al Concedente a solicitar y verificar la vigencia del Permiso de Operación y de los seguros que exijan las Leyes Aplicables.*

*(...)*

*(vii) La obligación del Operador de Servicios de Transporte Ferroviario de mantener el Material Tractivo y el Material Rodante que utilice para sus Servicios de Transporte Ferroviario, así como sus instalaciones vinculadas a las mismas, en forma que sean aptos para la operación ferroviaria, de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos establecidos en el numeral 7.7 y en el Anexo No.6 de este Contrato, las que obligatoriamente deberán serles proporcionadas por el Concesionario, y en las Leyes Aplicables. Esta obligación incluye, pero no se limita, a la de alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, en plazos previstos en el numeral 7.7 de este Contrato.*

*(...)”*

- Lo determinado en la cláusula 7.5 del contrato de concesión, por lo cual propiamente se le imputa el incumplimiento de sus obligaciones a FETRANSA en el presente caso, el cual nos dice que:

*“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 el cumplimiento”.*

- Lo estipulado en la cláusula 7.7 del contrato de concesión, principalmente lo dispuesto en su primer, cuarto y octavo párrafo:

*“7.7. El concesionario deberá mantener los Bienes de la Concesión en buen estado de conservación a fin de 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; hasta el 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”.*

*(...)*

*En caso existiera diferencias entre los niveles de exigencia establecidos en este Contrato y en las Leyes Aplicables, el Concesionario estará obligado a cumplir con el mayor de ellos, siempre y cuando ello no resulte en un incumplimiento de este Contrato o de las Leyes Aplicables.*

*(...)*

*El Concesionario también está obligado a verificar que las actividades o Servicios de Transporte Ferroviarios o material rodante que los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario desarrollen o utilicen cumplan con las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos exigidos en este numeral y en el Anexo No.6 de este Contrato. El Concesionario está facultado para impedir el acceso a la Línea Férrea al Operador de Servicios de Transporte Ferroviario que desarrolle actividades o Servicios de Transporte Ferroviario que no se ajusten a las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos previstos en este numeral y en el Anexo antes mencionado, quedando obligado a comunicar inmediatamente su decisión, debidamente sustentada, a OSITRAN.*

*(...)”*

- Lo regulado en la cláusula 7.8 del contrato de concesión, específicamente lo dispuesto en su apartado (i), el cual tiene el siguiente tenor:

*“7.8. Interconexión de Líneas Férreas.*



(...)

*Como consecuencia de esta obligación de interconectarse:*

*El Concesionario también se encuentra obligado a permitir el ingreso, a cualquiera de las Líneas Férreas comprendidas por este Contrato, de Material Tractivo, Material Rodante, Equipo Ferroviario y de Operadores de Servicios de Transporte Ferroviarios provenientes de las redes o tramos de Línea Férrea ajenos a su Área Matriz e interconectados a ellas, siempre que cumplan con las disposiciones contenidas en el numeral 12.2., con las Normas de Seguridad y Estándares Técnicos exigidos por este Contrato y con las demás disposiciones pertinentes de este Contrato y las Leyes Aplicables;*

(...)"

- Además, es de suma importancia revisar lo dispuesto en la cláusula 12.2 referente a los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario; y, lo previsto en Anexo N° 6 del Contrato de Concesión, que es lo referente a las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos

Por lo anterior, el Consejo Directivo del OSITRAN llega a la conclusión que FETRANSA se encontraba obligada a supervisar el cumplimiento por parte del operador de la obligación contenida en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, esto en concordancia con lo establecido en la cláusula 7.5 del Contrato de concesión.

De esta manera, este primer problema que he identificado nos demanda analizar si verdaderamente el artículo 451° del RGF es aplicable al presente caso, teniendo en cuenta su relación con las disposiciones de la Association of America Railroad y si estas disposiciones están incluidas en el gran grupo de "Leyes Aplicables" que se mencionan en varias ocasiones en el Contrato de Concesión. Para esta finalidad me he planteado tres problemas secundarios que me ayudarán a desarrollar y dar respuesta a mi primer problema principal, los cuales desarrollaremos a continuación.

#### **5.1.1. ¿Qué se entiende por "Leyes Aplicables" a las que hace referencia el Contrato de Concesión? ¿Se puede facultar a la Concesionaria para que cumpla un rol de fiscalización del cumplimiento de estas Leyes Aplicables?**

Como ya mencionamos anteriormente, en las distintas cláusulas del Contrato se hace referencia a las "Leyes Aplicables", por lo que en este apartado nos concentraremos en desarrollar que es lo que se entiende por este término y cómo es que lo interpreta la Administración Pública representada en este caso por el OSITRAN.

Es así que, en la cláusula primera del Contrato se define a las “Leyes Aplicables” como *“cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental”*. Asimismo, la cláusula 7.5 por la cual se le sancionó a FETRANSA, nos dice que el Concesionario está obligado a dar estricto cumplimiento a las Leyes Aplicables a cada servicio; y, además, el OSITRAN hace la aclaración que respecto a la interpretación de esta cláusula, el regulador no podría supervisar la aplicación de las “Leyes Aplicables” solo guiándose de lo establecido en el numeral 7.5, sino que es necesario que evalúe cada caso en concreto tomando en cuenta lo establecido por otras cláusulas del Contrato y el marco normativo vigente<sup>1</sup>.

En este sentido, no basta la cláusula 7.5 y la definición de la cláusula primera para poder determinar a qué normas hace referencia o engloba el término “Leyes Aplicables”, sino que es imperativo que se lea el contenido de cada cláusula para aplicarle las normas correspondientes del marco normativo vigente, solo así se dotará de sentido el término de “Leyes Aplicables” y el OSITRAN y FETRANSA podrán evaluar su cumplimiento. Para buscar un efecto ejemplificador, consignaré algunas cláusulas del Contrato y trataré de determinar la ley o leyes aplicables correspondientes en cada caso concreto siguiendo la interpretación efectuada por el Consejo Directivo del Órgano Regulador.

- a. En el apartado (iv) de la cláusula 7.3, se nos dice que el Concedente (MTC) tiene la facultad de solicitar y verificarla vigencia del Permiso de Operación y de los seguros que exijan las “Leyes Aplicables”. Entonces, se debe entender que las normas que se aplicarían en este caso tienen que tener directa relación y abordar los tópicos de permisos, licencias, autorizaciones, seguros que se tienen que otorgar en el sector de transportes, específicamente para transportes ferroviarios pues estamos en un contexto enmarcado en un Contrato de Concesión de la administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur Oriente.
- b. En la cláusula 7.6, se estipula que el concesionario tiene prohibido discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes; es así que, en caso no cumpla con este mandato será sancionado conforme a las “Leyes Aplicables”. En este contexto, se puede determinar que las normas aplicables en esta cláusula serán las que aborden temas de libre competencia y regulación de mercado vigentes en esa época, las cuales prohíban el abuso de posición de dominio o que se limite, restrinja o se distorsione la libre competencia en el sector de transporte ferroviarios.
- c. En la cláusula 12.7, se menciona la regulación al Medio Ambiente y los bienes protegidos por “Leyes Aplicables” especiales, por lo cual,

---

<sup>1</sup> Interpretación efectuada por Resolución de Consejo Directivo N°010-2006-CD-OSITRAN del 28 de febrero de 2006.

siguiendo el mismo sentido de nuestros anteriores ejemplos se refiere a la obligación del Concesionario a cumplir con la legislación referida a la conservación del Medio Ambiente y los Bienes protegidos por razones históricas, culturales o equivalentes, los cuales han sido calificados como tales por las autoridades gubernamentales y tal clasificación y protección se encuentra en una norma especial que formará parte de las “Leyes Aplicables” para esta cláusula.

- d. De la misma manera, en la cláusula 22.4, se hace mención a la resolución de controversias no técnicas, la cual se realizará mediante arbitraje nacional de derecho conformado por tres árbitros. En este sentido, en su cuarto párrafo se indica que las partes acordarán que la decisión tomada por el Tribunal Arbitral será final, inapelable, lo que en temas fácticos supone la renuncia del derecho de apelación u oposición de las partes según lo que sea permitido por las “Leyes Aplicables”. Aquí nuevamente debemos entender que, por “Leyes Aplicables”, la autoridad administrativa se está refiriendo a toda norma relacionada al arbitraje y que aborde el caso en concreto.

En consecuencia, se puede notar que cada vez que el Contrato mencione el término de “Leyes Aplicables”, este se tiene que leer definiendo el contexto y lo que propiamente aborda la cláusula en cuestión, ya sea que aborde las obligaciones, derechos o determinado tópico que relacionen a cada uno de los actores participantes en este Contrato de Concesión. En este sentido, si en una cláusula se regula la obligación del Concesionario de cuidar el Medio Ambiente con su actividad, entonces las Leyes Aplicables versarán sobre la normativa vigente que regulen la protección al Medio Ambiente, de la misma forma si en una cláusula se prohíbe el abuso de posición de dominio entonces nos remitiremos a las normas de competencia vigentes en esa fecha que formarán parte de dichas “Leyes Aplicables”.

Para finalizar con la ejemplificación y contextualización, se debe tener en cuenta que, en la última cláusula, la vigésimo tercera que desarrolla las disposiciones finales, expresamente se dice en el numeral 23.2 que la “Ley Aplicable” hace referencia al conjunto de Leyes de la República del Perú y especialmente a las normas indicadas en los antecedentes. Entonces, se delimita un poco más cuales son las normas que se deben aplicar, en donde vamos a tener que primero relacionar la ley aplicable con el contexto y contenido de la cláusula, para luego identificar que esa norma sea parte de la legislación normativa peruana vigente; y, si esta explícitamente acogida en los antecedentes del Contrato de Concesión, mucho mejor por ser la delimitación más estricta.

En este sentido, desarrollaré las interrogativas que se me han generado respecto a lo que se entiende por el término de “Leyes Aplicables” en este caso y como es que lo interpreta el Consejo Directivo del OSITRAN.

Partamos desde una mirada conceptual del término, en puridad se usa “Ley Aplicable” en el Derecho Internacional para determinar a qué Ley se va a someter el contenido de un contrato internacional, por el hecho de celebrarse por dos entidades con legislaciones diferentes es necesario precisar bajo las reglas de que país se va regular dicho contrato (Revoredo, 1978)<sup>2</sup>. De esta manera, debemos relacionar lo que se desarrolla en Derecho Internacional en torno al término de “Ley Aplicable” para luego emplear este desarrollo a un ámbito más reducido como lo es un Contrato de Concesión entre una entidad estatal peruana (MTC) y una entidad privada conformada por el Consorcio (FETRANSA) entre Containers y Peruval Corp.

Para esta finalidad, coincidamos que para el Contrato de Concesión en cuestión se debe partir desde el punto en que la Ley Aplicable será una norma apropiada de nuestra legislación nacional, tal como se señala en la cláusula 23.2 del referido contrato. Luego, en concordancia con los criterios de determinación de la Ley aplicable en el derecho Internacional desarrollado por la autora Mónica Sofía Rodríguez<sup>3</sup>, se debe analizar el contexto y lo que regula la cláusula correspondiente, en el sentido de que vamos a relacionar lo que la autora consigna como Estado, en nuestro caso lo determinaremos como área del derecho, debido a que debemos procurar que en relación al contexto y regulación de la cláusula encontremos coincidencia de diversos puntos relevantes y se aplique una norma con el que presente vínculos significativos (Rodríguez, 2012). De esta manera, si en la cláusula se está regulando obligaciones y prohibiciones referidas al cuidado del Medio Ambiente, es poco probable que estas obligaciones presenten vínculos y sean abordadas por una norma que regule los derechos de autor.

Asimismo, debemos también tener en cuenta el criterio de aplicación normativa, en donde se buscará la relación entre la norma y los intereses específicamente tutelados que pueden versar en materia de regulación de mercados, responsabilidad de las partes, penalidades por incumplimiento, obligaciones del concedente y del concesionario, entre otros. En este sentido, si la cláusula nos indica que la obligación del Concesionario será supervisar que el operador cumpla con tener los permisos, autorizaciones o licencias pertinentes, entonces la norma aplicable será la que regule este interés particular de las partes, tanto del Concedente como ente que determina la obligación como del Concesionario

---

<sup>2</sup> REVOREDO DeBACKEY, Delia. La ley aplicable en el contrato internacional entre particulares en el proyecto preliminar del Código Civil Peruano.

<sup>3</sup> RODRIGUEZ, Mónica. Ley aplicable al Contrato Internacional: La imperiosa necesidad de lograr su armonización legislativa en el MERCOSUR.

como el que debe cumplir tal obligación de supervisar; por lo tanto, se debe aplicar una norma que regule estos tópicos de títulos habilitantes otorgados por el MTC en el presente caso.

Ahora bien, plantearé algunas críticas a este término de “Leyes Aplicables” desarrollado en el Contrato que a mi parecer dificulta en gran medida su interpretación y está en directa relación con la posición de la Administración, en cuanto sostiene que dentro de este gran conjunto se encuentra tanto el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles y las disposiciones AAR.

Como primera crítica planteo la propia definición de este término en la cláusula primera del contrato, en donde se consigna que “Leyes Aplicables” significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental. Sin embargo, en puridad, por Ley se entiende a la norma jurídica dictada por un legislador<sup>4</sup> o por el poder legislativo-congreso (Diez-Picazo, 1998); es decir, solo serán consideradas leyes en nuestro ordenamiento a las normas dictadas por el Congreso de la República del Perú, el cual a su vez puede delegar competencias al poder ejecutivo para que dicte Decretos Legislativos o Decretos Supremos, los cuales van a tener rango de Ley. En consecuencia, tanto las normas dictadas por el congreso y las dictadas por el poder ejecutivo en condición de Decretos Legislativos o Decretos Supremos pueden ser consideradas Leyes, por tener dicha naturaleza o por tener un categoría, calidad o importancia equiparable a estas normas dictada por el poder legislativo.

No obstante, la definición que desarrolla el Contrato de Concesión, aparte de ser muy general, no hace la distinción jerárquica de las normas establecido en nuestro ordenamiento jurídico, en donde la norma jurídica se divide en tres escalones jerárquicos, el constitucional, el legal y el reglamentario; siendo que las normas constitucionales (la Constitución) tiene rango superior a las leyes y reglamentos; a su vez, las leyes tienen un rango superior que los reglamentos. Sin embargo, se denota en este caso, que la Administración en el Contrato analizado ha dejado de lado esta diferenciación y a concertado que Ley será cualquier norma pertinente que se pueda aplicar a la cláusula en mención; siendo que, desde mi punto de vista, esto es impreciso, no teniendo la condición de Ley o fuerza de Ley, las resoluciones, decisiones, órdenes o disposiciones emitidas por una Autoridad Gubernamental. Por estas razones, considero que “Normas Aplicables” hubiese sido un término más adecuado para englobar el concepto que propone el MTC para referirse a “Leyes Aplicables”.

---

<sup>4</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. Concepto de Ley y tipos de Leyes ¿Existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española? Revista española de Derecho Constitucional, N° 24. 1998.

Además, el Contrato de Concesión se debe leer desde una interpretación sistemática como un todo y en donde las cláusulas de dicho contrato se interpretarán unas por otras dándose el sentido necesario y conveniente para entender al contrato en su totalidad (Plata y Monsalve, 2014, p.34)<sup>5</sup>, por lo que considero que es muy necesario que cada una de sus cláusulas guarden estrecha relación y concordancia para evitar confusiones tanto para las partes como para terceros involucrados. En este sentido, en la cláusula 1.1 se determina que por “Leyes Aplicables” se entenderá por toda norma emitida por una Autoridad Gubernamental; entonces, lo más razonable sería deducir que se refiere a una autoridad del Perú, tal como luego se estipula en la cláusula 23.2; sin embargo, tenemos que la interpretación que le da el Consejo Directivo es que dentro de esta definición se puede considerar a las directivas AAR por haber sido adoptadas por el MTC.

Por estos motivos, el cuestionamiento que me planteo en este punto es si acaso es lo mismo haber sido adoptadas como disposiciones para otorgar los permisos de operación en relación a reglas de seguridad, a que propiamente las haya dictado el MTC, porque advertimos que las disposiciones AAR no pertenecen al ordenamiento peruano, lo cual será desarrollado en el apartado 5.1.3 con más detalle.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, analicemos si el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles pertenece al grupo de “Leyes Aplicables” a los que hace referencia la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión, para lo cual vamos a observar y analizar por segmentos la mencionada cláusula:

- a. El numeral 7.5 aborda la obligación de la Concesionaria de “*prestar todos y cada uno de los servicios que desarrolle dando estricto cumplimiento a las Leyes Aplicables a cada servicio*”. Entonces, en esta primera parte y oración de la cláusula podemos identificar que el contexto y la obligación de la Concesionaria respecto a las normas aplicables se enmarcan en todos los servicios que presta FETRANSA, esto incluye tanto los Servicios Complementarios como los Servicios de Transporte Ferroviario, los cuales son desarrollados también en la cláusula 1.1 en el siguiente tenor:
  - **Servicios complementarios:** son servicios que **exclusivamente puede prestar el Concesionario** explotando el Área en donde se encuentre la Infraestructura Vial Ferroviaria y lo puede hacer directamente o a través de terceros con quien contrate para tal finalidad. Estos servicios pueden

---

<sup>5</sup> PLATA, Luis y Vladimir Monsalve. La interpretación contractual. Estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección de los consumidores. Revista: Facultad de derecho y ciencias políticas, Vol.44, pp.34.

ser almacenamiento, servicios turísticos y de hospedaje, autoservicio, publicidad, entre otros. Además, se nos indica también que **el Concesionario debe prestar y explotar dichos servicios cumpliendo con las Leyes Aplicables y obteniendo las autorizaciones, licencias y/o permisos que corresponda, lo cual es acorde con lo estipulado en la cláusula 7.5.**

- **Servicios de Transporte Ferroviario:** por otro lado, tenemos las actividades consistentes en **servicios de transporte** que se realizan en equipo especiales para **la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea**, lo cual también comprende operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, operaciones con Material Tractivo y Material Rodante; y, las vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones. Sin embargo, se indica que **el Concesionario puede desarrollar todos estos servicios con excepción del transporte de pasajeros y/o carga.**

Es así que, las Leyes Aplicables para esta Cláusula serán las que aborden todos los servicios anteriormente mencionados, siendo perfectamente aplicable a estos las disposiciones o normas del Reglamento General de Ferrocarriles. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el artículo 451° de esta referida norma hace referencia a un servicio que justamente no puede ser desarrollado por el Concesionario, ya que expresamente se nos dice en la cláusula 1.1 del Contrato, en la oración final de la definición de “Servicios de Transporte Ferroviario”, que el Concesionario puede desarrollar todos los servicios de transporte ferroviario excepto el de transporte de pasajeros y/o carga.

De esta manera, siendo que el artículo 451° del RGF está relacionado a la regulación del servicio de transporte de pasajeros, no sería una norma aplicable al Concesionario debido a que este Administrado no puede realizar esta actividad; por lo tanto, no está obligado a dar estricto cumplimiento a la norma aplicable de un servicio que no brinda. Por otro lado, sí se le aplicaría esta regla a la empresa operadora PerúRail, lo cual está directamente relacionado con la segunda parte y oración de la cláusula 7.5 del contrato, que estipula lo siguiente;

- b. *“Esta obligación también alcanza a cualquier tercero que preste Servicios de Transporte Ferroviario y/o Servicios Complementarios, debiendo el Concesionario supervisar su cumplimiento”.* Es en esta segunda parte de la cláusula en donde se hace evidente que PerúRail como empresa operadora que presta el servicio de transporte de personas, debe cumplir con todas las normas que regulen esta actividad; y, siendo que el artículo 451° del RGF estipula que *“los coches nuevos de pasajeros serán*

*sometidos a pruebas de suficiencia y seguridad por las Organizaciones Ferroviarias bajo supervisión del Ministerio (...)*”, es obligación de la empresa operadora cumplir con esta norma, mas no de la Concesionaria tal como ya mencionamos anteriormente, puesto que esta no brinda dicho servicio.

Asimismo, en la parte final de esta cláusula analizada, se estipula la obligación de FETRANSA de supervisar el cumplimiento de las normas aplicables que regulen el servicio de transporte ferroviario y/o servicios complementarios desarrollados por terceros, pero no es lo mismo la exigencia de que FETRANSA cumpla con ciertas actividades supervisoras del cumplimiento de las normas a que propiamente tenga que cumplir él mismo con una norma que no le sería aplicable a los servicios que brinda, por lo que es sumamente necesario discernir entre las actividades que desarrolla cada uno de los actores que se ven involucrados en este Contrato de Concesión, para así evitar caer en confusiones, erróneas interpretaciones de las cláusulas del Contrato y equivocadas aplicaciones de normas en donde no corresponde.

Con el motivo de graficar el anterior supuesto nos valdremos de un ejemplo. Supongamos que una entidad de la Administración Pública como puede ser la Municipalidad de Piura, contrate a una empresa de seguridad y supervisión distrital (equiparable al labor que hace el Serenazgo pero tengamos en cuenta que se considera al miembro de serenazgo como funcionario público; es decir, pertenece a la Administración pública) para que supervise periódicamente que los vendedores de los alrededores de la Municipalidad cumplan con todos los permisos para ejercer su actividad de venta y lo hagan cumpliendo todas las normas que estén relacionadas al rubro de ventas y el de salubridad pública. Estas normas pueden ser, tener un local establecido con dirección determinada y que esté prohibida la venta en la vía pública, renovar los permisos para ejercer la actividad de venta por cada año o tiempo establecido, o que no se pueda vender determinados productos alrededor de la zona, poniendo la prohibición de no vender frutas y carnes porque eso trae consigo propagación de insectos y roedores alrededor de la Municipalidad.

Entonces, en la misma línea de lo anterior, la empresa contratada tiene como función supervisar que se cumplan estas normas mas no está obligado ella a cumplir dichas normas, pues no es parte de la actividad que realiza. Esto es una cuestión de criterio lógico, la empresa que supervisa no está ejerciendo la actividad de venta por lo que no le es aplicable las normas que regulan este rubro, como el contar con un local con una dirección establecida. Sin embargo, tengamos en cuenta que si en el caso ejerciera una de estas actividades de venta estaría comportándose como un administrado más y es lógico que también cumpla con las normas anteriores.



El anterior ejemplo se tiene que leer en el marco de la potestad supervisora de la Administración actual que se ha desarrollado en los últimos años en nuestro Derecho Administrativo, por lo que se debe tener bien en claro que el caso que nos aborda se suscitó en una época en donde habían muchas discusiones entre si los conceptos de Inspección, supervisión y fiscalización eran diferentes o se debían tomar como acciones equivalentes que significaban lo mismo; además, esto se reflejaba en el hecho que las entidades de la Administración Pública contaba y realizaba una actividad fiscalizadora heterogénea que aún no había sido abordada con reglas comunes en nuestra LPAG (Sánchez, 2020), por lo que es hasta el año 2016 que se incorpora en el Título IV, el capítulo I-A<sup>6</sup> denominado “La actividad administrativa de Fiscalización”.

En este sentido, FETRANSA no tiene la obligación de cumplir con el artículo 451° del RGF, pero sí está obligado, en principio, a supervisar que los operadores cumplan con lo dispuesto en dicha norma, según corresponda su aplicación en el caso en concreto. Es así que, si PerúRail en su condición de empresa operadora que brinda el servicio de transporte de pasajeros, no cumpliera con lo dispuesto en el artículo 451° y esta norma formara parte de las normas aplicables en la actividad que desarrolla, entonces la operadora estaría incumpliendo con lo dispuesto en la cláusula 7.5 del contrato de concesión; y, por su lado, FETRANSA estaría incumpliendo con su labor supervisora al no advertir y exigir que PERURAIL cumpla con el artículo 451° del RGF, por lo que el incumplimiento de la empresa operadora a la normativa conlleva al incumplimiento de la concesionaria en sus deberes de supervisor. Para esta finalidad analizaremos en el siguiente apartado si es que la norma citada anteriormente debe ser aplicada en el presente caso.

No obstante, respecto a la potestad fiscalizadora o de supervisión de la Administración se nos genera una interrogante de si el OSITRAN ha delegado o transferido dicha potestad a FETRANSA a través del presente Contrato de Concesión, específicamente mediante lo dispuesto en su cláusula 7.5. Por lo que según lo escuchado en las aulas virtuales en nuestra clase de “Fundamento y concepto de la potestad de fiscalización” del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo en la PUCP, nuestro profesor Manuel Izquierdo Carrasco<sup>7</sup> manifestó que es posible que se trasladen ciertas actividades fiscalizadoras a los privados, pero no en su totalidad, pues no se podría trasladar completamente una potestad estatal como lo es la actividad de supervisión. Sin embargo, lo que sí podría hacer es delegar ciertos encargos de supervisión, como una especie de *“colaboración que los privados prestan a la administración fiscalizadora en ciertas tareas específicas”* (Leal, 2016, p.106); y,

---

<sup>6</sup> Capítulo incorporado por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016

<sup>7</sup> Pregunta realizada sobre la delegación de la actividad fiscalizadora a los privados en la clase del 09 de noviembre del 2022.

que además esto implica que tal delegación debería estar totalmente regulada en un norma, por lo que no sería pasible de hacerse a través de un Contrato, pues si bien es cierto que en la realidad se trasladan estas actividades fiscalizadores de esta manera, esto no significa que sea lo correcto<sup>8</sup>.

Con lo anterior coincidimos plenamente, pues no es idóneo delegar facultades supervisoras a los privados sin tener un régimen normativo que te permite dicha delegación, pues en el presente Contrato de Concesión estamos en un marco en donde la Empresa Prestadora o Concesionaria va a ser quien explote la infraestructura ferroviaria y también va a tener a cargo la supervisión de los demás privados que ejerzan actividades en el marco de este contrato, lo cual no lo vemos adecuado ni imparcial. En cambio, si estuviera adecuadamente regulada esta delegación a través de un mandato legal, entonces el privado que ejerza ciertas actividades supervisoras tendrá bien definidas sus obligaciones y deberes;

Además, consideramos que la empresa privada que realice actividades de supervisión no puede ser parte fundamental en un determinado Contrato de Concesión, en donde aparte de realizar actividades de explotación y brindar servicios facultado por el propio Contrato tenga que fungir una actividad fiscalizadora. En consecuencia, sostenemos que en estos casos siempre a quien se le delegue ciertas tareas específicas de supervisión tiene que ser un agente externo a la relación contractual, para evitar colusión, actividades anticompetitivas, favorecimiento a empresas operadoras en detrimento de otras, pues recordemos que las actividades fiscalizadoras de alguna forma van a influir en ciertos aspectos de los administrados supervisados. Si bien la Fiscalización en sí misma no se configura como un acto administrativo, puede que en ocasiones la entidad fiscalizadora tome la iniciativa de imponer una medida correctiva en aras de proteger el bien jurídico tutelado, por lo que si se le delega ciertas facultades fiscalizadoras a la Concesionaria tendría dicha potestad, lo cual nos parece imparcial y que en poco ayuda al desenvolvimiento de otros actores-administrados que actúen bajo el marco de este Contrato.

En nuestro caso en concreto, no consideramos que a través del Contrato de Concesión y su cláusula 7.5 se haya delegado la potestad a FETRANSA para cumplir una actividad supervisora debido a que la Concesionaria no hubiese podido tomar ninguna medida idónea para concretizar esa actividad material de fiscalización, puesto que se ve imposibilitada de dictar alguna medida correctiva si era necesario, no hubiese podido determinar o recomendar el inicio de un PAS, no hubiese podido advertir a las operadoras que adopten medidas adecuadas para prestar un buen servicio, no hubiese podido inculcar a las operadoras el cumplimiento de sus obligaciones normativas o contractuales, a diferencia de

---

<sup>8</sup> Comentario del profesor Manuel Izquierdo en la clase del 09 de noviembre del 2022.

OSITRAN, que a través de su Gerencia de Supervisión, que sí estaba facultada para tomar las medidas anteriormente mencionadas. Aunado a esto, debemos advertir que en ninguno de los Reglamentos Generales de Supervisión<sup>9</sup> de OSITRAN de la época se regulaba la facultad para delegar su potestad fiscalizadora a un privado.

Entonces, lo que se está disponiendo en la Cláusula 7.5 del Contrato de Concesión es una obligación meramente de observación o verificación que consiste en comprobar que las empresas operadoras están cumpliendo con todo lo dispuesto en las leyes aplicables relacionadas al servicio que brindan. Por lo que en esta misma línea argumentativa, en esta cláusula contractual no se determina que acciones puede tomar FETRANSA en caso advierta que un operador no está cumpliendo con las normas, ratificándose de esta manera que la Concesionaria solo será un mero verificador del cumplimiento normativo debiendo informar al órgano regulador en caso aviste algún incumplimiento, lo que denota que no está ejerciendo una potestad fiscalizadora delegada, pues tal como dice el profesor Manuel Izquierdo, la fiscalización o supervisión no solo estará limitada a verificar el cumplimiento de las normas, sino que también implica una reacción en caso se advierta un incumplimiento en aras de proteger el interés público afectado (2019, p.397).

Esto se corrobora específicamente con lo dispuesto en el propio artículo 451° de RGF en cuestión, en donde se determina que son las Organizaciones Ferroviarias quienes tienen que realizar las pruebas de suficiencia y seguridad a los coches nuevos de las empresas operadoras; y, es el MTC el encargado de supervisar que esta actividad se lleve a cabo, por lo que teniendo en cuenta una postura que sostenga una potestad fiscalizadora de FETRANSA, sería ilógico que esta realice las pruebas de suficiencia y seguridad; y, también supervise el cumplimiento de esta actividad, sin que se estipule consecuencia alguna en caso aviste algún incumplimiento normativo; es decir, tiene que supervisar que se cumplan pruebas que la Concesionaria misma realiza en su calidad de Organización Ferroviaria.

La indicación de la norma de “ bajo supervisión” del MTC responde al concepto de la conservación de la supervigilancia que se origina del “vínculo permanente que se genera entre la Administración y la entidad colaboradora” (Leal, 2016, p.116); entonces, al considerar a FETRANSA como una colaboradora de algunas actividades que forman parte de la actividad de fiscalización como es el caso de actividades de control, observación o constatación, no se desprende que esto signifique una delegación en sí de la potestad de fiscalización o supervisión

---

<sup>9</sup> Aprobados por Resolución del Consejo Directivo N° 007-99-CD/OSITRAN el 20 de diciembre de 1999 y por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN el 25 de agosto de 2004.

reservadas en esa época y en este sector, solo para el OSITRAN o el MTC, según sea el caso.

En relación a esta disyuntiva de si se le ha delegado la potestad supervisora a la Concesionara, es que podemos apreciar de la apelación que presentó FETRANSA, que la Concesionaria sustenta que no es su obligación el supervisar que los operadores cumplan con lo dispuesto en el artículo 451° del RGF, por lo que no constituye incumplimiento del Contrato de Concesión el hecho de no haber impedido que PERURAIL acceda a la línea férrea sin contar con la autorización. Lo cual puede llegar a ser cierto si es que la concesionaria alegaba que no contaba ni se le podía haber delegado facultades de supervisión; pese a ello, podemos apreciar que la cláusula 7.5 sí determina una obligación contractual para FETRANSA de “supervisar” el cumplimiento de las “Leyes Aplicables” por parte de las empresas operadoras, pero dicha acción a la que hace referencia el verbo “supervisar” genera mucha confusión en el entendimiento de lo que realmente quiere abordar el contrato, siendo pertinente que específicamente estipular la acción de verificar, observar o constatar mas no el de supervisar, inspeccionar o fiscalizar, verbos que nos hacen reminiscencia a una potestad estatal.

Si por un lado con “supervisar”, el contrato hiciera referencia a la potestad fiscalizadora delegada a FETRANSA, entonces sería comprensible que se le exijan ciertas actuaciones a la Concesionaria como el no permitir el ingreso a la línea férrea de las empresas operadoras que no cumplieran con sus obligaciones normativas, esto como una suerte de adopción de medidas correctivas o acciones pertinentes a consecuencia de su actividad fiscalizadora para proteger un bien jurídico determinado, el cual en el presente caso consiste en la seguridad de los pasajeros y los bienes ferroviarios. Recordemos que no necesariamente se tiene que estar en un procedimiento administrativo sancionador para adoptar medidas en salvaguarda de bienes protegidos, pues es perfectamente posible que la entidad que realiza actividades fiscalizadoras puede adoptar dichas medidas, debido a que su actividad no solo consiste en recolectar información, verificar el cumplimiento de las obligaciones normativas o contractuales, sino que también demanda que actúe con rapidez en el caso se vea una afectación real o potencial, decisión que será ratificada más adelante por un órgano resolutor.

De esta manera, la entidad fiscalizadora tiene que tener esa facultad de reacción ante incumplimientos, lo cual responde a una finalidad de prevención de riesgos y tutela de los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, tal como concluimos anteriormente, en el presente caso no se le ha delegado una potestad fiscalizadora o de supervisión a FETRANSA, tampoco era viable hacerlo a través de un contrato, por lo que no era posible que impida a PerúRail ingresar a la línea férrea por no cumplir con lo dispuesto en el art. 451 del RGF.

Desde otra arista, como facultad derivada del propio Contrato, FETRANSA **“solamente podrá”** impedir a PerúRail el ingreso a la vía férrea solo en los casos expresamente establecidos en la cláusula 12.2<sup>10</sup>, del cual no se puede colegir que una de estas causales haga referencia al incumplimiento de alguna norma aplicable como lo es el Reglamento General de Ferrocarriles, pues esto plenamente le corresponderá hacerlo al propio OSITRAN. Aunado a esto, también debemos discernir que la cláusula 12.2 le da la facultad de decidir a la Concesionaria si es que permite o no el ingreso al operador a la Línea Férrea, pues se consigna el verbo “podrá impedir”, caso diferente sería si la cláusula estuviera redactada como una obligación en donde se consigne el verbo “deberá impedir”.

En este contexto, si con “supervisar”, la cláusula 7.5 se refiriera a una obligación contractual de verificar por parte de FETRANSA que PerúRail y las demás empresas operadoras cumplan con las normas aplicables relacionadas a los servicios de transporte ferroviario o servicios complementarios que presten, entonces a nuestro parecer se le está facultando a FETRANSA para observar y comprobar que las empresas operadoras estén cumpliendo con las normas; y, en caso advierte un incumplimiento deberá informarlo a OSITRAN para que tome las medidas pertinentes. En este sentido, la Concesionaria no advirtió un incumplimiento de la normativa por parte de PerúRail, puesto que consideró que el artículo 451° del RGF no iba dirigido a esta empresa operadora al no brindar sus servicios con coches “nuevos”. No obstante, si en el hipotético caso hubiese comprobado que la norma citada si era de aplicación al servicio de transporte que estaba ofreciendo PerúRail, entonces lo único que podía haber hecho era reportar este incumplimiento al OSITRAN, mas no estaba facultado para impedirle el ingreso a la vía férrea, pues estos supuestos han sido expresamente determinados en la cláusula 12.2 del Contrato. Por lo que, a nuestro parecer, FETRANSA no ha incumplido con lo dispuesto en la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión.

Sin perjuicio del anterior análisis, ya hemos advertido que el Reglamento General de Ferrocarriles sí es parte del grupo de Leyes Aplicables para este caso, por lo que sí sería obligación de FETRANSA supervisar, bajo los alcances que ya hemos estudiado de este verbo configurados en observar o verificar, el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas operadoras que les

---

<sup>10</sup> “12.2 Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario.

(...)

El Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en caso que:

(i) No cuente con el respectivo Permiso de Operación vigente extendido por el MTC; o

(ii) Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su Material Tractivo o Material Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en este Contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7.; o

(iii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables

(...)”

corresponde la aplicación de dicho reglamento. No obstante, cabe la posibilidad de que algunas de las disposiciones del RGF no se subsuman en el caso en concreto, por lo que no se le podría exigir a la Concesionaria que haga encajar el hecho fáctico con el supuesto de la norma cuando no sea factible su aplicación. Por el contrario, habrá casos en donde la actividad que brinda el operador sí se subsume en la norma, por lo que es obligación de la Concesionaria supervisar que este operador cumpla con dichas normas. De esta manera, FETRANSA debe discernir y discriminar cuando es que la norma se aplica o no, no siendo prudente sostener a priori que no es su obligación supervisar que los operadores cumplan con lo dispuesto en el artículo 451° del RGF, puesto que, en algunos casos, mas no en todos, los operadores si tendrán que cumplir con esta disposición.

En concordancia con lo anterior y según lo dispuesto en el artículo 451° del RGF, cuando un operador pretenda brindar el servicio de transporte de pasajeros con **“coches nuevos”**, antes de prestar el servicio con dichos coches, el operador debe cumplir ciertos requisitos, los cuales son: 1. Que los coches sean sometidos a pruebas de suficiencia y seguridad por las Organizaciones Ferroviarias bajo la supervisión del MTC; y, 2. En caso de conformidad de las anteriores pruebas el MTC autorizará la puesta en servicio de los coches nuevos en un plazo no mayor de setenta y dos (72) horas. En este sentido, si PerúRail pretendía brindar el servicio de pasajeros de lujo “Hiram Bingham” con coches nuevos, era necesario que los someta a estas pruebas de suficiencia y seguridad para obtener la autorización del MTC y poner en circulación dichos coches.

En consecuencia, si es que se cumple el anterior supuesto, era obligación de FETRANSA supervisar que PERURAIL cumpla con lo dispuesto en esta norma, no siendo cierta su postura de que no es su obligación el supervisar que los operadores cumplan con lo dispuesto en el artículo 451° del RGF, pero no le es exigible impedir el acceso a la línea férrea en caso verifique un incumplimiento, pues esto no está estipulado en el Contrato en su cláusula 12.2 ni en ninguna de las demás cláusulas; y, tampoco se configura en una obligación derivada de su labor de “supervisar”, la cual es muy diferente a una supuesta potestad fiscalizadora delegada.

Asimismo, debemos advertir que la aplicación del artículo 451° del RGF se condice a la calidad de “Nuevo” que tenga el coche, no siendo obligación de las empresas operadoras pasar por las pruebas de suficiencia y seguridad de sus coches si estos no tienen tal condición, por lo que no están sujetos a la autorización del MTC para prestar el servicio de pasajeros. En este sentido, debemos discernir que es lo que se entiende por el adjetivo “nuevo” y si en el presente caso los coches con los cuales se iba a prestar el servicio de lujo “Hiram

Bingham” tienen esa característica, por lo que de ser considerados nuevos era necesario que pasen por las pruebas antes mencionadas.

### 5.1.2. ¿Qué se debe entender por el adjetivo “nuevo” estipulado en artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles?

Al respecto, el Consejo Directivo en su RESOLUCIÓN 41 precisa que con el término “nuevos” estipulado en el artículo 451° del RGF, el reglamento se refiere a los coches que tengan esta característica en relación a la vía en la que operan. Es decir, el concepto o la definición de “nuevo” que interpreta la Administración es en relación a un elemento externo al propio objeto al cual se le otorgará este adjetivo o característica. Por ejemplo, será nuevo el objeto en relación a la actividad que se realice; entonces, un cuchillo que siempre se use para cortar ramas será nuevo en cuanto se use para filetear carne, puesto que nunca antes se le ha dado utilidad para realizar esa actividad. De la misma forma, un objeto será nuevo en cuanto al área donde opere o realice su función, por lo que un bote que siempre transitó un determinado río como el Amazonas, será nuevo en cuanto transite otro río diferente como el Ucayali, entonces adquirirá esta característica en cuanto nunca antes había surcado las aguas del río Ucayali.

Este significado de la palabra nuevo recogido por la Administración está estrechamente vinculada con las acepciones 5, 6 y 7 estipuladas en el Diccionario de la Real Lengua Española (RAE), en el siguiente tenor:

*“Nuevo,va. ADJ. 1. Recién hecho o fabricado. Un automóvil nuevo. || 2. Que se percibe o se experimenta por primera vez. Lo que me cuentas es nuevo para mí. || 3. Repetido o reiterado para renovarlo. Un nuevo intento. || 4. Distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido. Vamos a empezar la nueva lección del curso. || 5. Que sobreviene o se añade a algo que había antes. Van a abrir una nueva cafetería en el barrio. || 6. Recién incorporado a un lugar o a un grupo. Es nuevo en el colegio. || 7. Principiante en una profesión o en alguna actividad. Es nueva en el oficio. || 8. Dicho de un producto agrícola: De cosecha recentísima, en oposición al almacenado de cosechas anteriores. Patatas nuevas. Trigo nuevo. Maíz nuevo. || 9. Dicho de una cosa: Que está poco o nada deteriorada por el uso, por oposición a viejo. Aunque tenga tantos años, el libro está nuevo. || 10. joven (|| de poca edad). Perdices nuevas. Conejos nuevos (...)”<sup>11</sup>*

Para el presente caso, en relación a la acepción 5 los coches serán nuevos porque se añaden a algo que había antes; es decir, son nuevos porque la actividad de estos se está añadiendo al parque rodante del Perú, el cual es una localidad o espacio previamente construidos a los coches que se van a operar. Es así que, en concordancia con el ejemplo que la propia RAE nos da, podemos decir que “van a circular unos coches nuevos en las vías Puruy-MachuPichu-

---

<sup>11</sup> Según la Real Academia de la Lengua Española, visto en: <https://www.rae.es/desen/nuevo>

Puruy”. Asimismo, en relación a la acepción 6 los coches serán nuevos porque recién están siendo incorporados a un lugar, como lo es el parque rodante del Perú y las vías en las que operarán, bajo esta premisa ponemos un ejemplo en relación al que puso el diccionario de la RAE, “Son nuevos esos coches en las vías Puruy-MachuPichu-Puruy”. Además, según la acepción 7 serán nuevos los coches porque es la primera vez que van a desarrollar la actividad de transporte de pasajeros en el servicio “Hiram Bingham”.

Sin embargo, como se puede apreciar de la definición del adjetivo “nuevo” por la RAE, tenemos como primera acepción a lo que recién esta hecho o fabricado y se pone como ejemplo “un automóvil nuevo”. En consecuencia, esta definición de la palabra “nuevo” le otorga esa característica al objeto por su propia condición y no por la comparación con otro objeto o en relación a la actividad o una determinada locación, lo cual es perfectamente aplicable como adjetivo pero consideramos que cuando una palabra tiene más de una acepción es deber de quien la utiliza dejar en claro cuál es el sentido que se le quiere dar, pues lo más común es que las personas interpreten su significado en cuanto a su primera acepción. Por tal razón, si quien le otorgara cierta característica a un objeto quisiera separarse de su primer significado, entonces tiene la obligación de ser claro y dejar expresamente establecido que el adjetivo hace referencia a su acepción 2, 3, 4, 5 o 10.

Este deber de especificar el significado que adoptará una palabra en relación al contexto se acrecienta cuando dicha palabra es parte de una regla que impondrá obligaciones a una pluralidad de sujetos. Bajo esta premisa, la Administración Pública debe ser lo más específica posible al momento de dictar reglas y consignar cada una de las palabras que conformen dicha norma con claridad, puesto que si no lo hace de esta manera dará pie a diversas interpretaciones de la norma, lo cual trastocaría su finalidad debido a que los diversos actores implicados por el alcance de esa norma la entenderán de diferente forma según su conveniencia.

Esta obligación de la Administración Pública está estrechamente relacionada con la Técnica Legislativa que debe perfeccionar cualquier Entidad que tenga la potestad para regular conductas y dictar normas, por lo que debe elaborar sus reglas considerando que estas deben contener estipulados claros y precisos que sean entendidos por todos y cada uno de los sujetos a los que van dirigidas estas normas. Esto a su vez, cumple con la finalidad de otorgar seguridad jurídica a los Administrados, la cual consiste en que las reglas del juego que van a imponer las Entidades de la Administración Pública deben ser conocidas de antemano por todos los Administrados, para que de esta forma se facilite el tráfico jurídico y se dote a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para conseguir una



armonía social entre la Entidades del Estado y los Administrados (Rodríguez-Arana, 2007, p.251)

En este caso, si el OSITRAN pretendía que su RGF sea un instrumento normativo que regule parámetros de suficiencia y seguridad en su artículo 451, tenía la obligación de ser lo más claro posible y dotar de un significado determinado a la característica de “nuevo”, pues dicha palabra estipulada como está en el citado artículo, era muy ambigua pues no dejaba en claro las reglas de juego a las empresas operadoras, por lo que era necesario que un órgano superior con suficiente fuerza vinculante en las decisiones del Órgano Regulador se pronuncie respecto a la exigencia específica de esta norma y dejar sentado un precedente. Siendo así que, no es suficiente que en una resolución de segunda instancia se diga “tal palabra quiere decir tal cosa”, ya que con dicha acción no se puede considerar que esté dejando las reglas claras en el tablero, simplemente está imponiendo una regla de manera inmotivada, puesto que no se podía entender hasta ese momento que por la característica “nuevo” las empresas operadoras se deban remitir a su quinta, sexta o séptima acepción.

Es así que, cuando se lee el artículo 451° del RGF que impone la obligación a los administrados de realizar pruebas de suficiencia y seguridad a los “coches nuevos”, perfectamente se puede entender que hace referencia a coches que recién han sido fabricados, tiene lógica entenderlo de esta forma, puesto que, es su primera acepción. Luego, debemos entender la regla en conjunto y discernir cuál es su finalidad, la cual será que el MTC verifique que los coches con los cuales se va a brindar el servicio de transporte de pasajeros sean seguros para las personas y según esto otorgar la autorización para que se brinde el servicio.

De esta manera, no habría sentido que se le realicen pruebas de seguridad a coches que ya han realizado el servicio antes y que se presupone que lo han hecho contando con las autorizaciones exigidas, por lo que se entiende que anteriormente ya han pasado por dichas pruebas de suficiencia y seguridad. Por otro lado, si fueran coches recién fabricados sí se entiende que estos por ser “nuevos”, característica inherente a su propia condición, nunca antes han sido puestos en funcionamiento y por lo tanto no hay certidumbre de si en la práctica son seguros para transportar pasajeros, por lo que es sumamente necesario que pasen por dichas pruebas y así el MTC le otorgue la autorización correspondiente.

Entonces, para el caso en concreto que nos aborda, los coches que iban a ser operados por PerúRail para el servicio “Hiram Bingham”, son coches que han sido traídos desde Asia y que ya han sido varios años operados en esta locación, siendo que por su propia condición ya no podrían ser considerados nuevos; por

lo tanto, PerúRail no tendría la obligación de someterlos a pruebas de suficiencia y seguridad. No obstante, el Consejo Directivo del OSITRAN nos dice que es **evidente** que los coches que venía operando PERURAIL se encontraban bajo el ámbito del artículo 451° del RGF, puesto que son nuevos en el sentido de que recién se habían incorporado al parque rodante del Perú, por lo que se infiere la necesidad de aprobación de todos los coches. Por tal fundamento, como ya vengo sosteniendo en párrafos anteriores, dicha sustentación de la Administración nos es muy acertada ni razonable por los siguientes motivos:

- No es acertada, porque no es para nada evidente que con la sola lectura del artículo 451° se entienda que los coches que operó PerúRail se encuentren bajo el ámbito de esta norma, esto debido a que para el adjetivo “nuevo” se tienen más de 10 acepciones y la norma no es clara en cuanto a la referencia del significado de la palabra, solo consigna “coches nuevos” mas no se hace la aclaración a que se refiere con “nuevos”, por lo que es factible que los administrados (tanto la concesionaria como los operadores) puedan entender que se refieran a coches que recién han sido fabricados, pues este es el primer significado que se nos viene a la mente cuando le damos el adjetivo de nuevo a una cosa.

En este mismo sentido, la autora Cristhina Villafranca nos dice que el término “nuevo” en la época no tenía definición jurídica, pues ninguna norma definía el contenido de lo que se debía entender por “coche nuevo”; asimismo, el RGF solo se limitaba a mencionar la condición de “nuevos” para los coches pero no precisaba su significado, por lo que se hacía evidente la falta de acción de la Administración por definir este término y el vacío jurídico que esto involucraba (2020, p.18), lo cual corrobora nuestra postura en contraposición con lo que dice la Administración, pues no es evidente lo que se aborda con el término “coches nuevos”. Contrariamente a lo que pasaba en el Reglamento Nacional de Ferrocarriles<sup>12</sup>, que fue la norma que derogó al RGF, en donde sí se le dotaba de cierto contenido al apelativo “nuevo” por contraste, como veremos a continuación:

*“Artículo 97°. - Requisito para obtener el Permiso de Operación.*

*(...)*

*j) Copia simple, del título de propiedad del material rodante ferroviario o precontrato de adquisición del **material rodante nuevo o usado**, contrato o precontrato de fabricación del material rodante ferroviario, o contrato de alquiler de material ferroviario celebrado con terceros, o documento que acredite que*

---

<sup>12</sup> Aprobado mediante D.S. N° 032-2005-MTC, publicado en el peruano el 05 de enero de 2006. Por el artículo 2° del referido decreto se deroga el Reglamento General de Ferrocarriles.

*prestará servicios con el material ferroviario de la Organización Ferroviaria a cargo de la administración de la vía.*

*(...)*”.

Entonces, lo que se entiende por la condición de “nuevo” del anterior artículo citado es que no ha sido usado. Como me expliqué se llega a esta conclusión por contraste con el apelativo “usado” que se estipula en la propia norma, cuestión que no se observa en el artículo 451° del RGF en donde solo se menciona “coche nuevo”, dando un margen demasiado amplio de interpretación por la falta de exactitud del término.

No obstante, si la Administración Pública quería desligarse de esta primera acepción debió hacerlo expresamente en la norma y hacer la aclaración correspondiente en el siguiente sentido: “Los coches nuevos de pasajeros; es decir, los coches que por primera vez se incorporen al parque rodante del Perú (...)” o también se pudo consignar lo siguiente “Los coches que se incorporen por primera vez a la vía en la que operaran serán sometidos a pruebas (...)”; por el contrario como una suerte de término impreciso se consigna en la norma: “Los **coches nuevos** de pasajeros serán sometidos a pruebas de suficiente y seguridad (...)”.

A manera de ejemplo, en el sector de transportes tenemos a la Ley N° 27181, Ley General de Transportes y Tránsito Terrestre, en la cual se da un atisbo de lo que la norma quiere dar a entender con la palabra “nuevo”, que a mi parecer sigue siendo insuficiente pero esto ya es un problema de técnica normativa que en su momento con opiniones vinculantes o pronunciamientos de los órganos correspondientes se aclaró o se aclarará, lo cual refuerza la idea de que esta imprecisión en las normas genere muchos problemas como el que se ha suscitado en nuestro caso. Sin embargo, en nuestro ejemplo, es en la propia norma que ya se hace un esfuerzo para contextualizar dicho adjetivo en relación al lugar o espacio donde se incorporarán, tal como podemos leer a continuación:

*“Artículo 23: Del contenido del reglamento*

*(...)*

*b) Reglamento Nacional de vehículos*

*(...)*

*Asimismo, contiene los procedimientos técnicos y administrativos para la homologación de **vehículos nuevos** que **se incorporan a la operación en la red vial** y los correspondientes al sistema de inspecciones técnicas vehiculares y de control aleatorio en la vía pública; así como reglamenta y clasifica el marco general de los servicios complementarios relacionados con los vehículos.*

*Establece que todo vehículo se encuentra obligado a cumplir con las normas de las revisiones técnicas.*

(...)"

En consecuencia, no es para nada evidente que los coches de nuestro caso deban pasar por pruebas, pues bajo la concepción de la palabra nuevo tanto PerúRail como FETRANSA consideran de manera acertada que los coches de su servicio "Hiram Bingham" no tiene la condición de "nuevos" por no haber sido recién fabricados; y, además, haber operado con anterioridad en otro país y vías férreas.

- No es razonable la interpretación que hace OSITRAN de la norma, pues justifica el significado que le da a "nuevos" diciendo que se infiere de la necesidad de aprobación de todos los coches. Por tal razón, si la finalidad de la norma era exigir las pruebas de suficiencia y seguridad a todos los coches que recién se incorporen al parque rodante del Perú, no había necesidad de consignar el adjetivo de nuevos a estos coches, por lo que bajo esta lógica solo bastaba hacer mención clara y expresa de que "todos los coches que se incorporan al parque rodante del Perú serán sometidos a pruebas de suficiencia y seguridad", pues un coche recién fabricado, con tres o 20 años de uso en otro país o un coche sumamente viejo deberá pasar dichas pruebas por el simple hecho de incorporarse a estas vías ferroviarias por primera vez. Es decir, la condición para otorgar la autorización de puesta en servicio de los coches por el MTC, no se basa en la condición de dichos coches, nuevos o viejos, sino en el hecho de que recién se incorporan al parque rodante del país, por lo que no importa su condición o características, igual tendrían que realizar las pruebas.

Sin embargo, OSITRAN debió haber analizado y determinado mejor cuál era la finalidad de la norma, puesto que es más factible pedir pruebas de suficiencia y seguridad a un coche que nunca antes ha tenido uso alguno, pues hay incertidumbre en cómo es que pueda funcionar por recién haber sido fabricado, a pedir dichas pruebas a un coche que ya fue utilizado con anterioridad en una actividad similar y ha cumplido con su función sin problema alguno, por lo que se presupone que tuvo que pasar dichas pruebas en ese país para que pueda brindar la actividad de transporte de pasajeros.

A manera de ejemplo simple solo con fines prácticos sin tener en cuenta las cuestiones particulares exigibles por el sector (Salud), si se tuviera una vacuna que en Ecuador está funcionando y sanando la enfermedad para la cual fue creada, si se manda un lote a Perú, sería poco razonable que se pidan pruebas para recién autorizar que se le inoculen a las personas; un caso diferente sería, si mandan un lote de pruebas a Perú que nunca

antes ha sido probado en humanos, sí sería razonable que primero se hagan pruebas para que acorde a los resultados se autorice su inoculación en personas o no.

Con lo anterior, no quiero desacreditar la función de supervisión, fiscalización, y prevención del riesgo que tiene potestad para ejercer la Administración Pública, pero esta facultad no puede ser una limitación irrazonable para prohibir la actividad de un Administrado, mucho menos si este acredita haber cumplido con las exigencias requeridas por la norma y el contrato respectivo. Bajo esta premisa, es diligente que el MTC pida pruebas periódicas de suficiencia y seguridad a los coches que van a operar por primera vez en el parque rodante del país, pues al ser un vehículo que va a transportar personas se tienen que agotar todos los medios para evitar riesgos a la integridad y salud de los pasajeros, pero esto no puede concretarse en un impedimento para no permitir que dichos coches comiencen su actividad, mucho peor si ya han sido utilizados con eficiencia en otro país. No obstante, si el MTC así lo requiere, puede imponer esta obligación a las operadoras de realizar las pruebas a cualquier coche que recién se incorpore al parque rodante, como condición para otorgar la autorización, pero esto tiene que consignarlo de forma clara y expresa en la norma correspondiente, esto es, en el artículo 451° del RGF.

Por otro lado, existen ciertas opiniones que consideran razonable la interpretación del OSITRAN en cuanto al contenido que le da al adjetivo “nuevo”, pues nos dicen que la finalidad de la norma es velar por la seguridad de los pasajeros, por lo que se debe evitar que coches que no cumplan con los estándares técnicos arriesguen la vida de las personas al transportarlos (Villafranca, 2020, p.18), lo cual es cierto, pero acaso esto no es parte de las obligaciones que tienen que cumplir todos los operadores ferroviarios que presten el servicio de transporte de acuerdo a lo estipulado en el Anexo 6° “normas de seguridad ferroviaria y Estándares técnicos del Contrato de Concesión”. Si esto es así, entonces sería potestad del OSITRAN ejercer su actividad fiscalizadora cuando lo considere pertinente e inspeccionar que las empresas operadoras cumplan con estas normas de seguridad ferroviaria; y, en cuanto lo vea necesario y urgente pueda impedir que una empresa operadora siga ejerciendo la actividad por poner en riesgo inminente un bien jurídico protegido como lo es la seguridad e integridad de los pasajeros.

De esta manera, sería irrazonable que se exija que todos los coches pasen por pruebas de suficiencia y seguridad cuando es el propio FETRANSA y PerúRail que consideran que están cumpliendo con dichas normas contractuales al satisfacer los estándares FRA Class II y sería deber de la Administración comprobar lo contrario, pero no como un requisito desproporcional para que el MTC de la autorización, pues tengamos en cuenta que no estamos ante el supuesto de hecho del

artículo 451, al no ser “coches nuevos” los utilizados para brinda el servicio de lujo “Hiram Bingham”.

En concordancia con lo anterior, tenemos que el Reglamento Nacional de Ferrocarriles ya no estipula esta obligación de pasar por pruebas de suficiencia y seguridad a todos los coches de pasajeros que recién sean incorporados al parque rodante del país para la autorización correspondiente del MTC, sino que en su capítulo II, subcapítulo I: “Del servicio de transporte ferroviario público de pasajeros”, determina en su artículo 128 las obligaciones y responsabilidades de los operadores ferroviarios que desarrollen esta actividad, esto en correspondencia con las exigencias de seguridad y estándares técnicos del Contrato de Concesión, para lo cual expresamente estipula que los operadores ferroviarios deben mantener los trenes en condiciones técnicas que garanticen la seguridad de los pasajeros, lo cual incluye a los coches. Siendo OSITRAN quien debe fiscalizar que dichas obligaciones tanto contractuales como normativas sean cumplidas por los Administrados.

En consecuencia, no es ni evidente ni se infiere de la norma la necesidad de aprobación de todos los coches que recién se incorporen al parque rodante del Perú.

De esta manera, considero que no le es aplicable el artículo 451° del RGF a PerúRail, pues esta empresa operadora no incorporó “coches nuevos” para el transporte de pasajeros en su servicio de lujo denominado “Hiram Bingham”, por lo que no era necesario que dichos coches sean sometidos a pruebas de suficiencia y seguridad para que se otorgue la autorización por el MTC y ser puestos en servicio.

De la misma forma, al no ser aplicable dicha norma tampoco era factible ni exigible a FETRANSA que supervise su cumplimiento y le impida a PerúRail acceder a la línea férrea, puesto que dichos coches no requerían autorización alguna para operar por no tener la condición de nuevos. En este sentido, FETRANSA no habría incumplido con su obligación estipulada en la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión, pues si bien es cierto que el Reglamento General de Ferrocarriles pertenece al grupo de “Leyes Aplicables” en relación a los servicios de transporte ferroviario que brinde PerúRail, pero no sería aplicable en el presente caso el artículo 451° de dicho reglamento, por lo que PerúRail habría prestado su servicio de transporte de pasajeros sin incumplir con lo dispuesto en el Reglamento General de Ferrocarriles.

### **5.1.3. ¿Son aplicables en este caso las disposiciones de Association of American Railroad?**

Sin perjuicio de lo anteriormente desarrollado y en relación a lo que propiamente sostuvo el Consejo Directivo en la RESOLUCIÓN 41, en cuanto si se aplica o no las disposiciones de la Association of American Railroad (en adelante AAR), determinó que dicha materia no se encuentra orientada a evaluar si FETRANSA incumplió la obligación contenida en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión, con lo cual coincidimos, pues ni el artículo 451° del RGF ni el Contrato de Concesión hacen mención expresa de estas disposiciones. No obstante, es necesario desarrollar este punto porque sí se relaciona con la concepción de “Leyes Aplicables” que utiliza la Administración tanto en el Contrato como en la RESOLUCIÓN 41.

Según el Consejo Directivo y en concordancia con lo que se dispone en la cláusula 1.1 del Contrato, la definición de “Leyes Aplicables” abarca no solo leyes, reglamentos, decretos, normas o resoluciones, sino también incluye a cualquier decisión, orden y/o disposiciones emitida por una Autoridad Gubernamental, lo cual en mi opinión no es muy exacto, puesto que una “Ley Aplicable”, como su propio nombre lo dice, debe ser una ley promulgada por el poder legislativo o también pueden entrar en este grupo, normas con rango de ley como los Decretos Supremos o Decretos Legislativos, o, en última ratio pueden entrar en este cajón de sastre los reglamentos que no sean dados por decretos supremos pero que al tener un relevancia en la regulación y definición de las Leyes puede ser posible incluirlos en este grupo, pero nos parece que se está dotando de una amplitud muy exagerada al término al incluir también a cualquier decisión, orden o disposición.

En esta línea argumentativa, a pesar que la cláusula 1.1 del contrato no especifique lo que se debe entender por “Autoridad Gubernamental” y con esto se otorgue una amplitud mucho mayor aun al término de “Leyes Aplicable”, sí tenemos que en la cláusula 23.2 en una suerte de intento por reducir un poco el ámbito de alcance del término, se especifica que *“las partes declaran expresamente que el presente Contrato de Concesión, está sometido a las leyes de la República del Perú y, en especial, a las normas indicadas en los antecedentes”*.

En concordancia con lo anterior, no se puede entender entonces que las disposiciones AAR entren en el grupo de Leyes Aplicables para este contrato, por las siguientes razones:

- Las disposiciones de la Association of American Railroad no se configuran en una norma que tenga la condición de ley o rango de ley. Además, siguiendo lo que el propio Contrato de Concesión determina, las disposiciones AAR no han sido dictadas por una autoridad gubernamental

de nuestro país, pues tengamos en cuenta que no solo basta leer la definición de Leyes Aplicables en la cláusula 1.1 “Definiciones”, la cual hace mención a que será cualquier norma emitida por una autoridad gubernamental de manera muy general, pero al leer la cláusula 23.1 entendemos que el contrato está sometido a las leyes de la República del Perú.

En consecuencia, aplicando una interpretación sistemática del contrato tenemos que las Leyes Aplicables será toda norma emitida por una autoridad gubernamental del Perú, no cumpliendo con esta condición las disposiciones AAR que es una norma dictada por una Asociación Estadounidense de Ferrocarriles, siendo esta asociación un grupo comercial (privado) mas no una autoridad gubernamental y tampoco es peruana sino estadounidense, por lo que no podría considerárseles a estas disposiciones dentro del grupo de Leyes Aplicables que estipula el Contrato.

- El artículo 451° del RGF menciona que se deben realizar pruebas de suficiencia y seguridad, pero no se puede entender del texto la exigencia de las disposiciones AAR a estas pruebas. Tampoco se puede advertir del Contrato de Concesión que haga mención explícita a la exigencia de la aplicación de las disposiciones AAR, pero sí se exige que se cumpla con las normas de seguridad ferroviaria detallados en el numeral 7.7 y el Anexo 6 del contrato, así como en diversas cláusulas del contrato se hace mención expresa de los estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, tal como observaremos a continuación:

En la cláusula 7.3, apartado vii, se estipula que la obligación de los operadores de servicio de transporte Ferroviario de mantener el material tractivo y rodante, debe alcanzar los requisitos y estándares FRA.

En la cláusula 7.7, se determina que específicamente el Concesionario está obligado a alcanzar los requisitos y estándares FRA, pero esta obligación no excluye a las restantes. En esta misma cláusula se indica que el Concesionario está obligado a verificar que los servicios de transporte ferroviario que los operadores brinden cumplan con las normas de seguridad ferroviaria y estándares técnicos exigidos tanto en el numeral 7.7 y en el Anexo 6 del contrato, además se le otorga la facultad al concesionario de impedir el acceso a la Línea Férrea a los operadores que no se ajusten a dichas normas de seguridad ferroviaria y estándares técnicos mencionados.

En la cláusula 12.2, se regula la obligación del Concesionario de supervisar y controlar el desarrollo de los Servicios de Transporte Ferroviario por parte de los Operadores, lo cual se debe desarrollar dando



estricto cumplimiento a las disposiciones sobre seguridad ferroviaria establecidas en este contrato y su Anexo 6.

De esta manera, el Anexo N° 6 del Contrato de Concesión, nos indica expresamente que las normas de seguridad ferroviaria y los estándares técnicos que deben ser cumplidos por el Concesionario son los establecidos por el United States Code of Federal Regulations (FRA).

Es así que, no se puede advertir de la lectura del contrato que se exija el cumplimiento de las disposiciones AAR. Si bien es cierto, en la cláusula 7.3, apartado vii, se da un atisbo de discrecionalidad para aplicar otras disposiciones o requisitos diferentes a los estándares FRA, esto no es muy claro y como ya mencioné se configura en una obligación muy general que en nada ayuda a alcanzar la finalidad del Contrato de Concesión, pues es idóneo y muy necesario que la Administración Pública sea clara y precisa al momento de consignar obligaciones, para evitar interpretaciones diversas y erróneas aplicaciones de normas. Esto está directamente relacionado con un Principio General del Derecho como el de Seguridad Jurídica, *“en la medida que la sumisión a unas reglas de juego jurídico conocidas de antemano por todos facilita la buena fe en el tráfico jurídico y dota a las relaciones jurídicas de la fortaleza necesaria para la armonía social”* (Rodríguez-Arana, 2007, p.251)

En este sentido, si se pretende dar a entender que la frase *“esta obligación incluye, pero no se limita, a la de alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II”* estipulada en la cláusula 7.3, como una puerta abierta para incorporar en el futuro nuevas disposiciones, estándares o requisitos que deba cumplir el Concesionario o las empresas operadoras, considero que no es muy acertado porque no va en sintonía de lo dispuesto a lo largo del contrato, donde explícitamente se exige el cumplimiento solo de los estándares FRA, estipulados en el Anexo 6 “Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos”.

- En relación al anterior punto, si utilizamos una interpretación sistemática del contrato nos podemos dar cuenta que en varias de sus cláusulas solo se les exige a la Concesionaria y a los operadores que cumplan con los estándares FRA; sin embargo, se le da la posibilidad a la Concesionaria de mejorar los estándares técnicos exigidos por el Contrato para solicitar la modificación de la tarifa por el uso de la vía. También se estipula en el Contrato que 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 (cláusula 7.7).

Entonces, de la lectura integral del Contrato de Concesión tenemos que las disposiciones y estándares de seguridad ferroviaria exigibles a FETRANSA y a PerúRail son las que se estipulan en los estándares FRA, porque estas son las disposiciones mínimas que deben cumplirse; sin embargo, la Concesionaria tiene la **facultad y plena decisión** de mejorar estas reglas de seguridad para exigir modificaciones en las tarifas, pero debemos tener en cuenta que una facultad otorgada no es sinónimo de exigencia u obligación, por lo que FETRANSA no estaría sujeta a cumplir con las disposiciones AAR.

En este mismo sentido, el MTC nos dice que la finalidad de las disposiciones FRA es salvaguardar las condiciones de seguridad en la prestación de servicio de transporte ferroviario; por tal motivo, no se pueden excluir otras disposiciones destinadas al mismo fin y que a la vez cubren condiciones no previstas en las normas FRA, por lo que es oportuno y necesario la aplicación de las disposiciones AAR a este caso, al verse involucrados temas de seguridad de pasajeros, tripulantes de los trenes y terceros. Lo cual es muy cierto, puesto que se deben agotar todos los esfuerzos posibles cuando está en juego la protección de un bien jurídico como la vida e integridad de las personas, siendo que mientras más seguridad se les dé a los pasajeros se cumplirá de mejor forma la protección de este bien jurídico. Sin embargo, debemos tener en cuenta, que mientras estas disposiciones no sean consignadas explícitamente como una obligación, es ilegal condicionar la autorización con el cumplimiento de estas disposiciones, peor aun cuando la Concesionaria y el operador se están ciñendo a lo que el contrato de Concesión expresamente les demanda.

A manera de conclusiones para este primer problema, tenemos las siguientes:

- a. El término de “Leyes Aplicables” estipulado en el Contrato de Concesión es ampliamente general y a la vez inexacto por incluir dentro de este grupo a cualquier decisión, orden y/o disposición emitida por una autoridad gubernamental, no teniendo ninguna de estas normas mencionadas anteriormente la condición de ley ni el rango de ley para ser consideradas dentro de este cajón de sastre. Además, al hacer la referencia de quien emite estas normas, necesariamente tiene que indicarse que es una autoridad gubernamental peruana en concordancia con la cláusula 23.3 del Contrato.

Siguiendo esta lógica, las disposiciones de la Association of American Railroad (AAR) no podrían considerarse dentro del grupo de “Leyes Aplicables” como sostiene el Consejo Directivo en el fundamento 63 de la

RESOLUCIÓN 41, pues no han sido dictadas por una autoridad gubernamental peruana sino por un grupo comercial estadounidense.

- b. Por otro lado, considero que el Reglamento General de Ferrocarriles si pertenece al grupo de “Leyes Aplicables”, pero esto no quiere decir que toda las normas y obligaciones que en este reglamento se consignent deban ser aplicados ciegamente a cada uno de los Administrados, puesto que debemos tener en cuenta que hay normas que no van a encajar en el supuesto de hecho y por lo tanto es imposible que se deriven en consecuencias para el administrado por no ser de aplicación en el caso concreto.

En este sentido, el artículo 451° del RGF no es aplicable a este caso porque los coches que utilizó PerúRail para brindar su servicio de transporte de pasajeros denominado “Hiram Bingham” no eran nuevos; por lo tanto, no estaban obligados a someterlos a pruebas de suficiencia y seguridad para recibir la respectiva autorización. En consecuencia, PerúRail no ha incumplido con sus obligaciones como empresa operadora y FETRANSA tampoco habría incumplido su labor de supervisar que el operador cumpla con las Leyes Aplicables, pues el artículo 451° del RGF no era pasible de ser aplicado en este caso, no pudiéndose configurar incumplimiento alguno respecto a esta norma.

- c. En cuanto a las disposiciones de la AAR, no se puede apreciar que el artículo 451° del RGF exija el cumplimiento de dichas disposiciones ni que estas estén reguladas de forma explícita en el Contrato de Concesión. Por el contrario, las únicas normas que el contrato obliga a dar cumplimiento son a los estándares FRA. Lo anterior no quiere decir que las disposiciones AAR no puedan ser aplicadas, puesto que tal como advirtió el MTC, dichas disposiciones tienen la misma finalidad de las normas FRA, por lo que sería oportuno su aplicación al verse involucrados temas de seguridad de pasajeros, tripulantes y terceros, pero no pueden configurarse en condicionantes al otorgamiento de la autorización para la puesta en servicio de los coches debido a que estas no están reguladas ni en el contrato ni en el Reglamento General de Ferrocarriles.

Aunado a lo anterior, debemos tener en cuenta que la empresa operadora ya estaba cumpliendo con las disposiciones que se le exigían, las cuales son el requisito mínimo que debe cumplir para que se le otorguen las autorizaciones pertinentes. Si la Administración (conformada en este caso por OSITRAN y el MTC) pretende que las disposiciones AAR sean cumplidas obligatoriamente por los involucrados que presten el servicio de transporte de pasajeros, debe consignarlo explícitamente en la norma

o en el Contrato de Concesión, dando pleno cumplimiento al Principio de Seguridad Jurídica, Predictibilidad, Legalidad y Tipicidad.

**5.2. Problema 2: ¿Se están aplicando correctamente los principios especiales que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración y los principios generales del procedimiento administrativo en la Resolución del Consejo Directivo?; y, según ello, ¿Está usando OSITRAN correctamente su potestad sancionadora en el presente caso?**

Al analizar los fundamentos de la RESOLUCIÓN 41, se puede advertir que ciertos argumentos del Consejo Directivo del OSITRAN carecen de una motivación suficiente; además, dichos argumentos pueden considerarse como una vulneración directa de los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración; específicamente, a los Principios de Razonabilidad, Legalidad, Tipicidad y Culpabilidad.

En relación al Principio de Razonabilidad, actualmente en un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), si bien es cierto la aplicación de este principio se da en torno a cada etapa del procedimiento, debemos tener en cuenta que es más notoria dicha aplicación en dos grandes momentos. El primero es cuando la Administración tiene que escoger cual será la medida más idónea<sup>13</sup> que utilizará para lograr la finalidad de que el administrado no vuelva a incumplir con sus obligaciones, para esto se empleará el test de proporcionalidad, consistente en analizar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la medida a tomarse; y, en un segundo momento tenemos cuando se va a sancionar al administrado<sup>14</sup>, en donde se aplicará el Principio de Razonabilidad en la graduación de la sanción utilizando ciertos criterios ya establecidos en la norma.

Sin embargo, el Consejo Directivo sostiene que el Principio de Razonabilidad le da a la autoridad administrativa un ámbito de discrecionalidad determinado dentro del cual aplicar los elementos de graduación de la sanción como la intencionalidad, perjuicio, reincidencia, entre otros, lo cual no es nada acertado, puesto que la discrecionalidad que se le otorga a la Administración tiene que estar plenamente justificada en la necesidad de elección de la autoridad para cumplir con sus objetivos. De esta manera, puede presentarse la discrecionalidad administrativa al momento que la autoridad escoja la forma como fiscalizar, por ejemplo, siempre y cuando justifique su actuar y este sea acorde a los demás principios y normas, entre ellos el de razonabilidad y

---

<sup>13</sup> Siguiendo lo estipulado en el Inciso 1.4 del artículo IV del Título Preliminar (LPAG), relacionado a la aplicación del Principio de Razonabilidad en un procedimiento administrativo.

<sup>14</sup> Siguiendo lo estipulado en el inciso 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, relación a la aplicación del Principio de Razonabilidad en la potestad sancionadora administrativa.

legalidad, pues recordemos que la discrecionalidad nunca debe ser amplia y no se puede guiar solamente por la decisión inmotivada de la administración.

Es así que, OSITRAN puede hacer uso de su potestad discrecional al momento de escoger la medida más adecuada que le impondrá a un administrado infractor en el marco de un PAS, pero siempre y cuando respete el principio de razonabilidad y justifique su decisión con el test de proporcionalidad, de esta forma podrá optar por imponer una amonestación, una medida de advertencia, una comunicación preventiva, una medida correctiva o una sanción, según lo considere pertinente. Sin embargo, cuando la Administración entra en el ámbito de la segunda etapa de aplicación del Principio de Razonabilidad en un PAS, esto es cuando propiamente escogió sancionar al administrado y debe aplicar los criterios de graduación de la sanción, no se le permite a la autoridad administrativa aplicar su facultad discrecional porque estos criterios de graduación tienen que ser analizados uno por uno, en tanto sean aplicables al caso, para de esta forma determinar el monto de la sanción que se impondrá.

En consecuencia, es falso lo argumentado por el Consejo Directivo al sostener que cuenta con discrecionalidad para aplicar los criterios de graduación, puesto que la autoridad administrativa no podrá escoger cual aplicar o no, sino que tiene que analizarlos todos y cada uno en el caso en concreto, esto siempre se dará en el ámbito administrativo sancionador en donde cada una de las decisiones de la autoridad deben ser razonables, especialmente las que se deriven de su potestad discrecional.

En la misma línea de lo anterior, el Consejo Directivo nos coloca un ejemplo en su fundamento 69 con la finalidad de apreciar que no siempre se va aplicar la razonabilidad, por lo que nos dice que: *“si un conductor cruza la calle con el semáforo en rojo, la sanción aplicable está claramente definida en las leyes y reglamentos, no debiéndose aplicar la citada razonabilidad sobre la base de circunstancias (...)”*, por lo cual se entiende que el Consejo Directivo considera que no existe justificación alguna ni circunstancias en particular para cruzar la calle con el semáforo en rojo, lo cual también es erróneo, porque al parecer OSITRAN está desconociendo los Principios de Causalidad y Culpabilidad, los cuales nos indican que la responsabilidad administrativa siempre va a ser subjetiva mas no objetiva y siempre tiene que evaluarse buscando un nexo causal ya sea de dolo, culpa o negligencia, lo cual tiene que dilucidarse tomando criterios de evaluación razonables.

En consecuencia, bajo el marco del mismo ejemplo, que hubiese pasado si la persona que cruzó habiendo luz roja sufrió un ataque cardiaco; o, estaba en una situación de vida o muerte la propia persona o un tercero dentro del vehículo,

¿se le va a sancionar de la misma forma como se le sancionaría a una persona ebria o imprudente que no tuvo la intención de respetar las reglas? En este sentido, el Consejo Directivo con su ejemplo más que probar que no siempre se va aplicar el principio de razonabilidad en todos los casos, lo que está haciendo es otorgarle una aplicación objetiva a la responsabilidad administrativa, lo cual es una vulneración a los principios de Culpabilidad y Causalidad que rigen la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Por otro lado, luego de dar su ejemplo la autoridad administrativa sostiene que en algunos casos las normas no permiten la discrecionalidad y por lo tanto dicha potestad no es de aplicación en dichos casos, con lo cual se advierte que hay una contradicción en los argumentos de la Administración, pues primero sostiene que sí cuenta con discrecionalidad para aplicar o no el Principio de Razonabilidad y luego alega que las normas no permiten que use su facultad discrecional, para lo cual nos da otro ejemplo con la finalidad de tener presente que la norma establece criterios específicos para calificar la infracción y no da cabida a su facultad discrecionalidad para graduar la sanción:

*“Si una persona comete una infracción y encuadra en un criterio, que, según las normas, determina que la infracción sea calificada como “muy grave”, la autoridad no podrá calificarla de otra manera y, en todo caso, si la norma correspondiente ha fijado un rango de sanciones para ese nivel de infracción, la autoridad podrá aplicar dicho principio para graduar la sanción dentro del rango correspondiente”<sup>15</sup>*

Sin embargo, el problema con el anterior ejemplo y explicación del Consejo Directivo es que no está tomando en cuenta que en este caso la supuesta “infracción” calificada como “muy grave” no ha sido determinada por una norma; sino que, ha sido calificada como tal en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, por lo que si seguimos el razonamiento que trata de aplicar la Administración para esta oportunidad, se estaría vulnerando el Principio de Legalidad y Tipicidad, al calificarse e imponerse “sanciones” que no están establecidas en una norma con rango de ley. De esta manera, consideramos necesario que profundicemos sobre la naturaleza y alcance de esta “infracción” tipificada en el Anexo 9 del Contrato, lo cual se desarrollará pertinentemente en el apartado 5.2.3 del presente trabajo.

Asimismo, del ejemplo anterior, también se puede determinar parcialmente que está plagado de ciertas imprecisiones y nuevamente la autoridad hace notar su inclinación en aplicar una responsabilidad administrativa objetiva, en donde las sanciones ya vienen establecidas como una suerte de rompecabezas, en el cual la conducta del administrado es una pieza que tiene que encajar plenamente en

---

<sup>15</sup> Fundamento 70 de la RESOLUCIÓN 41

el lugar que le ha otorgado la Administración, por lo que basta solamente una conducta de parte del administrado tipificada como infracción para que se le asigne una sanción, sin mayor análisis, lo cual se vuelve a configurar como una vulneración del Principio de Razonabilidad.

Si bien es cierto, en las normas especiales, como puede ser el Reglamento de Sanciones en Infracciones del OSITRAN, están establecidas las tipificaciones de las infracciones como leve, grave y muy graves, esto no significa que solo se utilice un criterio meramente aplicativo en donde si el administrado realizó tal conducta, le corresponde subsumirla en cierta infracción e imponerle una sanción, pues justamente estas calificaciones son indicadores para darle cierta predictibilidad a los administrados de qué tipo de infracciones les correspondería asumir si realizan cierto tipo de conductas. Pero esto no significa que no se vayan a aplicar criterios de graduación de la sanción, ni se vayan a aplicar los eximentes, atenuantes o agravantes de dicha conducta infractora, puesto que es necesario analizar cada una de estas aristas para definir la sanción que corresponde a cada caso en concreto. Si luego de haber aplicado el Principio de Razonabilidad se llega a la conclusión que la infracción cometida debe tipificarse como leve, grave o muy grave, entonces es desde este momento que la Administración no podría hacer nada para cambiar la tipificación de la conducta infractora, pues ya se aplicaron los criterios exigidos por la normativa correspondiente.

En concordancia con lo anterior, considero muy necesario desarrollar en este problema 2 planteado lo que se entiende por la potestad sancionadora en relación a la discrecionalidad otorgada a la Administración, para luego desarrollar algunas figuras jurídicas abordadas en mis problemas secundarios como “responsabilidad objetiva”, “riesgo y peligro”, “graduación de la sanción”, “subsanción voluntaria”, “régimen de infracciones y sanciones” y “régimen de penalidades”, las cuales me ayudarán a discernir si es que se están vulnerando ciertos principios generales que rigen el procedimiento administrativo o principios especiales que rigen a la potestad sancionadora de la Administración Pública en la RESOLUCIÓN 41.

Por otro lado, para el caso en concreto, el Consejo Directivo nos señala que el incumplimiento de FETRANSA se debe analizar en el marco del Anexo 9 del Contrato de Concesión, en donde se establecen montos fijos (porcentajes de ingresos brutos del mes anterior) y no hay rangos dentro de los cuales pueda considerarse los criterios de graduación señaladas en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), por lo que el OSITRAN no podría hacer uso de su discrecionalidad y apartarse de lo que dice el citado Anexo 9, pues esto sería decidir la sanción en contra de lo establecido

por el Contrato de Concesión<sup>16</sup>. Sin embargo, se debe considerar que dicho Anexo 9 establece el Régimen de penalidades aplicables a los incumplimientos del Concesionario, lo cual no es equiparable a una sanción administrativa en la cual sí es posible aplicar criterios de graduación, tanto atenuantes como agravantes. En consecuencia, también es menester dilucidar las diferencias entre penalidades contractuales y sanciones administrativas, lo cual también se desarrollará en el apartado 5.2.3 pertinentemente.

Siguiendo este contexto, FETRANSA al incumplir su obligación de supervisar que PerúRail cumpla con lo dispuesto en las Leyes aplicables, específicamente que cumpla con el artículo 451° del RGF, estaría poniendo en peligro a personas en mayor grado por lo que le correspondería una sanción del 5% de los Ingresos Brutos del Mes anterior; sin embargo, tal como ya vimos en el problema 1 esto no sucedió así, por lo que FETRANSA no ha incumplido con la obligación establecida ni en la cláusula 7.5 ni en el 7.7 del Contrato. Es así que, para fines expositivos y un desarrollo de este problema 2, nos pondremos en el supuesto de que sí hubiese habido un incumplimiento de parte del Concesionario, en donde no será del todo cierto que se deba aplicar la sanción de forma automática, sino es que se tiene que analizar la responsabilidad subjetiva de FETRANSA dando estricto cumplimiento a los Principios de Causalidad y Culpabilidad.

Además, sin perjuicio de lo anterior, tenemos que en el referido Anexo 9 del Contrato, se establecen criterios para calificar la gravedad del incumplimiento detectado en base a la posibilidad de generar riesgo o peligro sobre la seguridad de las personas o bienes, pero debemos tener en cuenta que no basta el hecho de generar dicho riesgo o peligro para imputar responsabilidad administrativa, pues recordemos que debe analizarse si en el caso en concreto existe dolo, culpa o negligencia si es que estamos en el marco de un PAS. Luego de determinarse el nexo causal de la conducta con el incumplimiento es que recién se puede entrar a calificar la infracción como leve, grave o muy grave; no obstante, podemos notar que en el Contrato de Concesión se impone una responsabilidad objetiva pues las “infracciones” que se estipulan en el Anexo 9 giran en torno a la existencia de riesgo o peligro para las personas o bienes, por lo que la pregunta que nos planteamos es que si es posible aplicar estos criterios de responsabilidad objetiva en el presente PAS, o es que deberíamos estar en un proceso diferente para darle tratamiento a estas penalidades contractuales dispuestas en el Anexo 9.

Lo anterior se ve reflejado en el fundamento 80 de la RESOLUCIÓN 41, en donde se estipula que por el solo hecho de existir riesgos sobre la seguridad de bienes o personas, queda descartada la calificación de leve y se debe decidir si

---

<sup>16</sup> Fundamento 73 de la RESOLUCIÓN 41



dicho riesgo se ha producido en menor o mayor afectación. En consecuencia, como ya lo vengo sosteniendo, el MTC en su Contrato de Concesión está configurando una tipificación de infracciones en base a una responsabilidad administrativa objetiva, solo teniendo en cuenta el grado de peligro o riesgo sobre la seguridad de los bienes o las personas sin hacer un análisis previo sobre la culpabilidad de FETRANSA, si esta actuó con dolo o culpa o si es que hubo negligencia en su actuar, para que a raíz de este análisis se pueda establecer un nexo causal.

Por estos motivos, es que se nos vuelve a plantear la duda de si es posible trasladar esta responsabilidad administrativa objetiva al presente PAS, lo cual generaría una vulneración al Principio de Culpabilidad estipulado en el numeral 10 del artículo 248 de la LPAG. Asimismo, se presenta el dilema de cómo es que se está determinando que el supuesto incumplimiento de FETRANSA pone en peligro y riesgo a las personas en “mayor grado”, pues de lo revisado en la RESOLUCIÓN 41 no se advierte fundamento alguno que analice de forma exhaustiva la dimensión de esta puesta en riesgo.

### **5.2.1. ¿Cómo es que se aborda en la normativa de la época la responsabilidad administrativa (Principio de Culpabilidad) y cómo es que se regula la graduación de la sanción (Principio de Razonabilidad)?**

Según la posición del Consejo Directivo, “en el presente caso debe analizarse dicho incumplimiento en atención al riesgo sobre la seguridad de las personas y bienes en el marco de la prestación de dicho servicio”<sup>17</sup>, como ya se mencionó anteriormente, en mi opinión el Anexo 9° del Contrato de Concesión estaría estableciendo un supuesto régimen de sanciones que imputa responsabilidad objetiva al administrado y lo está corroborando el OSITRAN con sus fundamentos expuesto en la RESOLUCIÓN 41.

No obstante, es necesario analizar la normativa de la época, esto es desde el año 2005 para atrás, para así discernir que es lo que se entendía por responsabilidad administrativa, riesgo, peligro y cómo es que se realizaba la graduación de la sanción en aquel tiempo, si es que existían o se tomaban en cuenta los eximentes de responsabilidad, tanto como los atenuantes y agravantes; y, según esto, criticar si es que el régimen de penalidades establecido en el Contrato de Concesión desde una óptica de responsabilidad objetiva se puede trasladar al presente PAS, en donde creemos que propiamente se tuvo que analizar si es que FETRANSA tiene responsabilidad administrativa desde un enfoque subjetivo (actualmente) tal como lo demandan los Principios de Culpabilidad y Causalidad.

---

<sup>17</sup> Fundamento 78 de la RESOLUCIÓN 41

Para esta finalidad, vamos a revisar la normativa pertinente de la época tal como la LPAG vigente en esos años, el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (en adelante RCAIST), el Reglamento de Infracciones y Sanciones (en adelante RIS); y, para contextualizar estos conceptos es oportuno revisar exhaustivamente el Anexo 9 del Contrato de Concesión que determinan el Régimen de Penalidades aplicables a los incumplimientos del Concesionario.

En este sentido, se puede verificar que en la LPAG publicada el 11 de abril del 2001, no se podía determinar en un principio si la responsabilidad debería ser objetiva o subjetiva, por lo que fue solo hasta diciembre del 2016 que se introdujo a esta norma el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora que estipula que la responsabilidad administrativa es subjetiva (Rojas, 2020), y solo en casos excepcionales determinados por ley o decreto legislativo la responsabilidad puede ser objetiva. No obstante, tengamos en cuenta que el presente caso se enmarca entre los años 2003 y 2004, por lo que en esta época la Ley no era clara en cuanto al tipo de responsabilidad que se le iba a imputar a los administrados infractores. En consecuencia, es menester que analicemos lo que decía la normativa especial en esta época respecto al tema que nos aborda en este punto.

Es así que, el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas<sup>18</sup> publicado el 20 de noviembre de 1999 nos dice en su artículo 4<sup>19</sup> que uno de los principios que rige la potestad sancionadora de OSITRAN es el de Objetividad, el cual demanda que el Órgano Regulador deberá imponer las sanciones de manera objetiva, atendiendo a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la misma. Sin embargo, el 30 de octubre del 2001, se modifica dicho Reglamento a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN y entre estas modificaciones tenemos que se sustituye el texto del artículo 4°, el cual estipulaba los principios, por lo cual, con esta modificación tenemos que dicha potestad sancionadora se regirá desde ese momento por los principios especiales que estipula el artículo 230° del TUO de la LPAG, en una suerte de tarea unificadora de la normativa especial con la norma común.

Además, en ese mismo artículo modificado se sigue manteniendo a la responsabilidad administrativa objetiva, pero se hace la aclaración que al momento de determinar la sanción se consideran otros factores como la

---

<sup>18</sup> Aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 006-CD/OSITRAN

<sup>19</sup> Artículo 4°. - Principios

4.1 Objetividad

El OSITRAN deberá imponer las sanciones de manera objetiva, atendiendo a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la misma.

(...)"

existencia o no de intencionalidad en la comisión de la infracción, lo cual propiamente pertenece a un régimen de imputación de responsabilidad subjetivo. Por lo que, a nuestro parecer, si bien es cierto se sigue manteniendo un marco de aplicación objetiva de la responsabilidad administrativa, tenemos que con esta modificación se introducen elementos subjetivos como el de intencionalidad, lo cuales deben ser analizados en cada caso en concreto para determinar la infracción, esto es parte del proceso de cambio de una responsabilidad objetiva a una subjetiva que se concretizará muchos años más adelante en el 2016.

Asimismo, en el Reglamento de Infracciones y Sanciones<sup>20</sup> publicado el 26 de noviembre de 2003, el cual adecúa el marco sancionatorio de OSITRAN y por el cual se deroga y reemplaza a las Resoluciones de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN, N° 029-2001-CD-OSITRAN, N° 002-2002-CD/OSITRAN y N° 008-2002-CD/OSITRAN, tenemos que en relación a la responsabilidad administrativa esta norma ratifica que OSITRAN deberá aplicar los principios a los que alude el artículo 230° de la LPAG y sus modificaciones; y, además, se especifica en el artículo 5<sup>21</sup> de este reglamento que la responsabilidad sigue siendo objetiva.

En este sentido tenemos que, en la época en la que se suscita el presente caso no había un Principio de la potestad sancionadora de la administración que determinará explícitamente que la responsabilidad administrativa era subjetiva como hoy lo hace el Principio de Culpabilidad; y, por otro lado, en la normativa especial expresamente se reconocía que la responsabilidad administrativa iba a ser objetiva, pero da mucha curiosidad que se involucren elementos como la intencionalidad o no del sujeto infractor, que como repito, son elementos subjetivos de responsabilidad. Además, pese a que no se reconocía la responsabilidad subjetiva, desde sus inicios en la LPAG se ha estipulado el Principio de Causalidad, el cual determina que *“la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”*<sup>22</sup>, por lo que muchas veces se le relaciona directamente con el Principio de Culpabilidad, del cual muchos autores como la profesora Verónica Rojas sostienen que:

*“Sin perjuicio de que el principio de culpabilidad no se encontraba de manera expresa en la LPAG antes del 22 de diciembre de 2016, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) había dejado establecido en numerosas ocasiones, que se trataba de un principio constitucional implícito que*

---

<sup>20</sup> Aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN

<sup>21</sup> Artículo 5°.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad administrativa es objetiva e independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine por los hechos u omisiones que configure la infracción administrativa”

<sup>22</sup> Principio de Causalidad, regulado en inciso 8, artículo 230 de la LPAG.

*cumplía la función de limitar el poder punitivo del Estado y servir de garantía a los sujetos imputados.*

*Siendo ello así, considero que el principio de culpabilidad siempre fue la regla general y lo que hizo la LPAG, si bien es plausible en cuanto marca una línea evolutiva de corte garantista en materia sancionadora administrativa, es un mero reconocimiento a una realidad jurídica claramente establecida por la línea jurisprudencial del TC y aceptada pacíficamente por la doctrina de la materia.”*  
(2020)

Por estas razones, es que doctrinariamente se sostiene que el Principio de Culpabilidad siempre estuvo implícito como rector de la potestad administrativa sancionadora, la cual se desprende del *ius Puniendi* del Estado, por lo que los legisladores se vieron en la necesidad de estipularlo explícitamente en la LPAG para que la Administración Pública tenga en cuenta que su poder punitivo no es absoluto y tienen que respetar ciertas garantías constitucionales, no siendo suficiente imputar responsabilidad al administrado por elementos objetivos.

De esta manera, me inclino por la postura que pese a que en la norma general no se incluía explícitamente el Principio de Culpabilidad, dicho principio era reconocido en la realidad jurídica a partir de diversos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional y era aceptada por la doctrina (Rojas, 2020), tal como sostiene Guzmán Napurí, quien nos dice que en el ámbito administrativo se atribuirá responsabilidad cuando exista una relación de causalidad, la cual solo se romperá si es que se configura la ruptura del nexo causal, esto es que se demuestre que han existido los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o hecho determinante de la administración (Torres, 2010).

En contraste, también existen autores que sostienen que, en esta época, antes que se reconociera explícitamente el Principio de Culpabilidad en la LPAG, se tenía en nuestra legislación peruana que la responsabilidad objetiva era la que se le atribuía al Derecho administrativo sancionador, *“prueba de ello es que la LPAG ha desarrollado el principio de causalidad y se toma en cuenta el criterio subjetivo al momento de graduar razonablemente la sanción, el mismo criterio puede volverse a constatar en el sector de Contrataciones del Estado y el de Protección al consumidor, sin embargo, todo esto, no libera del hecho de que el legislador pueda establecer expresamente la exigencia del criterio subjetivo al momento de determinar una infracción administrativa”* (Guevara, 2016, p.124). Si bien es cierto, con el desarrollo de la autora anteriormente citada se entiende que lo que predominaba era imputar responsabilidad objetiva a los administrados, no se puede dejar de advertir que también sostiene que en muchas ocasiones el legislador exigía criterios subjetivos para determinar la infracción, por lo que teníamos una suerte de aplicación de responsabilidad indistinta en cada caso concreto según lo que el legislador estipule, porque es

necesario observar que no se menciona que la imputación de responsabilidad subjetiva sea la excepción como actualmente sí se estipula en el LPAG en relación a la responsabilidad objetiva.

En base a estas premisas, ahora nos toca dilucidar como es que aborda esta responsabilidad administrativa el Consejo Directivo del OSITRAN en diferentes fundamentos de su resolución, tal como desarrollaremos a continuación:

- Se puede notar una inclinación por imputar responsabilidad objetiva en su fundamento 69 de la RESOLUCIÓN 41, en el cual desarrolla un ejemplo concerniente al supuesto de un conductor que cruza una calle con el semáforo en rojo por lo que se le debe aplicar la sanción definida en la ley o reglamento. Esto es un indicador de que solo basta realizar la conducta infractora para que se subsuma en el tipo infractor, por lo que se sancionará en base a los elementos de realizar una actividad riesgosa (como lo es el manejar un automóvil) o puesta en peligro de personas (al cruzarte la luz roja puedes provocar accidentes o atropellar a un peatón que cruzaba en ese momento), lo cual corresponde a una imputación de responsabilidad objetiva.
- En su fundamento 70 el Consejo Directivo sostiene que *“si una persona comete una infracción y encuadra en un criterio que, según las normas, determina que la infracción sea calificada como muy grave, la autoridad no podrá calificarla de otra manera y, en todo caso, si la norma correspondiente ha fijado un rango de sanciones para ese nivel de infracciones, la autoridad podrá aplicar dicho principio para graduar la sanción dentro del rango correspondiente”*. Esto denota que el Regulador es un mero aplicador de sanciones, en donde si una conducta encuadra en una infracción lo único que corresponde es imponerle la sanción estipulada en las normas y no hay discernimiento si existe dolo, culpa o negligencia que configure un nexo causal entre la conducta del administrado y la infracción tipificada. Esto también corresponde a una imputación objetiva de responsabilidad.
- Asimismo, en su fundamento 71, nos dice que en base al régimen sancionatorio contenido en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, el regulador solo puede verificar el incumplimiento y en base a esto debe discernir el nivel de gravedad del incumplimiento y la sanción aplicable. Entonces, nuevamente nos encontramos ante una Administración como mera aplicadora de sanciones, en donde si identifica un incumplimiento recurrirá a la norma, observará la gravedad de este y aplicará la sanción correspondiente, lo cual se configura en una imputación objetiva de responsabilidad al administrado por el solo hecho de que su conducta calce en el tipo infractor.

Sin embargo, pese a lo anterior, salta a la vista que el Consejo Directivo considere como un régimen sancionatorio al Anexo 9 del contrato, pero en realidad se trata de un régimen de penalidades, siendo que es necesario dilucidar las diferencias entre una sanción y una penalidad, lo cual desarrollaremos en el punto 5.2.3.

- De la misma manera que en sus fundamentos anteriores, en donde se dilucida una aplicación de responsabilidad objetiva, tenemos que en su fundamento 73 el Consejo directivo hace referencia a que no cuenta con la potestad para aplicar las circunstancias dispuestas en el inciso del artículo 230 de la LPAG, estos son los criterios que estipula el Principio de razonabilidad para la determinación de la sanción como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, la circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión. Esto denota que para la determinación de responsabilidad no se evalúa el nexo causal, como dolor o culpa, solo se subsume la conducta en la infracción y ya luego de imputarse la responsabilidad recién la administración podrá determinar la sanción en base al Principio de Razonabilidad.

Por lo que al igual que los supuestos anteriores , de nuevo podemos observar que el Consejo Directivo confunde el ámbito de aplicación del Anexo 9 del Contrato de Concesión con el ámbito del procedimiento sancionador para determinar la medida y sanción que le corresponderá al administrado por incumplir la normativa, lo cual responde a la falta de claridad que tiene el Regulador a la hora de imponer penalidades contractuales por un incumplimiento del administrado en base al Contrato de Concesión.

- Ahora bien, si nos remitimos al Anexo 9 del Contrato de Concesión tenemos que en dicho régimen de penalidades se imputa la responsabilidad al administrado por incumplimiento en base a criterios objetivos como los son el riesgo y peligro en la actividad a realizarse, por lo que el solo hecho de afectar a personas o bienes con la puesta en peligro o causar daño, se le aplicará la respectiva penalidad según la gravedad de la afectación al bien jurídico protegido. Sin embargo, tal como se viene sosteniendo, esto sucede dentro del Régimen de penalidades del Contrato, pero el OSITRAN argumenta en la RESOLUCIÓN 41 que el incumplimiento debe analizarse en atención al riesgo sobre la seguridad de las personas y bienes en el marco de la prestación de dicho servicio, esto sin perjuicio de su calificación como infracción a una condición básica del contrato, en el que el solo hecho de existir un riesgo sobre la seguridad de bienes o personas acontecerá que ya no se podrá calificar como leve el incumplimiento sino que queda decidir si dicho riesgo se ha producido en menor o mayor grado.

De esta manera, podemos observar que el OSITRAN traslada los criterios objetivos del Régimen de penalidades al PAS, sin analizar si existe dolo o culpa en el incumplimiento de FETRANSA, tampoco analiza si existe una afectación real o potencial a dichos bienes jurídicos, sino que por el hecho de adaptar “inadecuadamente” los bogies de los coches esto ya implica un riesgo de corrimiento de ruedas, descarrilamiento o volcadura, lo que pondría en peligro la seguridad de los pasajeros y tripulantes de los trenes, por lo que corresponde determinar un incumplimiento y una futura sanción, siendo solo necesario que la Administración identifique si se trata de una afectación leve, grave o muy grave. Por estas razones es que nuevamente se puede evidenciar una aplicación objetiva de responsabilidad.

En este sentido, podemos llegar a la conclusión que tanto en el Régimen de penalidades del contrato y en el PAS que nos aborda, el OSITRAN ha optado por imputar una responsabilidad objetiva a FETRANSA tal como dispone su Reglamento de Infracciones y Sanciones aplicable. Por lo que a pesar de que comulgo con la postura de los autores que sostienen que el Principio de Culpabilidad siempre ha existido como garantía constitucional de los administrados, por ende, siempre debería haberse imputado responsabilidad analizando los criterios de dolo, culpa o negligencia, considero que era muy necesario plasmarlo explícitamente en la norma, lo que se hizo recién a finales del año 2016.

Por esta razón, teniendo en cuenta el mandato de que la Administración Pública debe hacer todo lo que le ordene la norma, es que entiendo la aplicación objetiva de responsabilidad, sin perjuicio del debate doctrinario que se generaba en la época. Motivos por los cuales se concluye que no hubo una vulneración al Principio de Culpabilidad en el presente caso, pues el Órgano Regulador se encontraba facultado por la norma para imputar responsabilidad administrativa objetiva a FETRANSA y el Principio de Culpabilidad aún no se encontraba explícitamente regulado en la época donde se suscitaron los hechos de nuestro caso.

En relación a la graduación de la sanción que está directamente relacionado con el cumplimiento del Principio de Razonabilidad que rige la potestad sancionadora, tenemos que actualmente la Administración Pública está obligada a aplicar criterios de graduación dispuestos en el numeral 3 del artículo 230<sup>23</sup> del

---

<sup>23</sup> “Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

**3. Razonabilidad.** - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

TUO de la LPAG, esto con la finalidad de que las sanciones sean proporcionales al incumpliendo calificado como infracción. Estos criterios son los siguientes: el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia, las circunstancias de la comisión de la infracción y la existencia o no de la intencionalidad en la conducta del infractor.

No obstante, tenemos que en la LPAG de la época (antes del 2018)<sup>24</sup> se señalaba la aplicación de estos criterios de graduación de manera más escueta, en donde tenemos que:

***“3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.”***

En donde tenemos cuatro de los siete criterios de graduación que hoy se señalan en el artículo 230 de la LPAG. Por su lado, la modificación del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RCAIST)<sup>25</sup> estipula en su artículo 4° que el OSITRAN deberá aplicar los Principios especiales a los que alude el artículo 230 de la LPAG, entendiéndose con esto que es obligación del OSITRAN cumplir con el Principio de Razonabilidad, el cual demanda los criterios de graduación de la sanción anteriormente mencionados; asimismo, en este mismo artículo se menciona expresamente que al momento de determinar la sanción se considerará entre otros factores la existencia o no de intencionalidad en la comisión de la infracción, uno de los cuatro criterios de graduación de la sanción determinada, pero que no será el único, como bien recalca la norma en la literalidad de su texto. De la misma forma, en el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) publicado el 26 de noviembre de 2003, se reconoce la aplicación del Principio de Razonabilidad estipulado en el artículo 230 de la LPAG.

- 
- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
  - b) La probabilidad de detección de la infracción;
  - c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
  - d) El perjuicio económico causado;
  - e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
  - f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
  - g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)”

<sup>24</sup> Puesto que el 24 de junio del 2008, el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG se modifica por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1029.

<sup>25</sup> Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSITRAN N° 029-2001-CD/OSITRAN.



En consecuencia, tanto en el momento de la comisión de la infracción, esto es 29 de agosto de 2003, fecha de inauguración del servicio de transporte de pasajeros de lujo “Hiram Bingham”, como en la fecha de inicio del PAS el 26 de enero de 2004; y, en la fecha 17 de mayo de 2004, en donde se notificó la resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN que sanciona a FETRANSA, el OSITRAN contaba con una norma general común (LPAG) y una norma especializada (RCAIST y RIS, cada una en su momento de vigencia) que obligaban al Órgano Regulador a regir su potestad sancionadora y el presente PAS bajo las garantías que implica el Principio de Razonabilidad. Es decir, el OSITRAN tenía la obligación de aplicar los cuatro criterios de graduación de la sanción que se estipulaban en la norma general de esa época, los cuales son: 1) la existencia o no de intencionalidad, 2) el perjuicio causado, 3) las circunstancias de la comisión de la infracción y 4) la repetición en la comisión de esta infracción.

En estas circunstancias, analizaremos los fundamentos de la RESOLUCIÓN 41 para determinar si es que se cumplió o no con aplicar dichos criterios de determinación de la sanción, esto en relación con la potestad discrecional de la administración que tanto menciona en sus argumentos el Consejo Directivo, para de esta forma poder establecer qué es lo que se entiende por esta potestad y si esta se configura en una limitación al Principio de Razonabilidad como se puede llegar a entender de la literalidad del texto de los fundamentos del apartado 3 de la RESOLUCIÓN 41.

Como cuestión previa, es necesario realizar una pequeña determinación y alcances del Principio de Razonabilidad. Para el reconocido jurista argentino Juan Carlos Cassagne, la razonabilidad exige que los actos estatales que produce la Administración Pública sean justos, razonables y valiosos; además, dichos actos deben contar con un fundamento de legalidad, razonabilidad y justicia, los cuales regirán tanto para la actividad reglada como para la discrecional (Herrera Guerra, 2021).

Es así que, OSITRAN debe aplicar este Principio de Razonabilidad a la hora de determinar la sanción, en este caso estamos antes una sanción de tipo pecuniaria, por lo que para obtener el monto de la sanción debe ser graduada aplicando ciertos criterios que se encuentran previamente establecidos en la ley, en este caso tanto en la norma común (LPAG) como en la norma especial (RIS), los cuales necesariamente deberán ser ponderados por la autoridad con la finalidad de mantener la objetividad, proporcionalidad y razonabilidad en la sanción (Gómez, Isla y Mejía; 2010, p.139). En base a esto es que se determina si estos criterios serán aplicados como atenuantes o agravantes de la sanción base que se fuera a imponer, tal es así que la multa inicialmente obtenida se

podría guiar del perjuicio causado y las circunstancias de la comisión de la infracción, mientras que la existencia de intencionalidad o no podría ser considerado como un atenuante; y, por su propia naturaleza la repetición en la comisión de la infracción (reincidencia) sería considerado un agravante. En consecuencia, *“el establecimiento de sanciones se inicia con la determinación de una multa base que va a ser el referente inicial en dicho proceso, luego de lo cual, utilizando agravantes y atenuantes correspondientes, se arribará a la sanción final a imponerse a los infractores”* (Gómez, Isla y Mejía; 2010, p.141).

En concordancia con lo expuesto por los autores Hugo Gómez, Susan Isla y Gianfranco Mejía, mayormente con los criterios de graduación de la sanción las entidades de la Administración Pública competente para imponer dichas sanciones, desarrollan una metodología para usar dichos criterios, la cual no solo genera predictibilidad respecto de la actuación de esa entidad, sino que también la obliga a fundamentar con rigor y detalle el tipo y monto de sanción a imponer, lo que va a dar como resultado que se llegue a imponer multas basadas en decisiones razonables y debidamente sustentadas; y, por otro lado, se evitarán decisiones absolutamente discrecionales (2010, p.141). En este sentido, *“la cuantía de cada multa impuesta en cada resolución, o la no imposición en determinado supuesto ha de estar claramente justificada, por lo que es la motivación expuesta en cada caso la que permitirá legitimar la decisión adoptada o bien convertirla en arbitraria”* (Cases Pallares, 1995, p.195 y 344).

En base a lo anterior, queda establecido que es obligación del OSITRAN motivar la determinación de cada multa impuesta en sus resoluciones aplicando los criterios de graduación de la sanción, por lo que ahora es menester analizar si en sus fundamentos ha cumplido con respetar el Principio de Razonabilidad y motivar la determinación de la multa que impuso en la Resolución de Gerencia y General N° 024-2004-GG-OSITRAN y en la posterior RESOLUCIÓN 41. Para lo cual tenemos que:

- En su fundamento 68, el Consejo Directivo reconoce expresamente que para determinar las sanciones administrativas se deben incorporar una serie de criterios en la evaluación del monto a imponer en calidad de sanción, como la intencionalidad, perjuicio, reincidencia y otras circunstancias del caso.
- Por otro lado, en el fundamento 69 sostiene que el Principio de Razonabilidad supone que la autoridad administrativa cuenta con un ámbito de discrecionalidad determinado dentro del cual aplicar los elementos de graduación anteriormente citados. Sin embargo, este argumento no es del todo acertado, pues si bien es cierto la Administración Pública cuenta con una potestad discrecional, dicha

potestad no es absoluta y justamente uno de los principios que demarca sus límites es el Principio de Razonabilidad.

En este punto es necesario abordar de manera puntual los alcances de la Potestad Discrecional de la Administración Pública. Dicha potestad es conocida como la libertad de elección que tiene la Administración, no siendo esta nunca absoluta y siempre debe sustentarse en la razonabilidad, los márgenes establecidos por las normas y sometida a Derecho; de lo contrario, la discrecionalidad se convertiría en arbitrariedad; es decir, en una decisión contraria a la razón (Baca Oneto, 2012, p.183). Para Juan Carlos Cassagne la discrecionalidad es:

*“un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones ... mediante una elección entre diferentes alternativas. Sin embargo, sin desconocer el valor teórico de la tesis de desdentado, creemos que precisa ser completada con otros elementos. En primer lugar, no puede olvidarse que en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que le permite a la Administración elegir "entre actuar y no actuar", (discrecionalidad de actuación) mientras que, en otros supuestos, se configura una libertad de opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido, no puede suponerse que la facultad de elección se otorga siempre al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento a la elección (es decir a la discreción) del mismo, toda vez que hay numerosos ejemplos en los que la facultad de elegir se encuentra limitada a escoger una solución entre dos o más que se encuentran regladas. Es decir que puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que haya margen de apreciación, porque el legislador ya lo acotó con una decisión predeterminada” (2009, p.91)*

De esta manera, la potestad discrecional consistiría en la facultad que se le otorga a la Administración Pública para decidir que elegir entre diferentes alternativas que le propone la norma y bajo el ámbito de su competencia; de esta manera, si para realizar una fiscalización una Entidad Administrativa tiene la facultad para elegir entre dos herramientas de supervisión como pueden ser un Acta de Levantamiento de Información o un Acta de acción de Supervisión, dicha entidad bajo su potestad discrecional puede elegir la que mayor le convenga a sus intereses y que cumpla con la finalidad que busca, no siendo una opción no elegir ninguna y usar un instrumento que no dispone la norma, pues esto ya no sería discrecional sino sería una actuación arbitraria sin ningún sustento o parámetro razonable.

Asimismo, a veces se le va a permitir actuar o no actuar a la Administración, pero siempre que utiliza alguna de estas opciones tiene que justificar su decisión tomando en cuenta la razonabilidad de su decisión. Además, tengamos en cuenta que esta discrecionalidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, debe comulgar con cada uno de los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración, no siendo una opción que en aras de la

discrecionalidad se vulneren dichos principios, como el de Legalidad, Razonabilidad, Verdad Material, Causalidad, entre otros.

En este sentido, no es exacto que la autoridad Administrativa del OSITRAN pueda usar su potestad discrecional para aplicar o no los criterios de graduación de la sanción que explícitamente la norma regula, pues el no hacerlo se configuraría en una vulneración del Principio de Razonabilidad, siendo este principio uno de las principales herramientas de control de la discrecionalidad administrativa, por lo que esta decisión de la Administración debe estar orientada hacia un enfoque razonable, justo y tiene que buscar el interés general; puesto que, aunque la discrecionalidad administrativa admita cierta libertad de decisión, esta nunca será absoluta y siempre debe estar debidamente motivada, no escapando así su fiscalización a la razonabilidad (Herce Maza, 2017, p.263).

En consecuencia, en el fundamento 69 de la Resolución 41 no se puede advertir que la decisión de la autoridad administrativa de no aplicar los criterios de graduación sea razonable, ni justa y tampoco tiene como finalidad el interés general. Asimismo, es falso el argumento de que en el ámbito administrativo sancionador no siempre se aplicarán los criterios de graduación de la sanción, puesto que esto sería transgredir los Principios de la Potestad sancionadora; por lo tanto, dichas multas sin graduación se configurarían en nulas.

- Similar situación se puede observar en el fundamento 70, puesto que coligen que si una conducta infractora encuadra en un tipo infractor calificado como “grave” la autoridad no podrá calificarla de otra manera, lo cual consideramos que es justamente lo contrario a la finalidad de los criterios de graduación, ya que estos buscan determinar si la conducta a pesar de haber sido calificada como infracción grave, puede ser pasible de atenuación del monto de la multa o, por el contrario, puede ser pasible de agravación del monto de dicha sanción pecuniaria. Esto se puede ver claramente en el capítulo IX del RIS, artículo 60, en donde bajo la aplicación del criterio de reincidencia la conducta de una empresa operadora que se configure en infracción grave si es que se determina que es una conducta reincidente entonces la autoridad deberá tipificarla de grave a muy grave.

Por otro lado, dentro del cuadro estipulado en el artículo 61° del RIS, se tomará en cuenta los ingresos de la Entidad Prestadora infractora y depende de eso se considerará el rango de las multas, ya sea para una infracción leve, grave o muy grave. De esta manera, si dos entidades prestadoras que tienen ingresos operativos anuales mayores a 50 mil UITs son sancionadas por realizar una misma conducta tipificada como muy grave, acaso sería razonable y justo que a la empresa A se le

apliquen los criterios de graduación y se le imponga una multa de 700 UITs y a la empresa B, bajo la concepción que tiene el Consejo Directivo de su facultad discrecional decide no aplicar los criterios de graduación, por lo que se le impone una multa de 800 UITs.

La disyuntiva que se nos plantea es si sería esto justo teniendo en cuenta que la empresa B cometió la infracción por negligencia y no tuvo la intención de incumplir con sus obligaciones contractuales o legales; además, las circunstancias hicieron que sea imposible que pueda tomar otro camino para no incumplir dichas obligaciones. Acaso sería razonable que se le imponga un monto mayor en la sanción que a la empresa A que sí tuvo la intencionalidad de incumplir con sus obligaciones. Por lo que consideramos que la respuesta es a todas luces que no es ni razonable ni justo; y, son por estos casos que se refleja la necesidad de aplicar los criterios de graduación siempre, no siendo facultativo el aplicarlos para la Entidad Administrativa.

- En los fundamentos del 71 al 75, el Consejo Directivo advierte que la sanción que se emitió por el incumplimiento de FETRANSA se enmarcaba en el régimen sancionatorio contenido en el Anexo 9 del Contrato de Concesión, por lo que al establecerse montos fijos (porcentaje de ingresos brutos del mes anterior) y no rangos, no era posible aplicar los criterios de graduación señalados en el inciso 3 del artículo 230 de la LPAG, pues de hacerlo, se estaría decidiendo la sanción contraviniendo lo establecido por el Contrato.

Lo anteriormente argumentado por OSITRAN es válido solo si se tiene como cierto que el Anexo 9 del Contrato estipula un Régimen de sanciones; no obstante, vale la pena aclarar, la veracidad de estos argumentos se basa en una concepción errada del Órgano Regulador, pues está considerando las penalidades estipuladas en el Anexo 9 como sanciones, pero en realidad las penalidades tienen naturaleza totalmente distinta que una sanción pecuniaria, por el simple y principal hecho de que una tiene naturaleza civil y la otra administrativa, lo cual se desarrollará con profundidad más adelante en este informe.

En todo caso, si se tratara de un régimen sancionatorio estipulado en el Contrato de Concesión, entonces el RIS sería de aplicación supletoria, pues se parte de la premisa que cada Contrato de Concesión debería contener su propio régimen de infracciones y sanciones<sup>26</sup>, por lo que solo en esta situación sería aplicable todo lo argumentado en los fundamentos del 71 al 75.

---

<sup>26</sup>Visto en la exposición de motivos del Reglamento de Infracciones y Sanciones, apartado e) Disposiciones complementarias y transitorias

Asimismo, en la exposición de motivos del RIS se estipula que indistintamente si el Contrato cuenta con un régimen de sanciones e infracciones (lo cual no es obligatorio) o no, siempre se resolverá la imposición de una sanción en el marco de un PAS, pero no se puede advertir que haga mención alguna de que las penalidades se puedan discutir, imponer y cobrar a través de este tipo de procedimientos; muy por el contrario, es en el propio RIS que se estipula en su artículo 5° que la responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine por los hechos u omisiones que configure la infracción administrativa, esto es, que resulta factible la aplicación simultánea de una sanción administrativa y una penalidad contractual<sup>27</sup>. Con esto se puede observar la clara distinción que hace el propio reglamento, aplicable a este caso, entre una sanción o penalidad contractual.

Son por estas razones que se llega a la conclusión que en la Resolución de la Gerencia General que impuso la sanción y también en la RESOLUCIÓN 41, se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad al considerar que era facultativo aplicar los criterios de graduación de la sanción; y, esto en parte se produjo por la confusión que ha demostrado la Administración en relación a la naturaleza y alcances de su potestad discrecional; y, en gran medida, por considerar que el Régimen de penalidades aplicables a los incumplimientos del Concesionario (Anexo 9) es un Régimen de Infracciones y sanciones, confundiendo gravemente una penalidad contractual con una sanción.

Tengamos en cuenta que, si el OSITRAN hubiese querido iniciar un PAS por la supuesta comisión de una infracción de FRETANSA al incumplir una obligación contractual, era perfectamente posible hacerlo independientemente del cobro de penalidades por la vía correspondiente. Sin embargo, es necesario que quede claro que la sanción que pudo llegarse a imponer por este PAS, es obligatorio que se haya determinado respetando todos y cada uno de los Principios que rigen la Potestad Sancionadora de la Administración Pública, no siendo la potestad discrecional un limitante al cumplimiento de estos principios y garantías.

### **5.2.2. ¿Cómo se aborda en la normativa de la época la figura de la subsanación? (legalidad y razonabilidad)**

Para este punto es necesario revisar en la normativa de la época, esto es antes del 2005, como es que estaba regulada y era aplicaba la figura de la “subsanación voluntaria”; y, a partir de esto verificar si es que la aplicación de

---

<sup>27</sup> Visto en la exposición de motivos del Reglamento de Infracciones y Sanciones, apartado a) Disposiciones Generales (Título I).

esta figura jurídica por parte del Consejo Directivo en este caso en concreto es correcta o adolece de algún vicio por transgredirse algún Principio del procedimiento administrativo o que rige la potestad sancionadora.

Ahora bien, actualmente tenemos que la figura de subsanación voluntaria fue introducida como eximente de responsabilidad administrativa con la modificación a la LPAG por el Decreto Legislativo 1272 y su naturaleza es especial en cuanto a las otras causas eximentes de responsabilidad, puesto que a pesar que el administrado haya cometido una conducta típica, antijurídica y puede que hasta culpable, si es que cumple con los requisitos señalados por la norma entonces queda liberado de responsabilidad (Torres Sánchez, 2019, p.94). Por su lado, el autor César Neyra define a esta figura desde la teoría del delito, en donde con el cese de la conducta y la remediación de sus efectos se restituye la vigencia del bien jurídico protegido (2020, p.82); y, justamente estos dos elementos son los que he podido notar que actualmente exigen las Entidades Administrativas para que se configure la subsanación, en especial los órganos reguladores; es decir, que se cese la conducta infractora y que se reviertan los efectos desplegados a consecuencia de esa inconducta.

En este contexto, teniendo en cuenta lo que se entiende por la figura de Subsanción voluntaria actualmente, tenemos que en principio se configura en un eximente de responsabilidad estipulado en el artículo 236-A<sup>28</sup> de la LPAG, por lo que, si el administrado infractor subsanó su conducta antes de la imputación de cargos, quedaría exento de responsabilidad. No obstante, debemos tener en cuenta que en la actualidad, para que se configure este eximente de subsanación no solo basta que cese la conducta infractora, sino que también se pide que se reviertan los efectos, en la medida que sea posible, lo cual a nuestro parecer se configura en una suerte de mayores requerimientos a los administrados para la aplicación de este eximente, pues muchas veces la norma común no estipula lo que la norma sectorial o especial entiende por subsanación voluntaria, pidiéndose la reversión de la conducta, la reversión de los efectos o estipulándose que existen conducta que son insubsanables a priori sin hacer un análisis de porque tendrían esa condición.

Sin embargo, para mayor abundamiento y en concordancia con lo anterior, debemos decir que dichas exigencias del cese y la reversión de los efectos para subsanar ha generado gran polémica en los últimos años, pues existen posturas contrarias en cómo es que se debe abordar dicha eximente. Algunos autores

---

<sup>28</sup> **Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones**

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.

(...)"

sostienen que la exigencia de la reversión de efectos es una licencia que se están tomando los órganos especializados que va en contra de la norma común e imponen condiciones menos favorables a los administrados, puesto que en la LPAG no se hace mención expresa que para subsanar se necesite necesariamente que se reviertan los efectos; no obstante, en los procedimientos y normativa especial se está exigiendo dicha reversión, siendo esto contrario a una norma jerárquicamente superior.

Sin perjuicio de ello, en mi experiencia he podido notar y entender que hay órganos reguladores, como el OSITPEL, que abordan el pedido de la reversión de efectos como una suerte de desarrollo del concepto de subsanación recogido por la LPAG, puesto que esta norma solo menciona de forma sucinta que se extiende por subsanación, siendo necesario profundizar en lo que se entiende por este eximente.

Por esta razón, el OSITPEL sostiene que lo que está haciendo en el marco de su potestad normativa y en congruencia con lo que dispone la norma común, es definir y desarrollar más explicativamente la figura la subsanación voluntaria, tomando como referente la propia definición de la RAE del verbo subsanar<sup>29</sup>, en donde se estipula que es remediar o resarcir un defecto, lo cual no se puede entender solo como el cese de la conducta sino que necesariamente se necesita que si la conducta desplegó consecuencias negativas, estas se reviertan, para que se pueda considerar remediado o resarcido el defecto. Caso contrario, si es que no existen dichos efectos negativos, entonces no habría nada que revertir, por lo tanto, con el simple cese bastaría. Por otro lado, existen conductas que despliegan efectos que son difíciles y hasta imposibles de revertir, por lo tanto, no se podría aplicar la figura de la subsanación de la conducta en cuanto los efectos que ha desplegado no son pasibles de reversión.

Independientemente de la controversia que se suscita en relación a esta figura de la subsanación, ahora nos centraremos en explicar que algunos órganos reguladores en base a la potestad que les otorga el inciso b - numeral 2 del artículo 236-A<sup>30</sup> de la LPAG, establecen atenuantes adicionales de responsabilidad en su norma especial, por lo que dividen los requisitos de la subsanación voluntaria y los aplican como atenuantes para graduar la sanción, lo cuales no necesariamente tiene que darse antes de la imputación de cargos como se exigía para el eximente de responsabilidad, sino que estos atenuantes tienen como oportunidad para su configuración luego de haberse imputado dichos cargos pero antes de la imposición de la sanción. En aplicación a esto, si en el supuesto que FETRANSA hubiese cesado la conducta infractora antes de imponérsele la sanción, esto debería ser tomado en cuenta para la graduación

---

<sup>29</sup> <https://dle.rae.es/subsanar>, en su segunda y tercera acepción que va acorde al tema desarrollado.

<sup>30</sup> b) otros que se establezcan por norma especial.



de la sanción como un atenuante de responsabilidad; de la misma forma, si es que hubiera efectos negativos como consecuencia de la conducta infractora, si FETRANSA revirtió estos efectos antes de que se le imponga la sanción, también debería considerarse como parte de los atenuantes de responsabilidad.

Sin embargo, el anterior supuesto sería imposible de aplicar en caso de infracciones imputadas por OSITRAN, puesto que su Reglamento de Infracciones, Incentivos y Sanciones (RIIS) no concibe dichos atenuantes de responsabilidad y solo se reconoce a la subsanación voluntaria como una condición eximente en su artículo 87°, a diferencia del OSIPTEL, que en sendas resoluciones<sup>31</sup> en las cuales imponen sanciones pecuniarias ha analizado la posibilidad de graduar el monto de la sanción en base a los atenuantes de Cese y Reversión de los efectos de la conducta infractora, esto en el marco de la aplicación del numeral i) del artículo 18 de su Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Por ejemplo, es el caso de la Resolución de Gerencia General N° 00266-2022-GG/OSIPTEL<sup>32</sup>, la cual en su apartado 2 hace un análisis de los eximentes de responsabilidad dentro de los cuales se encuentra *“la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a la que se refiere el inciso 3) del artículo 255 del TUO de la LPAG”*; y, más adelante, en el apartado 3.2 de esa misma resolución se evalúan los factores atenuantes de responsabilidad, dentro de los cuales se analizan tanto el *“cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa”* como *“la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa”*.

No obstante, el caso que nos aborda para este informe data del año 2004 para atrás, en donde no se concebía a la subsanación como la regulamos hoy, es más, no se hacía un distinguo de si esta tenía que ser o no voluntaria y era poco probable concebirla como un eximente de responsabilidad, esto debido a la responsabilidad objetiva administrativa que imperaba en la época; y, por otro lado, porque no se concebían medios de incentivos y estrategias progresivas que ofrecía la Administración Pública a la hora de tratar una inconducta o para prevenirla, la administración solo estaba dispuesta a sancionar y si te imputaba responsabilidad era un hecho que ibas a ser castigado.

---

<sup>31</sup> Véanse las resoluciones N°00266-2022-GG/OSIPTEL, N°00255-2022-GG/OSIPTEL, N°00181-2022-GG/OSIPTEL y N°00189-2022-GG/OSIPTEL.

<sup>32</sup> Del 17 de agosto de 2022, en el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador recaído en el expediente 00117-2021-GG-DFI/PAS.

Esto cambio con el enfoque de la regulación responsiva, una de las principales razones para los autores Huapaya, Sánchez y Alejos por la que se introdujo a nuestro ordenamiento administrativo la Subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, pues consideran que el legislador buscó privilegiar el enfoque preventivo y bajo la premisa de que una enfoque meramente punitivo puede perjudicar la buena voluntad y predisposición de aquellos administrados motivados por un sentido de responsabilidad, por lo que se les da la opción de que subsanen su conducta (2018, p.600)

Ahora bien, poniéndonos en el contexto temporal de nuestro caso<sup>33</sup>, se puede advertir de la RESOLUCIÓN 41 que al verificarse la instalación de los ejes especiales en cada uno de los coches 9003, 9004 y 9006, se ha levantado la única verificación pendiente sobre estos coches por lo que se autoriza la puesta en servicio de los mismos<sup>34</sup>. Sin embargo, el OSITRAN manifiesta en el numeral 3.4 de la RESOLUCIÓN 41 que la subsanación del incumplimiento no sustrae la materia sancionable, esto en base del artículo 4.3 y 46A (modificatoria) del RCAIST y el artículo 8° de RIS. En este punto, se nos genera una duda de que reglamento sobre materia sancionadora del OSITRAN se debería usar, si el RCAIST o el RIS, siendo que el primero estuvo vigente al momento de cometerse la infracción y el segundo estuvo vigente en el momento de la imputación de cargos a FETRANSA.

En este sentido, el Principio de Irretroactividad estipula que *“son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores sean más favorables”*<sup>35</sup> lo cual es acorde con el artículo 103<sup>36</sup> de nuestra Constitución Política. Siendo que, para el momento de nuestro caso, el Principio de Irretroactividad no detallaba a que supuestos se aplicaría la retroactividad de una norma posterior más favorable<sup>37</sup>, por lo que es factible que discernamos que norma es más favorable a FETRANSA en relación a la figura de la subsanación voluntaria.

El RCAIST y su modificatoria, al ser la norma con disposiciones sancionatorias vigente al momento de incurrir FETRANSA en su conducta infractora al incumplir con la cláusula 7.5 de su Contrato de Concesión y no verificar que los coches del servicio “Hiram Bingham” cuenten con las pruebas de suficiencias y seguridad, es que se le debe aplicar dicho reglamento a este caso en relación a

---

<sup>33</sup> Aplicando la normativa de la época, tanto la LPAG como el Reglamento pertinente que regula las infracciones y sanciones del OSITRAN

<sup>34</sup> Fundamento 93 de la RESOLUCIÓN 41.

<sup>35</sup> Numeral 5 del artículo 230 de la LPAG

<sup>36</sup> Constitución Política del Perú

Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

“Artículo 103.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)”

<sup>37</sup> Esto recién se introdujo en la LPAG con el Decreto Legislativo N° 1272, el 21 de diciembre de 2016.

la subsanación voluntaria. Cabe resaltar, que el referido reglamento y su modificatoria no concibe a la subsanación como un elemento eximente de responsabilidad (debido a la responsabilidad administrativa objetiva) pero sí aborda esta figura como un elemento de atenuación o reducción de la sanción, por lo que en su artículo 49° se le faculta al organismo regulador para analizar cada caso en concreto y si es que lo considera conveniente **podrá** imponer sanciones al grado inmediato inferior de la tipificación que le correspondería al administrado infractor, teniendo en cuenta lo siguiente:

*“Artículo 49°. - Reducción de Sanciones*

*El OSITRAN podrá, de considerarlo conveniente, imponer sanciones equivalentes al grado inmediatamente inferior, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6° del presente Reglamento, respecto de las que correspondería aplicar en caso de infracciones graves o leves, en los casos siguientes:*

- a. Cuando el infractor subsane los actos u omisiones tipificadas como infracciones antes de la notificación del informe a que se refiere el literal b) del artículo 47°;*
- b. Cuando el infractor subsane los actos u omisiones tipificadas como infracciones luego de notificados, pero antes del vencimiento del plazo para presentar los descargos pertinentes;*
- c. Cuando el infractor subsane los actos u omisiones tipificados como infracciones después del plazo para remitir los descargos, pero antes de la notificación de la resolución que aplica la sanción.”*

Como se puede apreciar del artículo 49°, existen varias etapas en donde el administrado infractor tiene la oportunidad de subsanar su conducta infractora, esto es antes de la notificación del informe dirigido a la Gerencia General (artículo 47°, apartado b), antes del vencimiento de plazo para que presente sus descargos y antes de la notificación de la resolución que la sanciona. Sin embargo, a pesar que se estipulan diversos momentos para subsanar la conducta, a nuestro parecer es indiferente que se subsane la conducta antes de la notificación de la resolución que impone la sanción a que se haga en un momento temprano del PAS, antes de que se imputen los cargos por ejemplo, puesto que tal como se advertirte de la lectura de la norma, solo se hace la diferenciación de oportunidad de la subsanación pero no se determina las consecuencias o beneficios de realizar esta figura en cada una de las etapas determinadas. Por otro lado, se puede suponer (lo cual no es muy pertinente) que al ser una facultad de OSITRAN el de aplicar o no esta reducción, dicho organismo evaluará la oportunidad de la subsanación y en base a eso considerará su aplicación o no. Sea el caso que fuere, considero que era necesario que se estipulen explícitamente las consecuencias de subsanar en cada una de las etapas mencionadas, pues de lo contrario es un despropósito dividirlos en los supuestos a, b y c como se estipula en la regla.

Asimismo, con la modificatoria del RCAIST en su artículo 47° se incorpora una figura novedosa como lo es el “Compromiso de Cese”, en donde se estipula que el presunto responsable puede acreditar la subsanación de la omisión; sin embargo, no queda del todo claro si la subsanación se refiere a una infracción solo y por omisión mas no por acción; o, se refiere a la subsanación de la omisión del cumplimiento de la norma legal o contractual.

Por otro lado, en el RIS, que entró en vigencia el 26 de noviembre del 2003, esto es cuando supuestamente ya se había configurado la conducta infractora de FETRANSA pero antes de la notificación de imputación de cargos a la Empresa Prestadora, ya no se considera a la figura de la subsanación como un elemento a tomar en cuenta para atenuar la sanción, quedando este ámbito reducido a un único supuesto del pago del monto de la sanción con anterioridad al término para impugnar<sup>38</sup>. Además, de la citada norma se puede apreciar que la subsanación queda atada a la figura del Compromiso de Cese, el cual podrá presentarse dentro de los diez (10) días que tiene el administrado para presentar sus descargos.

En este contexto, haciendo el comparativo de que norma es más beneficiosa para el administrado en cuanto a la figura de la Subsanación, consideramos que el RCAIST y su modificatoria la abordan de mejor manera, con el solo hecho de abordarla como un elemento de reducción de la sanción que por el contrario el RIS ya no regula. De esta manera, analizaremos los fundamentos de la RESOLUCIÓN 41 en base a lo estipulado en el RCAIST.

En sus fundamentos 94 y 95 el Consejo Directivo cita anteriores resoluciones de OSITRAN en donde se ha aplicado la figura de la subsanación; y, es en base a esto que considera aplicable al presente caso el RCAIST y su artículo 49°, con lo cual coincidimos. No obstante, en su fundamento 97 acota que FETRANSA cumplió con subsanar la infracción con anterioridad a la fecha en que la Gerencia General resolvió el recurso de reconsideración, por lo que se cumplen los supuestos necesarios para aplicar el artículo 49° citado, lo cual no es exacto si es que analizamos y entendemos el citado artículo bajo la literalidad de su propio texto, como se explicará a continuación:

- El apartado c del artículo 49° del RCAIST estipula un último momento u oportunidad para subsanar los actos u omisiones tipificados como infracciones, el cual abarca el tiempo correspondiente a “después” del plazo para remitir los descargos y “antes” de la notificación de la resolución que aplica la sanción, lo cual no se cumple en el presente caso, pues de lo que podemos observar de los actuados y tal como se ha

---

<sup>38</sup> Ver artículo 64° del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN.

señalado en el fundamento 97, FETRANSA ha subsanado su conducta infractora cambiando los ejes de las ruedas de los coches observados recién entre el 16 de junio y 12 de julio del 2004, siendo esta una fecha posterior a la notificación de la resolución de la Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN<sup>39</sup>, la cual estipula la sanción impuesta a FETRANSA por su incumplimiento o infracción.

De esta manera, la norma es clara cuando señala como último momento para considerar la subsanación “antes de la notificación de la resolución que aplica la sanción”, esto es la notificación de la resolución de la Gerencia General (primera instancia) que dispone la imposición de la respectiva sanción. En todo caso, si el OSITRAN pretendía darle otro alcance al verbo “aplicar” debería haberlo delimitado de mejor manera. Es decir, el regulador debió ser mucho más exacto y específico en lo que hacía mención, no siendo suficiente el argumento de que se presentó la subsanación por parte de FETRANSA “con anterioridad a la fecha en que la Gerencia General resolvió el recurso de reconsideración”, puesto que de la norma no se entiende que con el texto de “resolución que aplica la sanción” quiera referirse a la resolución que resuelve los recursos pertinentes, ya sea de reconsideración o apelación. Por el contrario, vuelvo a sostener, que debió haber sido mucho más específico en la redacción de su norma y por ejemplo poner como requisito “antes de la notificación de la resolución que agota la vía administrativa”, pues con esto perfectamente se entiende que hace referencia a la Resolución que da respuesta a un recurso de apelación.

- Otro error que hemos identificado es el referido al requisito de la norma sobre a qué infracciones se les puede aplicar la reducción de la sanción, puesto que la regla estipula que OSITRAN podrá imponer sanciones equivalentes al grado inmediatamente inferior respecto de infracciones calificadas como graves o leves. Siendo así, que en el presente caso se está abordando la aplicación de una mal llamada sanción correspondiente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa, la cual está calificada en el Anexo 9° del Contrato de Concesión como una infracción “muy grave” (fundamento 20), no siendo esta conducta pasible de ser subsanada debido a que este incumplimiento no ha sido calificado ni como grave o leve como explícitamente demanda la norma. Por esta razón, es que tampoco se podría aplicar la figura de la subsanación en el presente caso.

En consecuencia, con la aplicación de la figura de la subsanación en la RESOLUCIÓN 41, el OSITRAN está desconociendo lo que sus propias normas

---

<sup>39</sup> Notificada a FETRANSA el 17 de mayo de 2004 mediante oficio N° 235-04-GG-OSITRAN; asimismo, el 25 de mayo de 2004, mediante el oficio N° 264-04-GG-OSITRAN se le remite a FETRANSA el informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN.

estipulan, lo cual es una flagrante vulneración al Principio de Legalidad, pues con sus argumentos y expidiendo un acto administrativo aplicando una figura que evidentemente no cumple con los requisitos que la norma exige, es que está actuando contraviniendo el ordenamiento jurídico peruano, específicamente su RCAIST. Si bien es cierto, tiene la facultad para aplicar o no la figura de la subsanación haciendo una nueva evaluación de la conducta de FRETRANSA y de las circunstancias relativas a la comisión de la infracción, al momento de decidir bajo el amparo de su potestad discrecional el aplicar esta figura de la subsanación, debe hacerlo siguiendo las condiciones que obligatoriamente demanda la norma, pues hasta aquí termina su discrecionalidad, ya que están plenamente reglados los requisitos para que proceda la aplicación de la subsanación de una conducta infractora, esto es que la infracción haya sido calificada como “grave” a lo mucho; y, se realice dicha subsanación, como última oportunidad, hasta antes de la notificación de la resolución que impone la sanción.

Si es que el OSITRAN aplicara la subsanación solo basándose en su criterio decisorio y no respetando lo que estipulan las normas, entonces esto se configuraría en un acto administrativo arbitrario (me refiero a la RESOLUCIÓN 41), que contradice la misión de la Administración y todo el ordenamiento peruano de respetar y garantizar plenamente la seguridad jurídica de los ciudadanos-administrados, siendo esto una clara vulneración tanto a los Principios de Legalidad como al de Razonabilidad, puesto que el funcionario público, en este caso los miembros del Consejo Directivo del OSITRAN, están obligados por la norma reglamentaria que ellos mismo han emitido<sup>40</sup>, el RCAIST. En relación a esto, Guzmán Napurí sostiene que:

*“En consecuencia, el acto administrativo, de conformidad con lo establecido por la Ley, no puede infringir normas administrativas de carácter general provenientes de autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, e incluso de la misma autoridad que dicte el acto. Las razones de este precepto tienen su origen, en primer lugar, en la construcción del principio de legalidad, en la necesidad de asegurar la seguridad jurídica de los administrados, en el principio de imparcialidad por el cual no puede crearse privilegios a favor de ninguna persona o entidad, así como el principio de predictibilidad al que hemos hecho referencia en su momento” (2013, p.82)*

En consecuencia, con la sola facultad de elección que se le da al OSITRAN para aplicar o no la figura de la subsanación como un atenuante de la sanción, a mi parecer se están vulnerando ciertos derechos como los que menciona el autor anteriormente citado, pues no considero que sea igualitario que se aplique dicha

---

<sup>40</sup> Santamaría Pastor, Principios de derecho administrativo, cit., p. 321; Cassagne, Derecho administrativo I, cit., p. 139. Visto en el “Manual del Procedimiento Administrativo General” del autor Cristian Guzmán Napurí: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/05/LPAG-comentada-2013-Guzm%C3%A1n-Napur%C3%BA.pdf>

figura cada vez que la entidad “considere” necesario hacer una nueva evaluación de la conducta, esto no debería ser parte de la potestad discrecional del regulador sino que se tendrían que aplicar criterios expresamente establecidos para cada caso en concreto. Esto, a razón de que nos estamos refiriendo a una figura jurídica, la cual debería dársele una aplicación igualitaria a cada uno de los administrados que cumplan con ciertos requisitos establecidos normativamente.

Ahora bien, si ya nos ponemos en la situación que el OSITRAN a pesar de que tenga una norma clara, no cumple con esta, entonces esto aparte de ser ilegal estaría contribuyendo flagrantemente a la inseguridad jurídica. De esta manera, considero que la Administración Pública en este caso está confundiendo su discrecionalidad con arbitrariedad, pues como es que puede justificar el Consejo Directivo su decisión si es que está contraviniendo lo que su propia norma demanda en el artículo 49 del RCAIST.

### **5.2.3. ¿Es posible discutir e imponer penalidades contractuales como una sanción en un procedimiento administrativo sancionador? (legalidad, tipificación y razonabilidad)**

Para el análisis de este punto, es necesario sacar a relucir ciertas precisiones que derivan del propio Contrato de Concesión y del Régimen de Infracciones y Sanciones del OSITRAN (RCAIST y RIS), para más adelante poder distinguir la diferencia entre una penalidad y una sanción.

Del Contrato de Concesión:

- En la cláusula 17.3 se determina que el OSITRAN también se encuentra facultado para imponer al concesionario multas o sanciones que se deriven del Contrato de Concesión, independientemente de las que correspondan en relación a las Leyes Aplicables.
- En la cláusula 20.2 se aborda a las penalidades por incumplimiento, en donde se estipula que OSITRAN podrá aplicar las penalidades prevista en el Anexo N° 9 de acuerdo a la gravedad de la infracción que será establecida en concordancia a los criterios aplicados en ese mismo anexo citado.

Asimismo, se determina que la reincidencia en la falta facultará al organismo regulador a duplicar el monto de la penalidad correspondiente; y, los recursos provenientes de las penalidades serán transferidos al

FONAFE en un 98% y el 2% restante será transferido como aporte al FONCEPRI

- En la cláusula 20.3 se regula el procedimiento ante incumplimientos del Concesionario y se resalta explícitamente que este procedimiento se llevará a cabo sin perjuicio de las penalidades que correspondieran. Asimismo, recalca que durante el último plazo que le otorga al concesionario para cumplir con su obligación, este debe pagar una penalidad diaria equivalente al máximo aplicable para el tipo de infracción incurrida conforme al Anexo 9
- Finalmente, en su Anexo N° 9 relacionado a la cláusula 20.2 se estipula el “Régimen de penalidades aplicables a los incumplimientos del concesionario”, en donde se determina el tipo infractor, la calificación de la gravedad del incumplimiento y las veces en que ha incurrido el administrado en este incumplimiento, tal como se puede ver en el siguiente cuadro sacado del Contrato.

**ANEXO N° 9  
(Numeral 20.2)**

**RÉGIMEN DE PENALIDADES APLICABLES A LOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONCESIONARIO**

INFRACCIÓN	1ª vez	2ª vez	3ª vez	4ª vez
<ul style="list-style-type: none"> <li>Subsanable fácilmente</li> <li>No reiteradas</li> <li>No vulnera obligaciones importantes</li> <li>No pone en peligro a personas ni bienes</li> </ul>	Pre Aviso	0.5% IBMA	1% IBMA	CAT. 2
<ul style="list-style-type: none"> <li>Reiteradas</li> <li>Podría afectar a personas o bienes en menor grado</li> <li>Afecta sólo ciertos servicios</li> </ul>				1ª vez: 1% IBMA 2ª vez: 2% IBMA 3ª vez: 5% IBMA 4ª vez: CAT. 3
<ul style="list-style-type: none"> <li>Incumple condición básica del contrato</li> <li>Pone en peligro a personas en mayor grado</li> <li>Afecta bienes en forma integral</li> <li>Puede causar daños económicos importantes</li> <li>Puede afectar el servicio por más de 7 días</li> </ul>				1ª vez: 5% IBMA 2ª vez: 10% IBMA 3ª vez: Resolución de Contrato

*El monto de las penalidades se calculará sobre los ingresos brutos mes anterior a la calificación, es prerrogativa del Concedente sin carácter referencial.*

Del RCAIST:

- En dicho reglamento no se aborda el concepto de las penalidades, pero sí se hace mención en la parte considerativa de la Resolución N° 006-CD/OSITRAN que el OSITRAN está facultado para cobrar derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar las Entidades Prestadoras, según lo que establezca la Ley, los respectivos contratos de concesión y los reglamentos aprobados por el Consejo Directivo, lo anterior de acuerdo a lo que se dispone en la Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de



Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, en su artículo 7.1, literal i.

- En la exposición de motivos del RCAIST se establece que este reglamento constituye una herramienta fundamental para supervisar el comportamiento de las Entidades Prestadoras y señala que en este reglamento se establece el procedimiento y órganos competentes para la imposición de sanciones, cobro de multas y tasas. Asimismo, se hace referencia al procedimiento de ejecución y cobro, el cual no solo será para sanciones-multas, sino que también se realizarán para todo tipo de cobro de cualquier naturaleza que deba efectuar OSITRAN, tales como tasas o retribuciones derivadas de un Contrato de Concesión.
- Respecto a las reglas de procedimiento regulado en el artículo 47°, estas se incluyen con la modificación al RCAIST y determina en el inciso c) que se notificará a los administrados sobre las sanciones que en el caso en concreto se le pudieran imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Del RIS:

- En su exposición de motivos, nos dice que en relación a las disposiciones generales (título I) resulta posible la aplicación simultánea de una sanción administrativa y una penalidad contractual, esto conforme a lo que dispone en su artículo 5<sup>41</sup>.
- En su artículo 3° estipula definiciones, dentro de las cuales se concibe a la penalidad como el monto a pagar como resarcimiento por el incumplimiento de una obligación, el cual tiene naturaleza civil<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Reglamento de Infracciones y sanciones  
“**Artículo 5°.- Responsabilidad del Infractor**

La responsabilidad administrativa es objetiva e independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine por los hechos u omisiones que configure la infracción administrativa”.

<sup>42</sup> Reglamento de Infracciones y sanciones  
“**Artículo 3°.** – Definiciones

Para tales efectos, entiéndase por:

(...)

**Penalidad:** Estipulación o cláusula contractual por la que las partes acuerdan limitar anticipadamente el resarcimiento por el incumplimiento de una obligación y que tiene naturaleza civil.

(...)”

- Al igual que en el RCAIST, este reglamento solo concibe al procedimiento administrativo sancionador para dilucidar si es pertinente la imposición de sanciones, cobro de multas o tasas.

De esta manera, podemos dilucidar que el RIS hace una clara mención que el OSITRAN puede aplicar sanciones a la par que una penalidad contractual, pues recordemos que dicho órgano regulador está facultado para cobrar derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar las Entidades Prestadoras. Desde este punto ya podemos advertir que el régimen sancionador del OSITRAN hace una distinción entre sanciones y penalidades, lo cual queda sentado con la definición que hace el RIS de lo que se debe entender por penalidades, a las cuales les otorga naturaleza civil; mientras que las sanciones tienen una naturaleza administrativa.

Por otro lado, de los reglamentos anteriormente citados no se puede advertir que pueda ser posible la aplicación de penalidades como sanciones a través de un PAS, puesto que estos procedimientos están reservados para la imposición de sanciones, el cobro de multas o tasas. Asimismo, se señala que los procedimientos de ejecución y cobro serán aplicados tanto para sanciones-multas, como para tasas y retribuciones que se deriven del respectivo Contrato de Concesión; pero no se puede advertir que se haga referencia alguna al cobro de penalidades a través de estos procedimientos.

En la misma línea de lo argumentado, tenemos que en el propio Contrato de Concesión se hace una diferenciación entre penalidades y sanciones o multas, los cuales se encuentran indistintamente regulados en las cláusulas 20.2 y 17.3 respectivamente.

No obstante, en el presente PAS se puede notar como es que el OSITRAN representada tanto por su Gerencia de Supervisión, Gerencia General y Consejo Directivo, aplican el Régimen de penalidades estipulado en el Anexo 9 del Contrato de Concesión como si se tratara de un Régimen de Sanciones e Infracciones. Esto se ve evidenciado en la RESOLUCIÓN 41, en la cual se le da un tratamiento de sanción a la penalidad dispuesta en el Anexo 9 del contrato, pues en sus palabras, se resuelve aplicar la “sanción” correspondiente a una infracción grave ascendente al 1% de los ingresos del mes anterior, lo que propiamente sería una penalidad estipulada en el Anexo 9 correspondiente a una conducta calificada como grave. Asimismo, a esta penalidad se le aplica una graduación en el monto en calidad de atenuante por subsanación como si fuera una sanción, siendo que el RCAIST expresamente estipula en su artículo 49° que se regula una “reducción de sanciones”, mas no una “reducción de penalidades”.

Asimismo, de la RESOLUCIÓN 41 en su fundamento 56 se señala que el RCAIST se aplica supletoriamente a este caso, por la razón de que el artículo 3<sup>43</sup> del referido reglamento estipula que las Entidades Prestadoras deben ceñirse a lo que su Contrato de Concesión señale en relación al régimen de infracciones y sanciones, lo cual solo se puede configurar si es que el Contrato en cuestión cuenta con un Régimen de Infracciones y sanciones, lo cual no pasa en este caso, puesto que de la revisión minuciosa del Contrato no se puede advertir un Régimen de sanciones sino solo se estipula un Régimen de Penalidades contractuales por incumplimiento del Concesionario, lo cual vuelve a hacer evidente la confusión del OSITRAN en cuanto a estos regímenes.

Dicha confusión del OSITRAN se corrobora en su fundamento 71, en donde expresamente dice que “el régimen sancionatorio” contenido en el Anexo 9 del Contrato ha sido diseñado para que en su papel de regulador solo verifique el incumplimiento contractual y según esto determine el nivel de gravedad del incumplimiento y la sanción aplicable. De esta manera, nos dice que no tiene ninguna discrecionalidad en este régimen por lo que solo aplicará los montos ya establecidos en el Anexo 9°, pues si no lo hace estaría yendo en contra del Contrato de Concesión; sin embargo, lo que no ha tomado en consideración el OSITRAN es que se trata de penalidades contractuales mas no de sanciones, esto sin perjuicio de la facultad que tiene el regulador para imponer sanciones y aplicar penalidades a la vez, tal como el propio RIS reconoce en su artículo 5°. De esto se entiende que una sanción será impuesta por determinarse responsabilidad administrativa en un PAS y una penalidad responde a una responsabilidad civil o contractual, ambas pueden configurarse por un hecho u omisión que configure un incumplimiento contractual o normativo, pero eso no significa que sean lo mismo y se puedan confundir o equiparar.

En este sentido, era perfectamente posible discutir la aplicación de una penalidad por incumplimiento contractual en base al Anexo 9 del Contrato de Concesión, por la vía correspondiente mas no en un PAS; y, por otro lado, iniciar un PAS aplicando el reglamento de sanciones e infracciones pertinente pues dicho contrato no contaba con su propio régimen de infracciones y sanciones, ya sea el RCAIST o RIS, por lo que pudo imputársele responsabilidad a FETRANSA por

---

<sup>43</sup> RCAIST

Artículo 3°. - 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.

Las normas que regulen aspectos relacionados con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, pueden, asimismo, contener el régimen de infracciones y sanciones aplicable específicamente a las Entidades Prestadoras en cada ámbito de dicha infraestructura.

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.

incumplir sus obligaciones vinculadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público o por incumplir sus obligaciones estipuladas en su Contrato de Concesión<sup>44</sup>. Si a raíz de esta imputación se determinaba en este PAS que FETRANSA había incurrido en una infracción, entonces OSITRAN era competente para sancionarla de acuerdo a la escala de sanciones que le correspondiera a la infracción determinada, con el respectivo procedimiento para su aplicación y cobro<sup>45</sup>. Sin embargo, tal como vengo sosteniendo, OSITRAN le imputó responsabilidad a FETRANSA por incumplir obligaciones contractuales, le inició un PAS y determinó la responsabilidad de la empresa prestadora y como sanción le impuso lo correspondiente a una penalidad contractual, lo que supongo creyó posible hacerlo porque consideró que el Régimen de penalidades contractuales es un Régimen sancionatorio determinado en el propio Contrato, lo cual es equivocado.

Luego, en su fundamento 74 nos dice que al establecerse “regímenes sancionatorios ad-hoc” lo que se busca es que las partes determinen de mutuo acuerdo las consecuencias de los incumplimientos. No obstante, el problema de este argumento es que el órgano regulador se está alejando completamente de la naturaleza de la sanción, la cual de ninguna manera puede ser pactada por las partes ex ante, mucho menos tener implicancia el privado-administrado en su determinación, a diferencia de las penalidades que por tener naturaleza civil y contractual sí pueden ser pactadas con anterioridad.

Es así que, en la doctrina se estipula que *“la penalidad o cláusula penal es un mecanismo propio del derecho civil, cuya finalidad principal es indemnizar o resarcir a una parte que pudiera resultar afectada por el incumplimiento de una obligación de su contraparte”* (Borda, Juaréz y Sánchez, 2016, p.4); mientras que la sanción será *“toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento Jurídico como consecuencia de la realización de una conducta (...), todo gravamen o decisión desfavorable impuesta por la Administración a un administrado”* (Bermúdez, 1998, p.323). Por lo tanto, en concordancia con el párrafo anterior, una penalidad se acuerda en el marco de un contrato como forma de retribución o compensación de una de las partes por incumplimiento de la otra; mientras que la sanción es un acto unilateral de la Administración que por ningún motivo se puede pactar, siendo muy grave que se confundan ambos

---

<sup>44</sup> RIS

“Artículo 6º.- Competencia de OSITRAN

OSITRAN es competente para sancionar las infracciones cometidas por las Entidades Prestadoras vinculadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público o a las obligaciones estipuladas en los contratos de concesión cuando corresponda.

(...)”

<sup>45</sup> RIS

“Artículo 2º.- Objeto del Reglamento

El Reglamento tiene por objeto establecer la tipificación de las infracciones en las que puede incurrir la Entidad Prestadora, la escala de sanciones que le es aplicable y el procedimiento para su aplicación y cobro.”

conceptos, pues si bien es cierto pueden tener un origen común como la infracción o incumplimiento, debemos tener en cuenta que su naturaleza y finalidad son sumamente diferentes.

Todo lo anterior, son indicadores que el OSITRAN estuvo regulando y actuando en el presente PAS sin hacer distinción alguna entre penalidades y sanciones que estipula su reglamento, lo cual se configura en una vulneración de principios que rigen tanto el procedimiento administrativo como la potestad sancionadora de la Administración Pública, tales como:

- La Legalidad<sup>46</sup> como Principio del Procedimiento Administrativo, en donde las autoridades administrativas deben respetar el ordenamiento jurídico vigente y dictar sus actos administrativos con respeto a las normas, tanto a la Constitución, la Ley y conformes a derecho. Para esto, el Consejo Directivo del OSITRAN debió advertir que no había norma alguna que facultara a esta autoridad administrativa a imponer penalidades como si se tratara de una sanción, tampoco se le ha facultado para aplicar penalidades a través de un procedimiento administrativo sancionador, en donde propiamente se tiene que dilucidar la responsabilidad administrativa del administrado imputado; y, si se llega a determinar responsabilidad, lo que corresponde es imponer una sanción administrativa mas no una penalidad contractual.
- Tipicidad<sup>47</sup> como Principio de la Potestad Sancionadora de la Administración, puesto que el OSITRAN tanto en su resolución de Gerencia General como en su resolución de Consejo Directivo está calificando la infracción de FETRANSA en base a lo estipulado en el Régimen de penalidades del Contrato de Concesión, mas no está tomando en cuenta que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones prevista o bien en sus reglamentos

---

<sup>46</sup> LPAG

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

**1.1. Principio de legalidad.** - *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*  
(...)”

<sup>47</sup> LPAG

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

**4. Tipicidad.** - *Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.*  
(...)”

de infracciones y sanciones como el RCAIST o el RIS, o pueden también estas infracciones estar previstas en el propio régimen sancionatorio del Contrato de Concesión, cuestión que no se ha suscitado en el presente caso, por lo que se debería aplicar supletoriamente el reglamento que estipula el Régimen sancionatorio del regulador,

- Razonabilidad<sup>48</sup> como Principio del Procedimiento administrativo puesto que la decisión que está tomando el Consejo Directivo al calificar una infracción e imponer la sanción a través de la RESOLUCIÓN 41 no está enmarcada dentro de los límites conferidos a este organismo regulador, puesto que de la normativa no se puede determinar que esté facultada para imponer penalidades a través de un procedimiento administrativo sancionador y mucho menos equiparar o darle el tratamiento a una penalidad como si se tratara de una sanción administrativa.

Como conclusiones para este segundo problema principal, he podido determinar que:

- a. No se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad en el presente caso, puesto que en la normativa de la época (RCAIST, RIS y LPAG) se estipulaba que la Administración podía imputar responsabilidad administrativa objetiva y el Principio de Culpabilidad como tal recién se incorporó a la Ley de Procedimiento Administrativo General en el año 2016.
- b. Se está vulnerando el Principio especial que rige la potestad sancionadora de Razonabilidad en la RESOLUCIÓN 41, al sostener OSITRAN que cuenta con discrecionalidad para poder aplicar o no los criterios de graduación de la sanción, puesto que es obligatorio aplicar cada uno de los criterios de graduación mas no una potestad de la administración.
- c. Se está vulnerando el Principio de Legalidad del procedimiento administrativo, al aplicarse erróneamente la figura de la subsanación estipulada como reducción de la sanción en el artículo 49° del RCAIST.

---

<sup>48</sup> LPAG

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

**1.4. Principio de razonabilidad.** - *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.*

(...)”

En el presente caso, OSITRAN está aplicando la subsanación sin tener en cuenta los requisitos que estipula su propio reglamento, esto es que la conducta no haya sido calificada como muy grave y que se haya realizado dicha subsanación hasta antes de notificada la resolución que impone la sanción.

- d. Se están vulnerando los Principios Generales del Procedimiento Administrativo de Legalidad y Razonabilidad, al aplicar un Régimen de Penalidades por incumplimiento contractual como si fuera un Régimen de Infracciones y Sanciones. Se vulnera el Principio de legalidad debido a que el OSITRAN está arrogándose facultades que no le han sido atribuidas, puesto que está imponiendo Penalidades como si de una sanción se tratará en el marco de un PAS, supuesto que no es contemplado ni por la norma común como es la LPAG, ni por sus propios reglamentos como los son el RCAIST y el RGIS.

Se vulnera el Principio de Razonabilidad porque la decisión que está adoptando el Consejo Directivo del OSITRAN no se encuadra dentro de los límites de la facultad que le ha sido atribuida al organismo regulador, pues si bien es cierto se le faculta para imputar y cobrar penalidades, no se puede determinar de la normativa pertinente que esté facultado para imponer el monto de las penalidades como sanción y que esto puedan ser dilucidado en un PAS. Además, desde nuestro punto de vista es innecesario e irrazonable iniciar, instruir y determinar responsabilidad a través de un PAS para imputar una penalidad que no tiene naturaleza administrativa sino civil, por lo cual propiamente se debió dilucidar la controversia del pago de penalidades a través de un arbitraje, según lo dispuesto en la cláusula de solución de controversias del propio Contrato de Concesión.

Asimismo, se incumple el Principio de la potestad sancionadora de Tipicidad, al calificarse y sancionarse una conducta que no estaba prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, ni tampoco en un régimen sancionador del Contrato de Concesión, por lo que se sancionó a FETRANSA con un monto que tenía naturaleza civil al estar determinado como penalidad por incumplimiento contractual. Se vulnera el Principio de Razonabilidad de la potestad sancionadora al no usarse la escala de sanciones aplicables a las Entidades prestadoras, y, por el contrario, aplicarse como sanción una penalidad estipula propiamente en el Régimen de Penalidades Contractuales en el Anexo 9° del Contrato.

### **5.3. Problema principal 3: ¿Ha sido correctamente tratado el Compromiso de Cese presentado por FETRANSA?**

El compromiso de Cese es una oportunidad de terminación anticipada del Procedimiento Administrativo Sancionador. Este se configura en una propuesta

de parte del administrado para subsanar su conducta infractora, lo cual involucra tanto el cese de la conducta como la reversión de los efectos si es que se diera el caso. Obsérvese que es comparable a la figura jurídica del eximente de responsabilidad por Subsanación voluntaria que aplican actualmente los organismos reguladores, la cual de la misma forma implica el cese de la conducta y reversión de los efectos que causa dicha conducta, la diferencia recae en la oportunidad para su presentación; mientras que el Compromiso de cese se puede proponer durante el PAS, en el mismo tiempo establecido que se le da al administrado para presentar sus alegatos; por otro lado, la subsanación voluntaria para que se configure en un eximente se debe llevar a cabo hasta antes de la imputación de cargos, esto es hasta antes de que comience el PAS.

Actualmente se regula en el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones (RIIS) del OSITRAN en su artículo 88°, en el cual se determina una serie de requisitos para que se puede evaluar y aceptar dicha propuesta de la Entidad Prestadora en la que se comprometerá a cesar los hechos imputados o subsanar la presunta infracción.

Es así que, para el caso que nos aborda me he prepuesto dilucidar si es que se abordó correctamente el Compromiso de Cese propuesto por FETRANSA, puesto que he podido advertir que existen una serie de cuestionamiento a la resolución de Gerencia General respecto a este tema, en donde se critica que para regular este Compromiso la primera instancia ha basado su análisis en una norma derogada. Además, es preciso determinar cómo es que se abordaba este Compromiso en la época, esto es entre los años 2003 y 2004; y, si se han respetado los requisitos para su evaluación y rechazo estipulados en la normativa pertinente.

### **5.3.1. ¿Qué norma se debe aplicar para regular el Compromiso de Cese?**

A lo largo de procedimiento administrativo sancionador hemos podido advertir que las instancias del OSITRAN utilizan indistintamente dos reglamentos que regulan su régimen sancionatorio, me refiero al RCAIST y el RIS. Estos dos reglamentos estuvieron vigentes en el transcurso del presente PAS, siendo que la comisión de la infracción de FETRANSA o su incumplimiento se configuró cuando permitió que los coches operados por PerúRail funcionen sin el permiso respectivo desde el 29 de agosto de 2003, fecha en la que se inauguró el servicio de transportes “Hiram Bingham”, en donde estaba vigente el RCAIST hasta el 26 de noviembre del 2003, fecha en la cual entra en vigencia el RIS que reemplaza al RCAIST.



Entonces, viendo que tanto la Gerencia General como el Consejo Directivo del OSITRAN en sus respectivas resoluciones utilizan el RCAIST para abordar un tema y seguidamente utilizan el RIS para abordar otro tema, es que se nos genera la duda de que reglamento es pertinente que el regulador use para abordar el compromiso de Cese presentado por FETRANSA. En principio, al haber estado vigente el RCAIST en el momento que FETRANSA incurrió en la conducta por la que se le sanciona, debería aplicársele este reglamento, pero se nos genera la duda si en el RIS se aborda este Compromiso de Cese con requisitos más favorables al administrado que en el RCAIST, pues de ser así se debería aplicar el RIS por ser una norma posterior con disposiciones más favorable a FETRANSA, aplicándose como excepción al Principio de Retroactividad. Por estos motivos es que analizaremos en cada uno de estos reglamentos como es que se aborda el Compromiso de Cese para determinar cuál regulación resulta más beneficiosa a la administrada.

De esta manera, en el RCAIST, específicamente en su modificación del 30 de octubre del 2001, se sustituye el texto del artículo 47°, con lo cual se incluye en la norma la figura del Compromiso de Cese. Es así que, esta figura estaba regulada en dicho artículo 47<sup>49</sup>, inciso “e”, en el cual se establece que el plazo para su presentación es dentro de los 5 días que se le otorga al administrado para presentar sus descargos y como condición primordial se determina que el incumplimiento que se configuró en infracción no se trate de una obligación sustantiva de índole contractual.

Por su lado, el RIS en su exposición de motivos explica que, a efectos de facilitar la utilización de beneficios por parte del administrado, se ha consolidado dicho

---

<sup>49</sup> RCAIST  
“Artículo 47°. - Reglas generales del procedimiento

(...)

e) Dentro del plazo fijado para formular descargos por la comisión de una infracción, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos o acreditar la subsanación de la omisión, siempre que no se haya verificado el incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual.

Si el órgano Instructor estimara satisfactoria la propuesta o fehacientemente acreditada la subsanación, se suspenderá el procedimiento previa firma de un compromiso conteniendo las medidas y actos a ser llevados a cabo por el presunto infractor de ser el caso. El compromiso deberá celebrarse dentro del plazo de diez (10) días hábiles, prorrogables por un término igual, el mismo que será computado a partir del día siguiente de la fecha en que se ofrezca el compromiso del cese. De no celebrarse el compromiso dentro del plazo señalado, el proceso se reanudará y de considerarlo conveniente, el órgano instructor, podrá conceder un plazo de tres (3) días hábiles para que el administrado formule sus descargos.

La propuesta, conjuntamente con el documento que contiene el compromiso, serán elevados al órgano resolutorio quien podrá aprobarla o disponer la continuación del procedimiento. En el caso que el órgano resolutorio disponga la continuación del procedimiento, deberá otorgarse al administrado el plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos;

(...)"

régimen de beneficios en este reglamento, el cual está constituido por la reducción de sanciones y el Compromiso de Cese.

Bajo este criterio normativo que sigue el RIS, se regula el compromiso de cese en el artículo 65<sup>50</sup>, el cual contiene los requisitos que debe seguir el administrado para presentar dicho compromiso, entre los cuales tenemos: 1. Que la infracción no sea calificada como muy grave o que no implique la caducidad de Contrato de Concesión; 2. Que la infracción no haya generado perjuicio al Estado ni a los usuarios, siempre y cuando estos perjuicios no sean pasibles de ser subsanados, 3. Que la infracción no sea considerada una conducta reincidente la cual haya sido sancionada por resolución firme o haya suscrito el compromiso de cese respectivo, dentro de un periodo de dos (02) años inmediato anteriores. Asimismo, en su artículo 69° se regula el procedimiento que se debe seguir para el Compromiso de cese, entre lo principal tenemos que:

- Para presentar este compromiso se tiene el mismo plazo de diez (10) días para formular los descargos, esto es luego de la notificación de imputación de cargos de parte del órgano instructor.
- En un plazo de diez (10) días el órgano instructor tiene que poner en conocimiento del órgano resolutorio la evaluación de la propuesta del administrado.
- A su vez, el órgano resolutorio cuenta con diez (10) días para evaluar y comunicar su decisión a la Entidad Prestadora, en esta comunicación se tiene que abordar la fecha exacta para suscribir el compromiso de cese, el cual tiene que celebrarse a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a partir de la notificación al administrado
- En el caso que el órgano resolutorio desestime el compromiso de cese, deberá otorgársele a la Entidad Prestadora un plazo no mayor a diez (10) días para que formule sus descargos, por lo que se entiende que el PAS continuará.

---

<sup>50</sup> RIS

“Artículo 65°.- Compromiso de Cese

El presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados y/o la modificación de aspectos relacionados con ellos y/o la subsanación de la omisión, siempre que concurren los siguientes requisitos:

65.1 La infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen caducidad del Contrato de Concesión respectivo, o la infracción no califique como muy grave;

65.2 La infracción no haya generado perjuicios al Estado ni a los usuarios, a menos que tales perjuicios sean materia de subsanación; y

65.3 El infractor no haya cometido con anterioridad una infracción idéntica a la que es materia del procedimiento, respecto de la cual se le haya impuesto una sanción por resolución administrativa firme o haya suscrito un compromiso de cese, durante los dos (02) años inmediatos anteriores”.

- La Entidad Prestadora incurrirá en infracción calificada como muy grave en caso de que se acepte su compromiso de cese y no lo suscriba o que suscrito este, incumpla con su implementación o lo propuesto en este.

Como se puede apreciar, para nuestra consideración no solo está mejor regulado el compromiso de cese en el RIS, sino que también son más beneficiosas las reglas dictadas en este reglamento para el administrado, en tanto dispone de más días para su presentación (10 días, es decir 5 días más que en el RCAIST). En cuanto al requisito del tipo de calificación que se determina a la infracción cometida, mientras que en el RCAIST se estipula que no se trate de una obligación sustancial de índole contractual, en el RIS se denota más especificidad al determinar que la infracción no sea calificada como muy grave o que implique una causal de caducidad del contrato, esto sin perjuicio que en el siguiente apartado vamos a tratar de dilucidar que es lo que OSITRAN entiende como obligación sustantiva de índole contractual, el cual puede llegar a ser un concepto que genera confusión y de la cual se ha dicho muy poco, por lo que es importante esclarecer si existe en la doctrina y jurisprudencia de la época algo que nos de luces a que se refiere la norma con “obligación sustantiva”.

En consecuencia, la regulación del compromiso de cese en el RIS no solo era mucho más específica y sustentada que en el RCAIST, sino que suponía ser más beneficiosa para el administrado, por lo que en aplicación de la excepción del Principio de Irretroactividad se debería aplicar el RIS para tratar el compromiso de cese presentado en este caso, por ser la norma que regula el ámbito sancionador que más beneficiosa era para FETRANSA en la época.

En contraste con lo anterior, debemos recalcar que lo argumentado por FETRANSA en su recurso de apelación no es exacto puesto que alegan vicio de nulidad por haberse basado la decisión de OSITRAN en la aplicación del RCAIST, reglamento que se encontraba derogado en ese momento, por lo que se debía aplicar el RIS por ser el reglamento vigente; sin embargo, FETRANSA debe considerar que se le debe aplicar la normativa que estuvo vigente en la fecha en que incurrió en la infracción imputada o cuando incurrió en la conducta a sancionar, por lo que le era aplicable el RCAIST, siendo que el RIS se le aplicará como una excepción al Principio de Irretroactividad, por ser una norma posterior que le es favorable (efecto retroactivo) en cuanto a la regulación del Compromiso de Cese. Recordemos que para la época del caso aún no se definía específicamente los alcances del efecto retroactivo, pues solo se estipulaba en líneas generales sobre las “disposiciones sancionadoras” más favorables, luego del 2008 con la modificación de la LPAG se delimitó que estas disposiciones sancionadoras hacían referencia a la tipificación de la infracción, a la sanción y a los plazos de prescripción de la sanción a imponerse.

Por otro lado, el Consejo Directivo del OSITRAN sostiene que la Primera Disposición Transitoria<sup>51</sup> del RIS establece una regulación tanto para las disposiciones sustantivas o materiales (literal a) como para las adjetivas o procedimentales (literal b). No obstante, independientemente de esta distinción de normas de orden sustantivo como el caso de las infracciones de las normas de carácter procesal, consideramos que dicha disposición transitoria carece de finalidad, pues está haciendo una distinción de supuestos que se concretan en el mismo fin, en el sentido que su literal “a” hace referencia a un supuesto ya definido por el Principio de irretroactividad y su excepción, solo haciendo la aclaración que las disposiciones sancionatorias propiamente son las referidas a la imposición de la sanción; mientras que el literal “b” nos dice que los procedimientos iniciados durante la vigencia del reglamento derogado continuarán rigiéndose por el mismo, lo cual a nuestro parecer es una obviedad que va a terminar en la imposición de una sanción (si es que es el caso y no se archiva), por lo que se aplicará nuevamente el supuesto del apartado a; aunado a esto, dicha disposición genera una explícita contradicción a la excepción de retroactividad de la norma.

En este sentido, dicha disposición transitoria no explica la decisión del Consejo Directivo de aplicar el RCAIST en vez del RIS; y, por el contrario, contraviene lo dispuesto por el principio de irretroactividad al pretender hacer una distinción entre disposiciones de naturaleza sustantiva o procesal del régimen sancionatorio, puesto que, como repito, en esta época no se definía aún que disposiciones se iban a tomar en cuenta para aplicárseles la retroactividad benigna.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede advertir que en los fundamentos 110 al 115 el OSITRAN realiza un análisis sobre porque no se acepta el compromiso de cese en aplicación de artículo 47° del RCAIST y explica que este rechazo responde a un elemento de índole sustancial como lo es el incumplimiento de una obligación contractual. De esta manera, al tratarse de un supuesto de naturaleza material o sustantivo por el que se rechaza el compromiso de cese es que se debe aplicar el literal “a” de la Primera Disposición Transitoria del RIS y en consecuencia este aspecto del procedimiento relacionado a la regulación del compromiso se debe regir por el RCAIST. A nuestro parecer dichos fundamentos adolecen de severas imprecisiones, lo cual explicaremos a continuación:

---

<sup>51</sup> “**PRIMERA.** - Las normas del Reglamento se aplicarán conforme a las siguientes reglas:

- a. Las infracciones cometidas durante la vigencia del reglamento derogado serán sancionadas conforme a éste, excepto en los casos en que el régimen establecido por el Reglamento sea más favorable al administrado.
- b. Los procedimientos iniciados durante la vigencia del reglamento derogado continuarán rigiéndose por el mismo.”

- Como se determinó anteriormente, el supuesto “a” de la disposición transitoria no aborda la generalidad de normas o disposiciones sustantivas o materiales como sostiene el OSITRAN, pues explícitamente el supuesto determina que se trata específicamente de sanciones; es decir, si la empresa X con su conducta infractora y en aplicación de la norma X vigente al momento que se configuró su infracción es sancionada con 100 UITs, se le aplicará la sanción impuesta por la norma X pese a que esta se encuentre derogada al momento de imponérsele dicha sanción; sin embargo, si una norma Y posterior a la configuración de su infracción y vigente al momento de imponérsele la sanción, nos dice que por esa infracción ya no corresponde sancionársele a la empresa X con 100 UITs sino con 99 UITs, entonces se le debe aplicar la norma Y por tener un régimen que sanciona con una multa más favorable a la empresa X.

Este es el sentido que entendemos del supuesto “a”, específicamente hace mención a la sanción a imponerse (“serán sancionadas conforme a este” reglamento), por lo que carece de finalidad que el OSITRAN analice otras normas del reglamento con carácter sustantivo o material.

- Ahora bien, no se entiende porque el OSITRAN analiza el requisito para poder proponer el Compromiso de Cese, que el incumplimiento no se trate de una obligación sustantiva de índole contractual para el RCAIST o que la infracción no sea calificada como muy grave o implique la caducidad del contrato para el RIS, debido a que si es que se quería analizar la naturaleza de la disposición debería haberse centrado en la norma que aborda propiamente el compromiso de cese<sup>52</sup> y no en un tema tan específico como lo es el requisito para poder presentarse dicha propuesta.

A nuestro parecer, se está forzando demasiado el análisis en este punto, diciendo que se aborda un tema sustantivo como el requisito de que no se trate de una obligación del contrato; y, por otro lado, que sea de índole sustancial, tema sustantivo por antonomasia. Lo que no sería correcto, pues no debería abordarse estos temas en un análisis previo sobre la decisión de que norma aplicar, puesto que dicho análisis ya pertenece propiamente al cómo se aborda dicho Compromiso de Cese, siendo que la figura como tal es de naturaleza procedimental porque es parte de un trámite o actuación del administrado dentro del proceso para proponer una solución a su incumplimiento.

- Asimismo, en el fundamento 111 sostiene que *“la norma por la que se rechazó el ofrecimiento de cese es sustantiva porque su contenido está directamente vinculado con el tipo de incumplimiento contractual de que*

---

<sup>52</sup> Artículo 47 para el RCAIST y artículos 65 y 69 para el RIS.

se *trate*". Esto ya de por sí es una contradicción de los propios argumentos del OSITRAN, puesto que este fundamento denota que está justificando su elección del RCAIST por la aplicación de su norma y la naturaleza de la consecuencia de esta aplicación que es el rechazo. En otras palabras, la Administración no puede justificar su interpretación de la norma en base a su propia elección, pues esto merma la objetividad del caso. Si nos damos cuenta el OSITRAN está dándonos a entender que el reglamento "tal" es el aplicable porque ya usó sus normas y rechazó el Compromiso de Cese, y bueno, "oportunamente" esto es lo que estipulaba el supuesto "a" de la disposición transitoria.

- Lo anterior se corrobora con el fundamento 112, con el cual se denota que la interpretación que le da a la primera disposición transitoria del RIS y el discernimiento sobre disposiciones sustantivas y materiales, solo responde a justificar el rechazo del compromiso de cese en aplicación del RCAIST, pues como el propio regulador sostiene *"no creemos que en el presente procedimiento se haya rechazado el compromiso de cese ofrecido sobre la base de una norma procedimental, sino sobre la base de una prohibición ante el incumplimiento de una obligación sustantiva"*, lo cual por temas obvios responde a un análisis posterior luego de ver la regulación en general del compromiso de cese y determinar que reglamento se va a aplicar; además, este supuesto análisis se debe referir a la naturaleza de las disposiciones normativas mas no a la naturaleza de las figuras jurídicas configuradas como requisitos que en estas normas se abordan.
- Por otro lado, en su fundamento 115 nos dice que el artículo 47 del RCAIST es una disposición que tiene directa vinculación con el tipo infractor y su sanción por lo que es de naturaleza sustantiva, lo cual no es acertado, puesto que dicho artículo aborda las reglas generales del procedimiento sancionador, por lo cual su naturaleza será procedimental, esto sin perjuicio de que dentro de la norma se haga referencia a diversas figuras jurídicas como las acciones de supervisión, la calificación de infracciones, el compromiso de cese, presentación de descargos, entre otros.

En conclusión, nos parecen insuficientes los argumentos que despliega el Consejo Directivo del OSITRAN para motivar la aplicación del RCAIST en relación a la figura del Compromiso de Cese. Es así que, determinamos que en la RESOLUCIÓN 41 sí ha existido una incorrecta aplicación de la norma derogada, pues si bien es cierto correspondía que en el presente caso se aplique el RCAIST por ser la norma vigente al momento de configurarse la supuesta infracción; sin embargo, por el Principio de Retroactividad Benigna, al tener

disposiciones normativas más favorable para FETRANSA en relación al Compromiso de Cese presentado, se debió aplicar el RIS. Lo anterior, sin perjuicio de que se iba a llegar al mismo resultado, esto es la no aceptación de dicho compromiso de cese por no cumplir con los requisitos establecidos en la norma<sup>53</sup>, tales como:

- Que la infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen la caducidad del contrato o que la infracción no califique como muy grave; puesto que la infracción incurrida por FETRANSA al no cumplir con la obligación contenida en el numeral 7.5 del Contrato y el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles fue calificada como una infracción muy grave tipificada en el Anexo 9 del Contrato. En este sentido, dichos incumplimientos no son pasibles de ser subsanados en un Compromiso de Cese por estar calificados como muy graves, esto con cargo a que se va a analizar su exactitud en el apartado siguiente.

Pero como ya mencioné, este rechazo del Compromiso de Cese se iba a dilucidar después de determinar que reglamento se iba a aplicar y no a priori,

No obstante, tal como ya hemos ido discerniendo en nuestros anteriores problemas, estamos tomando como base para rechazar el Compromiso de Cese a una calificación de infracción estipulado en un Régimen de Penalidades, mas no se hizo esta calificación en base a lo dispuesto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones o en el RCAIST, como correspondía que se hiciera al no contar con un Régimen de Infracciones y Sanciones en el presente Contrato de Concesión. Es decir, se rechazó el compromiso de cese en base a una calificación de la infracción como muy grave que no correspondía a un Régimen Sancionatorio.

### **5.3.2. ¿Cuál es la naturaleza de la obligación incumplida por la concesionaria?**

Ahora, en este apartado es necesario dilucidar cuál es la naturaleza de la obligación incumplida por la Concesionaria para que según esto se pueda determinar si procede aplicársele un Compromiso de Cese. De esta manera, debemos identificar si se trata de una obligación sustantiva de índole contractual como requisito que pide el RCAIST, o si se trata de una obligación de la cual su incumplimiento implique la caducidad del Contrato de Concesión o sea calificado dicho incumplimiento como muy grave según los requisitos impuestos por el RIS.

---

<sup>53</sup> Me refiero al artículo 65° del RIS.

Como se puede apreciar, el RCAIST propiamente analiza la naturaleza de la obligación incumplida, mientras que el RIS se centra en analizar el incumplimiento en sí mas no en la naturaleza de la obligación que se incumple, por lo que pide como requisito que dicho incumplimiento no califique como una infracción muy grave y que no conduzca a la Caducidad del Contrato.

En este sentido, al haber aplicado OSITRAN el RCAIST para abordar el Compromiso de Cese en este caso, analizaremos la naturaleza de la obligación incumplida para luego hacer lo mismo respecto a los requisitos que demanda el RIS.

Entonces, nos hacemos la pregunta de si la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión contiene obligaciones o una obligación sustantiva de índole contractual, por lo cual para responder esta pregunta debemos primero identificar cuál es la obligación que debe cumplir FETRANSA abordada en esta cláusula.

La cláusula 7.5 nos dice en su texto que *“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”*, por lo que la obligación general de FETRANSA sería cumplir con las Leyes Aplicables cuando brinde sus servicios, pero tengamos en cuenta que el Reglamento General de Ferrocarriles, específicamente su artículo 451, no es una norma aplicable a FETRANSA porque la Concesionaria no puede brindar el servicio de transporte de pasajeros, tal como desarrollamos en el problema 1 de este informe. Por el contrario, si sería una norma aplicable a PerúRail, puesto que esta empresa operadora ferroviaria si brinda el servicio de transporte de pasajeros; en consecuencia, cumplir con la obligación dispuesta en el artículo 451 del RGF es exigible a PerúRail mas no a FETRANSA.

En este mismo contexto, la segunda parte de la Cláusula 7.5 señala que el Concesionario debe supervisar el cumplimiento de las Leyes Aplicables por parte de terceros que presten los servicios de Transporte Ferroviario y/o Servicios complementarios, por lo que es obligación de FETRANSA “supervisar” que PerúRail cumpla con las normas aplicables a los servicios que brinda, en este caso debe supervisar que la empresa operadora cumpla con lo dispuesto en el artículo 451° del RGF. En este sentido tenemos que:

1. La cláusula 7.5 en un primer momento estipula la obligación de FETRANSA de cumplir que con las “Leyes aplicables” a los servicios que



brinde, pero al no prestar el servicio de transporte de pasajeros no tendría la obligación de cumplir con el artículo 451 del RGF por lo que no es una norma aplicable a los servicios que brinda FETRANSA.

2. Luego, en un segundo momento, estipula la obligación de que los terceros que presten servicios ferroviarios como PerúRail, deben cumplir con las Leyes aplicables a estos servicios que brindan. De esta manera, el cumplimiento del artículo 451 del RGF sería exigible para PerúRail mas no para FETRANSA.
3. Asimismo, se estipula la obligación de FETRANSA de supervisar que estos terceros que brindan servicios ferroviarios cumplan con respetar lo dispuesto en las respectivas normas que se aplicaran a los servicios que ofrecen, por lo que es obligación de FETRANSA “supervisar” que PERURAIL cumpla con lo dispuesto en el artículo 451 del RGF si es que se enmarcara en el caso en concreto.

De lo anterior, podemos colegir que la obligación que supuestamente habría incumplido la concesionaria para ser analizada en cuanto a la aceptación o no de su Compromiso de Cese, debe versar sobre la acción de supervisar el cumplimiento de las “Leyes Aplicables” por parte de PERURAIL, mas no puede imponérsele la obligación de cumplir normas que no le son aplicables a los servicios que brinda FRETANSA, como el servicio de transporte de pasajeros.

En este sentido, coincidimos con el fundamento 120 del Consejo Directivo en cuanto si se hubiese incumplido la obligación de supervisar, esta tendría naturaleza contractual por estar estipulada en la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión. Sin embargo, diferimos con sus fundamentos 121 y 122, puesto que en estos argumentos se sostiene que indudablemente la obligación incumplida tiene naturaleza “sustantiva” por dos particulares razones: 1. Por la necesidad previa de supervisión sobre la idoneidad de los coches que prestarán el servicio de pasajeros; y, 2. Porque dicha obligación encuentra su justificación en la protección del interés público. Por lo cual, vamos a discernir más adelante si la naturaleza sustantiva de una obligación se colige a raíz de esas dos razones que se han determinado en el fundamento 121 de la RESOLUCIÓN 41.

Asimismo, el Consejo Directivo sostiene que alegar que la supuesta obligación incumplida no tiene naturaleza sustantiva, supondría que la obtención de las autorizaciones previas para poner en servicio coches nuevos deban considerarse aspectos accesorios o una formalidad sin importancia, lo cual a nuestro parecer no tiene una correlación directa con la obligación de FETRANSA de “supervisar que los terceros cumplan con la normativa aplicable” o por lo menos no se explica cuál sería la relación directa entre la acción de supervisar

con que se considere irrelevante obtener la autorización para los coches nuevos con los que se brindarían el servicio; puesto que, tal como sostuvimos en el desarrollo de nuestro primer problema principal, al dársele un encargo de supervisar que se cumplan las “Leyes Aplicables”, FETRANSA tiene la facultad para discernir donde se deben o no aplicar estas normas, con la justificación necesaria claro está, por lo que en el presente caso al no considerar “coches nuevos” los coches del servicio “Hiram Bingham” no era necesario que pasen las pruebas de suficiencia y seguridad que exigía el artículo 451 del RGF.

Lo anterior, genera un debate debido a que el Consejo Directivo tiene la errónea concepción que al aplicar el término de “Leyes Aplicables” esto ya significa que todas las normas de una Ley o Reglamento aplicable al caso concreto, deban aplicarse en su totalidad a los terceros, lo cual es falso, pues hay disposiciones de muchos cuerpos normativos que no serán de aplicación en algunos casos, mucho menos si tenemos un gran problema de interpretación de la norma que se desea aplicar y se consigna en esta términos muy poco definidos o ambiguos como “coches nuevos”

Buscando alguna referencia en el RCAIST que introduce el requisito analizado para aceptar el compromiso de Cese, no se puede determinar que es a lo que se refiere cuando hace mención de una “obligación sustantiva”, pues no desarrolla su concepto en el texto del Reglamento. Tampoco se puede dilucidar lo que se entiende por este término en la época, pues no se ha encontrado doctrina que aborde este tema; no obstante, se puede advertir de los fundamentos que esgrime el Consejo Directivo que la obligación será considera sustantiva si su incumplimiento es considerado como muy grave, lo cual hace referencia a la importancia de la obligación.

También se dice que la puesta en operación de los coches nuevos con el permiso correspondiente constituye una obligación sustantiva indudablemente, pero esto es un error porque dicha obligación le corresponde cumplirla a PerúRail en su calidad de empresa operadora que brinda el servicio de transporte de pasajeros mas no a FETRANSA, la cual se debe encargar de “supervisar” que, si en caso corresponda aplicar alguna norma, esto se cumpla. Es así que, la obligación de “supervisar” de FETRANSA es de la que se está analizando su cumplimiento y no de la obligación de requerir las autorizaciones correspondientes para poner en operación coches nuevos.

Luego, el Consejo Directivo nos dice que estamos “ante una obligación que encuentra su justificación en la protección del interés público”; sin embargo, no se puede determinar si se refiere a la obligación de FETRANSA de supervisar o a la obligación de PerúRail de hacer pruebas de seguridad y suficiencia a sus

coches nuevos. Sin perjuicio de lo anterior, de igual forma tanto las obligaciones de la concesionaria como de la empresa operadora encuentran su justificación en la protección del interés público representado por la seguridad y bienestar de los pasajeros que puedan ser transportados en estos coches, lo cuales no pueden verse afectados en su integridad y salud por algún tipo de descarrilamiento o accidente por la falta de cumplimiento de pruebas en los coches nuevos que van a operar. Por lo tanto, si los coches son nuevos, es imperante que la operadora los haga pasar por pruebas de suficiencia y seguridad; y, por su lado, es necesario que FETRANSA supervise que dichos coches han pasado por dichas pruebas.

Asimismo, el órgano del OSITRAN esgrime un fundamento que se refiere a la obtención de la autorización luego de pasar por pruebas de suficiencia y seguridad los coches nuevos, por lo que nuevamente consideramos que el Consejo Directivo comete un error al considerar que la obligación que debe analizarse para aceptar o no el compromiso de cese es la obligación que propiamente le corresponde cumplir a PerúRail y lo que en realidad se debe poner en cuestión es si la acción de supervisar de FETRANSA acerca del cumplimiento del artículo 451 del RGF se configura en algo accesorio o una mera formalidad.

De todo lo anterior se puede colegir que, el OSITRAN tendría la intención de relacionar este requisito analizado con lo desarrollado en el Derecho Tributario sobre obligaciones sustanciales y formales, en donde para el presente caso se aplicaría que la obligación sustancial que contiene la cláusula 7.5 sería “dar estricto cumplimiento a las leyes aplicables”, tanto por FETRANSA como por parte de los terceros que presten servicios en este sector; mientras que, una obligación formal sería la acción del Concesionario de supervisar el cumplimiento de las Leyes Aplicables, puesto que FETRANSA debe realizar esta acción para de esta forma tener un control sobre las empresas operadoras y que efectúan la obligación sustancial de dar estricto cumplimiento a las normas aplicables en cada caso en concreto, pero esto siempre analizando cuando una norma es aplicable o no al supuesto de hecho.

Entonces, el hecho que FETRANSA no supervise el cumplimiento de las normas no significa que las empresas operadoras no deban cumplir con sus obligaciones; y, además, el hecho que FETRANSA tenga el encargo de realizar acciones de observación y verificación no significa que el OSITRAN o el MTC no deban realizar su potestad fiscalizadora, recordemos que la acción de “supervisión” en este caso es una actividad de apoyo y colaboración a la Administración Pública, pero por esto no se entiende que a FETRANSA se le haya trasladado una potestad pública y las Entidades Administrativas queden inertes ante la necesidad de fiscalización de pasar por pruebas de suficiencia y

seguridad, siendo que esta supervisión responde a la prevención y protección de un bien jurídico de mucha relevancia como lo es la vida, salud e integridad de los pasajeros.

En este sentido, por sustancial o sustantivo se debe entender como algo de gran importancia para el desarrollo de algo, en el presente caso, la obligación sustantiva sería cumplir con pasar las pruebas de seguridad y suficiencia para los coches nuevos y con esto obtener la autorización pertinente de parte del MTC, pero tengamos en cuenta que a esta obligación tiene que darle cabal cumplimiento las empresas operadoras, quienes son las que realizarán dicha actividad de transporte de pasajeros; y, solo en el caso que vayan a brindar este servicio con “coches nuevos”. Por otro lado, FETRANSA solo se encargará de verificar que PerúRail y las demás operadoras cumplan con la normativa si es que le caso lo amerita, por lo que al considerar que los coches no eran nuevos determinó que no era necesario que PerúRail los hiciera pasar por dichas pruebas y no era de aplicación en este caso el artículo 451° del RGF en este. En consecuencia, si el MTC u OSITRAN discernían lo contrario, era su deber tomar cartas en el asunto y tomar las medidas pertinentes para que esos coches no fueran puestos en funcionamiento, claro está que se tiene que seguir el procedimiento necesario respetando los principios que rigen las actuaciones administrativas de las entidades públicas.

Es así que, del requisito del artículo 47°, inciso “e” del RCAIST, para aceptar el Compromiso de Cese, no deja claro que es lo que se debe entender por obligación sustantiva, pero haciendo una suerte de razonamiento deductivo se puede llegar a determinar que pretende hacer referencia a una obligación de suma importancia que su incumplimiento afecta la finalidad del Contrato de Concesión. Entonces, a nuestro parecer, el Consejo Directivo equivoca las obligaciones que debe cumplir cada actor, refiriéndose en sus fundamentos 121 y 122 a una obligación que le corresponde dar cumplimiento a las empresas operadoras y por ningún motivo se puede llegar a pensar que la obtención de una autorización para poner en funcionamiento autos nuevos luego de pasarse las respectivas pruebas de suficiencia y seguridad pueden llegar a considerarse como un aspecto accesorio o una formalidad sin importancia; por el contrario, al ser de gran importancia por proteger el bien jurídico de la vida de los pasajeros y su integridad es que las Entidades involucradas deben tomar cartas en el asunto y dictar las medidas correspondientes, pues FETRANSA solo tiene una labor de observador y verificador del cumplimiento de las normas y no se puede considerar que tenga potestades públicas.

Por estos motivos, no se puede determinar que FETRANSA haya incumplido una obligación sustantiva de índole contractual, por lo que no debió rechazarse el Compromiso de Cese aplicando el RCAIST. De esta manera, debió haberse

aceptado el Compromiso de Cese y otorgarle la oportunidad a FETRANSA de ofrecer una propuesta de subsanación de los hechos que configuran la infracción, siendo que después el órgano instructor tiene la potestad de estimar como satisfactoria o no dicha propuesta motivando su decisión, no siendo proporcional que se rechace dicho compromiso preliminarmente tomando como referencia una figura que no está definida ni en la norma ni en la doctrina; y, que pese a hacer una deducción forzada por entender el requisito tampoco se llega a la conclusión que encaje en el presente supuesto.

Por otro lado, en vista que anteriormente hemos sostenido que era de aplicación en este caso el RIS, analizaremos los requisitos que exige esta norma para aceptar la propuesta de un Compromiso de Cese.

En relación a la infracción, el artículo 65.1 del RIS nos dice que el incumplimiento de la obligación no implique la caducidad del contrato o la infracción no sea calificada como muy grave. También se tiene como requisito que la infracción no haya generado perjuicios ni al Estado ni a los usuarios y que el infractor no esté recayendo en reincidencia con su conducta.

Entonces, tenemos que la conducta infractora de FETRANSA de no supervisar la aplicación de las “Leyes Aplicables” no ha sido considerada como reincidente en nuestro caso, tampoco se hace mención a que se haya detectado algún tipo de perjuicio al Estado o a los usuarios, por lo que solo nos queda determinar si es que el incumplimiento de la obligación por parte de la Concesionaria implica la caducidad del Contrato de Concesión o es calificada como una infracción muy grave, para lo cual tenemos que:

- En el Contrato de Concesión se hace referencia a que operará la caducidad en su cláusula 20.1, en donde se estipula las causales que hacen referencia a los plazos de la vigencia de la concesión (cláusula 4), acuerdo entre las partes, destrucción total de la Infraestructura vial ferroviaria por causa no imputable a las partes, si no se otorga o se renueva la carta fianza, si el concesionario incumple cualquiera de sus obligaciones establecidas en la cláusula 12.2, entre otros. Sin embargo, no se puede advertir de las causales de Caducidad que haga alguna referencia al incumplimiento de la cláusula 7.5 o específicamente al incumplimiento de la obligación de “supervisar” la aplicación de las normas en los servicios que ofrezcan los terceros (empresas operadoras).
- No obstante, a nuestro parecer es necesario desarrollar el contenido de algunas cláusulas que se mencionan como causales de caducidad porque

pueden inducir a error como de aplicación para la supuesta obligación incumplida en nuestro caso, por lo que es necesario analizarlas.

**“20.1.7. Si el Concesionario incumple cualquiera de sus obligaciones establecidas en el numeral 12.2 de este Contrato”**

La cláusula 12.2 estipula la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la Línea Férrea a todo tercero que cumpla con las condiciones del Contrato y lo dispuesto en la norma aplicable, lo cual no se relaciona con el supuesto incumplimiento de FETRANSA en esta ocasión.

Expresamente se señala en esta cláusula que FETRANSA tiene la obligación de supervisar y controlar que el desarrollo de los Servicios de Transporte Ferroviario por parte de los operadores se desarrolle cumpliendo las disposiciones de seguridad ferroviaria establecidas en el Anexo N° 6, esto es siguiendo las normas establecidas en la United States Code of Federal Regulations, las disposiciones de la United States Federal Railroad Administration (FRA) Class II; y, no se puede advertir que se haga alguna mención alguna a las disposiciones de la American Association Railroad (AAR), por lo que FETRANSA supervisó que PerúRail estaba cumpliendo con las disposiciones FRA y al considerar que sus coches no eran nuevos determinó que no le era aplicable lo dispuesto en el artículo 451 del RGF, por lo que no hay incumplimiento a esta obligación.

Luego, tenemos la obligación de FETRANSA de no participar a través de sus socios, accionistas, etc, en más de un operador, lo cual no se relaciona con el supuesto incumplimiento detectado en este PAS.

Por este motivo consideramos que no existe algún incumplimiento de obligaciones en esta cláusula del Contrato que configure la Caducidad del mismo.

**“20.1.10. Si el Concesionario no cumple con mantener la Infraestructura Ferroviaria de acuerdo a los Estándares Técnicos exigidos en este Contrato (...)”**

Respecto a esta causal tenemos que de la misma forma que la causal anterior la obligación de FETRANSA es mantener su material tractivo y rodante, al igual que el equipo ferroviario, de acuerdo a las normas de seguridad estipulados en el Anexo N° 6 de este contrato. En este sentido, debemos advertir que estamos hablando de su propio material tractivo y rodante, situación que no es la advertida en el presente PAS, pues los materiales rodantes en este caso son los coches del operador PERURAIL; además, debemos tener en cuenta que no se relaciona al supuesto incumplimiento de la obligación de supervisar imputada a FETRANSA.

**“20.1.13. Si el Concesionario no cumple con prestar sus servicios de acuerdo a lo dispuesto en el presente Contrato y las Leyes Aplicables (...)”**

En esta causal debemos discernir que se refiere a los servicios que preste FETRANSA, siendo que el servicio de transporte de pasajeros no puede ser brindado por la Empresa Prestadora no cabría aplicarle los estipulado en las Leyes aplicables respecto a este servicio; por lo tanto, esta causal tampoco se relaciona al incumplimiento imputado a la Concesionaria en este caso.

- Por otro lado, en relación al requisito de que la infracción no califique como muy grave, tengamos en cuenta que al encontrarse el Compromiso de Cese dentro de un régimen sancionador como lo es el Reglamento de Infracciones y Sanciones, se debe entender que esta calificación de la infracción como mínimo debe estipularla el mencionado reglamento como leve, grave o muy grave; o, la puede calificar el propio régimen sancionador que estipule el Contrato de Concesión, recordemos que en aras de buscar un mayor grado de precisión de la conducta infractora y la consecuencia que corresponde al incumplimiento, se ha dispuesto que cada Contrato de Concesión pueda tener su propio régimen de infracciones y sanciones<sup>54</sup>, pero esto no es obligatorio.

De esta manera, se puede observar que el analizado Contrato de Concesión no cuenta con un Régimen de Infracciones y Sanciones, por lo cual es imperante que supletoriamente OSITRAN califique el incumplimiento según lo dispuesto en el RIS, sin embargo, lo que se hizo fue calificar dicha infracción en base a lo determinado en el Régimen de Penalidades por incumplimiento contractual, lo que no es lo mismo que un Régimen sancionatorio, tal como desarrollamos en nuestro problema 2, por lo que no podría aplicarse esta calificación para rechazar el Compromiso de Cese en el presente PAS.

En consecuencia, determinamos que se no debió rechazar la propuesta de Compromiso de Cese de parte de FETRANSA, debió evaluarse dicha propuesta pues en cuanto a la aplicación de RCAIST, consideramos que la obligación de FETRANSA de “supervisar” que los operadores cumplan con aplicar las normas respectivas no debe ser considerada como una “obligación sustantiva”. Asimismo, en aplicación del RIS, no se pudo determinar que el incumplimiento de la obligación de supervisar por parte de FETRANSA este estipulada dentro de una causal de Caducidad del Contrato; y, tampoco ha sido calificada dicha

---

<sup>54</sup> Visto en el apartado “e) Disposiciones Complementaria y transitorias” de la exposición de motivos de la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN.

infracción como muy grave por un Régimen sancionatorio como lo es el estipulado en el RIS o en el propio Contrato, el cual no cuenta con uno pero si cuenta con Régimen de penalidades que por ninguna circunstancia puede ser equivalente o pueda reemplazar a un Régimen de Infracciones y Sanciones.

Como conclusiones para este tercer problema hemos podido determinar que:

- a. En la RESOLUCIÓN 41 se está confundiendo las obligaciones que le correspondía cumplir a la Concesionaria y las obligaciones que le correspondían cumplir a la empresa operadora.
- b. En aplicación del RCAIST, la obligación de FETRANSA de “supervisar” el cumplimiento de las normas aplicables a los servicios que brindan las empresas operadoras no puede ser considerada como una obligación sustantiva; por lo tanto, no puede rechazarse el Compromiso de Cese propuesto por la Concesionaria, debiendo haberse evaluado la propuesta para luego poder determinarse si es que se llegaba a un acuerdo o no entre el Administrado y la Administración Pública.
- c. En aplicación del RIS, el incumplimiento de la obligación de “supervisar” de FETRANSA no constituye una causal de Caducidad del Contrato y tampoco está estipulada en ninguna de las que 15 causales que determina la cláusula 20.1 del Contrato. Tampoco se puede sostener que la calificación del incumplimiento como muy grave se pueda aplicar para rechazar el Compromiso de Cese, pues esta calificación ha sido dada en base a un Régimen de Penalidades mas no en base de un Régimen de Infracciones y Sanciones. Por estos motivos se sostiene que en aplicación del RIS también debió aceptarse y evaluarse el Compromiso de Cese.

## **VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES**

1. El Término de “Leyes Aplicables” tal como lo está entendiendo el Consejo Directivo en la RESOLUCIÓN 41 es inexacto, lo cual se debe en gran medida a que en el Contrato de Concesión dicho término está dotado de un alcance demasiado amplio, generándose así problemas a los involucrados. Por lo tanto, no se puede considerar dentro del grupo de “Leyes Aplicables” a cualquier decisión, orden o disposición pues estas normas no son leyes ni tienen un rango de ley, en todo caso se debió considerarse un término más exacto como el de “normas aplicables”.
2. Los coches que utilizó PerúRail para brindar el servicio de lujo “Hiram Bingham” no pueden ser considerados nuevos, pues la primera acepción de esta palabra hace referencia a un objeto que recién a sido fabricado,



por lo que siendo los coches de nuestro caso importados de Asia y habiendo sido utilizados en ese continente no tendrían esta condición. Asimismo, si la Administración quería separarse de las primeras acepciones o el significado más común del adjetivo nuevo, era necesario que sea específico y lo incluya en la propia norma o emita pronunciamientos vinculantes esclareciendo el significado al cual se remitiría.

3. Las disposiciones AAR no pueden ser consideradas dentro del grupo de “Leyes Aplicables” puesto que no han sido dictadas por una autoridad gubernamental peruana sino por un grupo comercial estadounidense. No obstante, esto no impide que el MTC las exijas como parámetro de cumplimiento de seguridad, pero necesariamente tienen que estipularse como obligación en una norma o en el propio Contrato de Concesión.
4. En este sentido, respecto al problema 1 hemos podido determinar que no es correcta la aplicación en este caso del artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, pues si bien es cierto sí pertenece al grupo de “Leyes Aplicables” para el servicio de transporte que ofrecen las empresas operadoras, esto no significa que la regla estipulada en el artículo 451 sea aplicable a este caso en concreto, pues los coches en controversia no podían ser considerados nuevos. Además, el MTC estaba haciendo cuestionamientos a las pruebas de suficiencia y seguridad en base a las disposiciones AAR, la cuales no eran exigibles al operador. En consecuencia, la empresa operadora PerúRail no habría incumplido con sus obligaciones ni FETRANSA habría incumplido con su labor de “supervisar” que se le exigía en la cláusula 7.5 del Contrato.
5. En el presente caso no se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad, pues en la normativa de la época se regulaba una imputación de responsabilidad objetiva. Sin embargo, sí se ha podido determinar una vulneración al Principio de Razonabilidad, puesto que OSITRAN no puede dejar de aplicar los criterios de graduación de la sanción, siendo la aplicación de estos obligatorio para la Administración.
6. Se ha aplicado erróneamente la figura de la subsanación voluntaria en este caso, pues el OSITRAN no ha respetado los requisitos que su propio reglamento estipula para que se configure la reducción de la sanción. De esta manera, se ha vulnerado el Principio de Legalidad del procedimiento administrativo ya que la autoridad administrativa no está respetando lo que su propio reglamento regula.
7. No es posible discutir e imponer penalidades a través de un procedimiento administrativo sancionador, el Consejo Directivo cae en un craso error al considerar que una penalidad es igual que una sanción pecuniaria. Con esta incorrecta aplicación del Régimen de Penalidades del Contrato en un PAS, se están vulnerando los principios generales del procedimiento de

Legalidad y Razonabilidad; asimismo, se vulneran los Principios de Tipicidad y Razonabilidad que rigen la potestad sancionadora del OSITRAN.

8. En conclusión, respecto al problema 2 se ha determinado que no se aplicaron correctamente ciertos Principios generales del procedimiento administrativo y los que rigen la potestad sancionadora. Esto se concretiza porque el Consejo Directivo reguló incorrectamente la figura de subsanación voluntaria como factor que reduce la sanción, tampoco se han aplicado los criterios de graduación de la sanción y por último se está imponiendo como sanción pecuniaria un monto que corresponde a penalidades contractuales. Todo esto tiene como consecuencia que el acto administrativo, la RESOLUCIÓN 41, no sea válida pues es contrario al ordenamiento jurídico administrativo de la época, adoleciendo de esta forma de vicios de nulidad por contravenir tanto la LPAG como los reglamentos RIS y RCAIST.
9. Se debió haber aplicado el RIS para regular el Compromiso de Cese, por lo tanto, el OSITRAN tenía que haber aceptado dicho compromiso y luego evaluar si es que se podía llegar a un acuerdo con FETRANSA en cuanto al cese o subsanación de la conducta infractora.
10. En aplicación del RCAITS, la obligación de FETRANSA de “supervisar” el cumplimiento de las normas aplicables a los servicios que brindan las empresas operadoras no puede ser considerada como una “obligación sustantiva”. Por otro lado, en aplicación del RIS, la obligación de la Concesionaria no constituye causal alguna de Caducidad del Contrato y tampoco se puede sostener que la calificación de su incumplimiento como muy grave sea correcto, pues es una calificación en base a un Régimen de penalidades mas no de Infracciones y Sanciones. Por estas razones, debió aceptarse y evaluarse el Compromiso de Cese presentado por FETRANSA.
11. En conclusión, en relación al problema 3 se ha determinado que el Compromiso de Cese presentado por el Concesionario no ha sido correctamente tratado en el transcurso del PAS, pues no se aplicó el reglamento correspondiente como lo es el RIS; y, tampoco se ha hecho un correcto análisis de los requisitos que exigía el reglamento y la condición y naturaleza tanto de la obligación como el de su incumplimiento

## **VII. BIBLIOGRAFÍA**

Baca Oneto, Víctor (2012). La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En Revista De Derecho

Administrativo (CDA), N°11, pp. 181-202. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553>

Bermúdez Soto, Jorge (1998). Elemento para definir las sanciones administrativas. En Revista Chilena de Derecho, N° especial, pp. 323-334.

Borda, C; Juárez, J y Gadwyn Sánchez (2016). Evaluación del régimen de penalidades en los contratos de Concesión de infraestructura de transporte de uso público. Universidad del Pacífico.

Cases Pallarés, Luis (1995). Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia. Editorial: Marcial Pons, Madrid, pp. 195 y 344.

Cassagne, Juan Carlos (2009). La discrecionalidad administrativa. En Foro Jurídico: N°9, pp. 82-91. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18518>

Chimoy Llontop y José Contreras Serrano (2022). Efectos de la aplicación de la subsanación voluntaria en la estrategia de cumplimiento normativo en SUNAFIL. Trabajo para optar al Grado de Magíster en Derecho Administrativo Económico.

Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, Reglamento Nacional de Ferrocarriles, de fecha 05 de enero de 2005.

Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, de fecha 25 de enero de 2019.

Diez-Picazo, Luis (1998). Concepto de Ley y tipos de Leyes ¿Existe una noción unitaria de Ley en la Constitución Española? En Revista española de Derecho Constitucional, N° 24, pp. 47-93.

Gómez, Hugo; Susan Isla y Gianfranco Mejía (2010). Apuntes sobre la graduación de sanciones por infracciones a las normas de protección al consumidor. En: Derecho & Sociedad, N° 34, pp. 134-146.

Guevara, M. (2016). Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.

Guzmán Napurí, Christianm (2010). “Las reformas al procedimiento administrativo sancionador provenientes del Decreto Legislativo N° 1029”. En: TORRES CARRASCO, MANUEL A (Dir.). Manual de actualización administrativa. 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima.

Guzmán Napurí, Christian (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima. Instituto Pacífico.

Herce Maza, José (2017). La Razonabilidad como Elemento de Control de la Discrecionalidad de la Administración Pública. En Anuario Jurídico Villanueva, N°11, pp. 245 a 270.

Herrera Guerra, Paul (2021). Definen alcances de principio de razonabilidad: Mecanismo sirve de interpretación y aplicación normativa para los actos de la administración. En Diario el Peruano. Visto en: <https://elperuano.pe/noticia/113659-definen-alcances-de-principio-de-razonabilidad>

Huapaya Tapia, R.; Sánchez, L.; y Alejos, Guzmán Ó. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo. Lima, Universidad de Piura - Palestra. pp. 581-604.

Izquierdo Carrasco, Manuel (2019). Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho Peruano. En “La Proyección del Derecho Administrativo Peruano”: Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho PUCP/ coord. Por Diego Zagarra. Palestra: Lima, pp.387 – 419.

Leal Vásquez, Brigitte (2016). Planificación, colaboración y autocontrol: nuevos instrumentos normativos para la administración fiscalizadora. En Revista de Derecho Público, Vol.83, pp.105-122.

Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, de fecha 11 de abril del 2001

Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, de fecha 21 de noviembre de 2012.

Lino Suarez, Ana (2019). La subsanación voluntaria como condición eximente de responsabilidad administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Trabajo académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho y Buen Gobierno.

Neyra Cruzado, César (2018). Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental”. En Derecho Pucp, N°80. Pp. 333-360.

Neyra Cruzado, César (2020). La subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos. En Derecho & Sociedad, N°54, pp.79-93.

Plata, Luis y Vladimir Monsalve. La interpretación contractual: estudio desde la jurisprudencia colombiana y la entrada en vigencia del nuevo estatuto de protección de los consumidores. Revista: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol.44, pp.17-46.

Real Academia de la Lengua Española. Visto en: <https://www.rae.es/desen/nuevo>

Resolución de Consejo Directivo N° 006-CD/OSITRAN, que aprueba el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, de fecha 20 de diciembre de 1999.

Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN, que aprueba la modificación del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, de fecha 20 de octubre de 2001.

Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, que aprueba el Reglamento de Infracciones y Sanciones, de fecha 26 de noviembre de 2003.

Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN, de fecha 20 de septiembre de 2004.

Revoredo de DeBakey, Delia (1978). La ley aplicable al contrato internacional entre particulares en el proyecto de título preliminar del código civil peruano. Derecho PUCP, N° 33, pp. 19-37. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197801.002>

Rodríguez-Arana, Jaime (2007). Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. En Círculo de Derecho Administrativo, N°3, pp.251-268.

Rodríguez, Mónica (2012). Ley aplicable al Contrato Internacional: La imperiosa necesidad de lograr su armonización legislativa en el MERCOSUR. Editorial Académica Española.

Rojas Montes, Verónica (2020). El principio de tipicidad y el principio de culpabilidad. ¿Qué son y cómo aplicarlos? IUS 360. Visto en: <https://ius360.com/segunda-parte-el-principio-de-tipicidad-y-el-principio-de-culpabilidad-que-son-y-como-aplicarlos-veronica-rojas/#:~:text=En%20diciembre%20del%202016%20se,de%20la%20potestad%20sancionadora%20administrativa.>

Santamaría Pastor, Principios de derecho administrativo, cit., p. 321; Cassagne, Derecho administrativo I, cit., p. 139. Visto en el “Manual del Procedimiento Administrativo General” del autor Cristian Guzmán Napurí: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2020/05/LPAG-comentada-2013-Guzm%C3%A1n-Per%C3%BA.pdf>

Sánchez Povis, Lucio (2020). La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. En IUS ET VERITAS, N°60, pp.38-64.

Terrones Jancco, Jhojan (2019). La desnaturalización en la aplicación e impugnación de penalidades contractuales en la ejecución de contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público por el OSITRAN.

Trabajo académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo.

Torres Sánchez, Tessy (2019). ¡Sálvese quien pueda! La elusión de la subsanación voluntaria como eximente de punición por parte de la administración. En Revista THEMIS, N°74, pp.91 -105.

Villafranca Florián, Cristhina (2022). Informe jurídico sobre la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2004-CD/OSITRAN. Trabajo de suficiencia profesional para optar por el título profesional de abogada.



# RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 041-2004-CD/OSITRAN

Lima, 20 de setiembre de 2004

**ENTIDAD PRESTADORA** : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (FETRANSA)  
**SECTOR** : INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA DE USO PÚBLICO  
**MATERIA** : Procedimiento Administrativo Sancionador por el incumplimiento de obligación al permitir la operación de coches sin la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
**EXPEDIENTE Nº** : 021-2003-GS-OSITRAN

**VISTO:** El Expediente Nº 021-2003-GS-OSITRAN y el Informe Nº 089-2004-GAL/OSITRAN de fecha 31 de agosto de 2004 que se pronuncia sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A., en adelante FETRANSA, en contra de la Resolución de Gerencia General Nº 039-2004-GG-OSITRAN que le impuso una sanción del 5% de los Ingresos Brutos del mes anterior por permitir la operación de coches sin autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones;

## CONSIDERANDO:

### I. ANTECEDENTES

1. Con carta Nº 147-GL-2003/FETRANS de fecha 10 de julio de 2003, FETRANSA comunicó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC el inicio de un servicio de pasajeros de lujo en la ruta Poroy-Machu Picchu-Poroy, previsto para el día 21 de agosto de 2003, para lo cual el operador PerúRail emplearía seis (06) vehículos de su propiedad.

Asimismo, señalan que no obstante que a dichos coches se les ha inspeccionado y practicado pruebas, encontrándoseles conforme a los estándares FRA, y con el objeto de ser adicionalmente cuidadosos en materia de seguridad, solicitan la designación de técnicos del Ministerio para la ejecución de las pruebas de suficiencia y seguridad.

2. Con oficio Nº 786-2003-MTC/14 de fecha 23 de julio de 2003, el MTC comunica a FETRANSA la designación del Ing. Alberto Mori Ito para que supervise las pruebas estáticas y dinámicas de suficiencia y seguridad a los seis (06) coches.
3. Mediante oficio Nº 872-2003-MTC/14 de fecha 14 de agosto de 2003 el MTC remite a FETRANSA el Informe del Ing. Alberto Mori Ito, sobre la evaluación a los seis (06) coches, recomendando que previa a la autorización del Sector para la puesta en servicio de los coches, PerúRail levante seis (06) observaciones entre las que se encontraba el problema de los ejes, en razón que:

*“...Los truques de los coches eran para trocha de 1000 mm. y se han convertido a trocha de 914 mm., efectuado corrimientos de las ruedas, sin cambiar los ejes, práctica que no es recomendable ya que el cubo de*



*la rueda queda sin contacto con el asiento del eje en aproximadamente 1"..."*

Adicionalmente, el MTC señala que PerúRail debe cumplir con lo establecido en el Artículo 449º del Reglamento General de Ferrocarriles y que dicho Operador tenga en cuenta lo señalado en los Artículos 132º y 141º del mencionado Reglamento.

4. El 29 de agosto de 2003 FETRANSA comunicó al MTC que en coordinación con PerúRail S.A. inaugurarían el servicio de pasajeros en la ruta Poroy-Machu Picchu-Poroy, denominado Hiram Bingham, según su carta s/n de fecha 18 de agosto de 2003.
5. A través del oficio N° 897-2003-MTC/14 de fecha 20 de agosto de 2003 el MTC comunicó a FETRANSA que había tomado conocimiento de las medidas correctivas para superar cinco (05) de las seis (06) observaciones.

Respecto de la observación sobre el desplazamiento practicado en las ruedas para adaptar los truques de trocha de 1000 mm. a 914 mm., reitera lo indicado en el oficio N° 872-2003-MTC/14 y señala que no es admisible la adaptación efectuada.

6. FETRANSA a través de su carta N° 180-GL-2003/FETRANS de fecha 27 de agosto de 2003 responde al MTC que conforme al contrato de concesión, la observación referida a la tolerancia admitida por la Association of American Railroad (AAR), no resulta aplicable a dicho servicio, por lo que difiriendo la norma a la que están obligados a cumplir de aquella que sustenta la observación efectuada, ésta no resulta exigible ni puede ser impedimento para el otorgamiento de la conformidad de los coches.
7. Mediante oficio N° 613-03-GS-O3-OSITRAN de fecha 11 de septiembre de 2003, OSITRAN solicita a FETRANSA remita lo actuado, y las autorizaciones emitidas por el MTC, respecto de los seis (06) coches destinados al servicio Hiram Bingham.
8. Mediante carta N° 204-GL-2003/FETRANS, del 17 de septiembre de 2003, FETRANSA comunica a OSITRAN lo actuado con el MTC, indicando que el MTC les solicita levantar la observación relativa al desplazamiento practicado en las ruedas de los coches.
9. Con oficio N° 994-2003-MTC/14 del 18 de septiembre de 2003, el MTC señala a FETRANSA que el Contrato les obliga a verificar que el material rodante en servicio en la línea férrea concesionada cumpla con la norma FRA; asimismo, le faculta a impedir el acceso a la línea férrea al Operador de Servicios de Transporte Ferroviario que desarrolle actividades o servicios de transporte que no cumplan con las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos previstos en el numeral 7.7 y en el Anexo 6.

Siendo el objetivo de dichas disposiciones salvaguardar las condiciones de seguridad en la prestación del servicio de transporte ferroviario, no pueden excluir la aplicación de otra disposición destinada al mismo fin, que cubra condiciones no previstas en las normas FRA, por lo que al involucrarse la seguridad de pasajeros y tripulantes de los trenes, y eventualmente de terceros, antes de otorgar la conformidad de ingreso al servicio a los mencionados coches, es necesario que la falta sea superada mediante la instalación de ejes ad hoc para la trocha de 914 mm. de ancho.

10. Con oficio N° 652-03-GS-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2003, OSITRAN comunica a FETRANSA que se ha tomado conocimiento de lo actuado con el MTC y le recuerda que como Concesionario no deberá permitir la circulación de los seis (06)

coches, mientras no cuenten con la autorización del MTC, según lo establecido en el Reglamento General de Ferrocarriles.

11. FETRANSA mediante carta N° 217-GL-2003/FETRANS de fecha 30 de septiembre de 2003 solicita al MTC la realización de una reunión con participación de OSITRAN para que PerúRail exponga los procedimientos aplicados por su área mecánica y propone que en caso de no llegarse a un acuerdo, se solicite la intervención de un Inspector FRA certificado.
12. Con oficio N° 1108-2003-MTC/14 de fecha 14 de octubre de 2003, el MTC señala a FETRANSA que la adaptación efectuada a la trocha de 914 mm. es contraria a las disposiciones técnicas sobre la materia, que la autorización para el ingreso de coches al servicio está regulada por el Art.451° del Reglamento General de Ferrocarriles, y no se encuentra circunscrita a los estándares FRA. Asimismo, que la situación descrita no está prevista en las regulaciones FRA, por ser anómala, hecho que motiva que la opinión de un Inspector FRA no sea pertinente.
13. Mediante carta N° 235-GL-2003/FETRANS del 15 de octubre de 2003, FETRANSA manifiesta al MTC, entre otros aspectos, que el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles no es aplicable a los coches del servicio Hiram Bingham, dado que no son nuevos, siendo el FRA la norma aplicable. Por tal razón solicitan una opinión dirimente de un inspector FRA o similar.
14. El MTC, mediante oficio N° 1153-2003-MTC/14 de fecha 27 de octubre de 2003, remite a FETRANSA el Informe N° 066-2003-MTC/14.05.FGF, en el que se evalúa los temas planteados por el Concesionario relacionados con la no aplicabilidad del artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, los exámenes de suficiencia y seguridad que los seis (06) coches han pasado, la aplicación de las disposiciones AAR y la responsabilidad del Concesionario referida a la seguridad integral de la operación dentro de la concesión.
15. El 27 de octubre de 2003, con Oficio N° 1159-2003-MTC/14 el MTC comunicó a PerúRail el procedimiento incorrecto empleado para adaptar los bogies a la trocha de 914 mm, lo que devenía en falta de seguridad, responsabilidad que era inherente al Operador Ferroviario, por lo que señaló la necesidad de instalar ejes para trocha de 914 mm en los referidos coches como requisito para obtener la autorización de ingreso al servicio.
16. El MTC mediante el Oficio N° 1183-2003-MTC/14, del 30 de octubre de 2003, puso en conocimiento de OSITRAN todo lo actuado con FETRANSA respecto de los coches para el servicio Hiram Bingham.
17. Con Informe N° 313-03-GS-O3-OSITRAN de fecha 26 de noviembre de 2003 el Supervisor de Operaciones recomendó a la Gerencia de Supervisión el inicio del proceso administrativo sancionador contra FETRANSA por incumplir lo establecido en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión, al haber permitido la operación de coches en el Ferrocarril del Sur Oriente sin tener la autorización del MTC.
18. El 28 de noviembre de 2003, según memorando N° 192-03-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión remitió al Supervisor Administrativo copia del Informe N° 313-03-GS-O3-OSITRAN con la finalidad de que se evalúe la pertinencia de iniciar el procedimiento administrativo sancionador.
19. Con Nota N° 009-2004-GS-A3-OSITRAN de fecha 26 de enero 2004, el Supervisor Administrativo remite a la Gerencia de Supervisión el proyecto de oficio de notificación a FETRANSA que inicia el procedimiento administrativo sancionador.

20. Mediante Oficio N° 084-04-GS-A3-OSITRAN del 27 de enero de 2004, se inició el procedimiento administrativo sancionador que establece el artículo 66° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN.

Teniendo como base el Informe N° 313-03-GS-O3-OSITRAN, se le notificó a FETRANSA que:

- a) Incumplió lo establecido el numeral 7.5 del Contrato de Concesión y el Art. 451° del Reglamento General de Ferrocarriles-RGF, al haber permitido que la empresa PerúRail S.A. opere los coches asignados al servicio Hiram Bingham sin autorización del MTC.
  - b) Dicha conducta está tipificada en el Régimen de Penalidades aplicable a los incumplimientos contractuales del Concesionario contenido en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, calificando la infracción como muy grave.
  - c) Conforme al referido Régimen de Penalidades, la sanción que correspondería sería equivalente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa.
21. El 12 de febrero de 2004 se recibe la comunicación que contiene los descargos que presenta FETRANSA a la referida notificación, en los cuales se menciona lo siguiente:

- a) Los seis (06) coches destinados a la prestación del servicio Hiram Bingham no son coches nuevos sino coches que fueron usados con mucho éxito en un servicio de lujo en el Asia.

Conforme a ello y no habiéndose incluido en el servicio ningún coche de pasajeros nuevo, es claro que no se ha dado el supuesto del Artículo 451° del RGF.

- b) La interpretación que el MTC efectúa al Artículo 451° del RGF no es acertada, por cuanto trata de ampliar su aplicación a un supuesto para el cual entienden que no está dirigido. Como bien menciona la referencia empleada por el MTC, correspondiente al Diccionario de la Real Academia Española, "Nuevo" significa recién hecho o fabricado, siendo comprensible que para esos casos sea necesario la ejecución de pruebas de suficiencia y seguridad.

Conforme a ello, es claro que tratándose de vehículos que no son nuevos no es necesario la realización de dichas pruebas.

- c) El Sr. John Wright, Asesor del MTC realiza un estudio completo y señala en su informe final lo siguiente: *".. el que suscribe es de la opinión que los coches en cuestión podrían seguir en servicio durante el año 2004 sin riesgo aparente de ocurrir un accidente directamente causado por el aflojamiento de una de sus ruedas de su asiento de eje..."*
- d) Mediante oficios N° 137-2004-MTC/14 y N° 138-2004-MTC/14, el MTC plantea a FETRANSA y a PerúRail lo siguiente: *"... la conveniencia de efectuar dos tipos de prueba destinadas a conocer si la fuerza de compresión rueda/eje es mayor o igual al valor mínimo establecido en la norma AAR y como consecuencia de ello, si la operación de los coches en las condiciones actuales puede ser segura hasta que se instalen los ejes especiales para la trocha de 914 mm ya adquiridos por PerúRail S.A. ..."*

- e) La observación efectuada por el MTC no es exigible, por cuanto ella supuestamente se ampara en la aplicación de reglas (disposiciones de la Association of American Railroad - AAR) a las cuales, de acuerdo al Contrato de Concesión, no están sujetos.

Como Concesionarios están obligados a cumplir las normas de seguridad ferroviaria que se detallan en el numeral 7.7 de la cláusula séptima y en el Anexo N° 6 del Contrato, las cuales corresponden a los estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II. Conforme a ello están obligados a exigir a cualquier operador ferroviario el cumplimiento de dichas normas y estándares, conforme a lo previsto en el numeral 7.5 del Contrato.

- f) PerúRail S.A. ha efectuado las órdenes de compra correspondientes a los ejes que deben cambiarse, los mismos que serán entregados en marzo de 2004.
  - g) De acuerdo a lo expuesto en el artículo 4° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, OSITRAN deberá aplicar los principios especiales a los que alude el Art. 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ello con el objeto de considerar la razonabilidad en los argumentos expuestos y que se relacionan con que el MTC ha incurrido en un error al efectuar la observación sobre los coches utilizados en el servicio Hiram Bingham, lo cual se ve acreditado con los oficios N° 137-2004-MTC/14 y N° 138-2004-MTC/14.
  - h) FETRANSA ha dado estricto cumplimiento a todas las leyes aplicables, además de las disposiciones previstas en el Contrato; habiendo exigido el cumplimiento de las mismas al operador ferroviario PerúRail.
22. Mediante Nota N° 033-04-GS-A3-OSITRAN de fecha 26 de febrero de 2004, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General el Informe N° 059-04-GS-A2-OSITRAN, el mismo que recomienda no aceptar la suscripción del Compromiso de Cese propuesto por FETRANSA.
23. Con oficio N° 103-04-GG-OSITRAN de fecha 11 de marzo 2004, OSITRAN notifica a FETRANSA la no aceptación del Compromiso de Cese invocado.
24. Mediante carta s/n de fecha 16 de marzo de 2004, FETRANSA interpone Recurso de Reconsideración contra el oficio N° 103-04-GG-OSITRAN.

En este documento, entre otros, adjunta una copia del Acta Notarial suscrito por los representantes de FETRANSA, PerúRail y el MTC, mediante la cual los concurrentes dejan constancia de los resultados obtenidos a las pruebas efectuadas para determinar si la operación de los coches, en las condiciones actuales, puede ser segura mientras se instalen los ejes especiales para la trocha de 914 mm.

25. El 01 de abril del 2004, OSITRAN mediante oficio N° 141-04-GG-OSITRAN, se remite a FETRANSA la Resolución de Gerencia General N° 013-2004-GG-OSITRAN, mediante la cual se declara No Ha Lugar la interposición del Recurso de Reconsideración presentado.
26. Con Nota N° 060-2004-GS-A3-OSITRAN de fecha 19 de abril de 2004 se remite a la Gerencia General el Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN y el proyecto de Resolución en el que se concluye imponer como sanción una multa de 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa.

27. Mediante oficio N° 235-04-GG-OSITRAN del 17 de mayo de 2004 se notifica a FETRANSA la Resolución de la Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN recaída en el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN por incumplimiento de obligación al permitir la operación de coches sin autorización del MTC.

En dicha Resolución se resuelve lo siguiente:

**“PRIMERO:** Declarar que la Entidad Prestadora Ferrocarril Transandino S.A. incumplió, con la obligación contenida en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión y el Art. 451º del Reglamento General de Ferrocarriles.

**SEGUNDO:** Disponer una sanción equivalente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa.

**TERCERO:** Notificar la presente resolución y el Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN a la Entidad Prestadora Ferrocarril Transandino S.A”.

**CUARTO:** Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN”.

28. Con carta s/n de fecha 21 de mayo 2004, FETRANSA señala que el oficio N° 235-04-GG-OSITRAN del 17 de mayo de 2004, mediante el cual se notifica a FETRANSA la Resolución de la Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN, no cumple con el requisito de validez, al no haberse incluido su motivación.
29. El 25 de mayo de 2004, mediante oficio N° 264-04-GG-OSITRAN, se remite a FETRANSA el Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN.
30. Mediante escrito presentado el 16 de junio del presente año, FETRANSA interpone recurso de reconsideración en contra del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN y en contra de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN. Según se desprende de dicho escrito, FETRANSA sustenta el recurso de reconsideración interpuesto a través de los siguientes argumentos:
- a) Respecto del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, el concesionario señala que:
- Se ha incurrido en un vicio de nulidad al aplicarse el Reglamento de Infracciones y Sanciones derogado (Resolución de Consejo Directivo N°029-2001-CD-OSITRAN), en lugar del actualmente vigente y aplicable al caso (Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN).
  - El compromiso de cese es procedente en la medida en que: (i) FETRANSA no ha incurrido en incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual; (ii) el Ministerio de Transportes y Comunicaciones –en adelante MTC- incurrió en error al efectuar las observaciones formuladas; y, (iii) que en la actualidad, pese a no estar obligado a ello, el operador ferroviario ha adquirido los ejes y viene efectuando los cambios sugeridos, proceso que cuenta con el visto bueno de los representantes del MTC.
- b) Respecto de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN, señala que:
- No han incumplido su deber de supervisión respecto del Artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles en la medida en que: (i) solamente están obligados al cumplimiento de las normas FRA y no respecto de las normas AAR; (ii) actualmente, además de las normas FRA, han cumplido con las normas AAR

pese a no estar obligados a ello, (iii) se ratifican en que el artículo 451 no les es de aplicación por no tratarse de coches “nuevos”; (iv) el artículo 451 es una disposición cuyo cumplimiento no está a cargo de FETRANSA por no ser los adquirentes de los coches ni quienes pondrían el servicio en operación; y, (v) se ratifican en considerar errada la recomendación del MTC sobre el cambio de ejes por no existir riesgo alguno en la conversión efectuada.

- No existe base legal (ni contractual) que exija o establezca como obligatorio el cumplimiento de los estándares AAR.
- No es cierto que no se haya supervisado que el operador haya cumplido con realizar las pruebas de suficiencia y seguridad con anterioridad a la prestación del servicio. Señala que ha cumplido con la supervisión de todas las medidas de seguridad bajo los estándares que le son aplicables en su condición de empresa concesionaria.
- No se ha aplicado el principio de razonabilidad –en adición a los criterios de proporcionalidad contenidos en el Anexo 9 del Contrato de Concesión- en la evaluación de hechos y descargos materia del presente procedimiento, incumpliendo así lo establecido en el inciso 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Señalan que tal situación ha dado como resultado la excesiva multa que se les ha impuesto.
- Se ha incurrido en un vicio de nulidad al incumplir lo establecido por el inciso 4 del artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en relación con la falta de motivación respecto de la calificación del incumplimiento como muy grave. Conjuntamente con la falta de motivación sobre la gravedad de la infracción, señalan que los hechos considerados como incumplimiento no encuadran dentro de los supuestos del Anexo 9 del Contrato de Concesión que permiten establecer esta calificación.

31. FETRANSA ha adjuntado a su recurso de reconsideración dos nueva pruebas documentales: (i) copia del Acta de inspección de los trabajos del montaje de las ruedas en los coches Hiram Bingham de fecha 11 de junio de 2004, en la que han participado los representantes del MTC, FETRANSA y PerúRail; y, (ii) copia del Informe N° 036-2004-MTC/14.05.03 del 14 de junio 2004.

32. En la mencionada Acta de Inspección de los trabajos de montaje, se señala que los representantes del MTC, FETRANSA y PerúRail constataron por una inspección ocular que los ejes y ruedas utilizadas en el montaje y las que serán utilizadas para los coches 9004 y 9006 son nuevos ya que se encuentran sin señas de uso. Las ruedas que aún no están torneadas y tienen las mismas características que las utilizadas en dicho acto de montaje están embaladas con la etiqueta del fabricante.

Asimismo, en presencia de los representantes mencionados se montó el tercer eje de la unidad 9004, los mismos que dejaron constancia que los resultados obtenidos en el montaje de ambas ruedas en el eje han sido satisfactorios y de acuerdo a las normas técnicas.

33. Respecto, al referido Informe N° 003-2004-MTC, elaborado por el Ing. Raúl Liao R. de la Dirección de Fiscalización Vial, en el mismo se concluye que en la inspección realizada en los talleres de Arequipa se les informó y se constató lo siguiente:

- a) Se informó que se habían culminado con los trabajos de montaje de las ruedas, en los ejes del coche 9002.

- b) Se informó que se habían culminado con los trabajos de montaje de las ruedas, en los ejes del coche 9003.
  - c) Se verificó el torneado de las ruedas y montaje del tercer eje del coche 9004. Se informó que el cuarto eje estaría listo para el 12.06.04.
  - d) Se constató que los ejes y ruedas son nuevos y cuentan con la cantidad correspondiente a los coches para los que serán destinados.
  - e) Se constató que los trabajos se desarrollaron de acuerdo a las normas técnicas, instalándose las ruedas en los ejes a una presión de 98 Ton. y a la distancia adecuada a la trocha de 914 mm.
  - f) Finalmente, se calcula que durante el mes de julio del presente año, debieran encontrarse instalados la totalidad de ejes en los coches de la serie 9000.
34. Mediante escrito presentado el 16 de julio del presente año la empresa concesionaria remite el Oficio N° 606-2004-MTC/14 de 16 de junio de 2004 mediante el cual el Director General de Caminos y Ferrocarriles autoriza la puesta en servicio del coche 9002; y el Oficio N° 692-2004-MTC/14 del 12 de julio del presente año, mediante el cual la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC comunica a la Gerencia General de PerúRail S.A. que, como producto de la inspección realizada el 1 de julio del presente año realizada en la ciudad del Cuzco, se ha verificado que los Coches 9003, 9004 y 9006 han cumplido con las pruebas de suficiencia y seguridad, autorizándose su puesta en servicio.
35. Mediante Oficio N° 353-04-GG-OSITRAN de fecha 19 de julio de 2004 se notifica a FETRANSA la Resolución de Gerencia General N° 039-2004-GG-OSITRAN la misma que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por FETRANSA.

En dicha resolución se resuelve lo siguiente:

**PRIMERO:** Declarar infundado el recurso de reconsideración de fecha 16 de junio de 2004 interpuesto por la Entidad Prestadora Ferrocarril Transandino S.A. en contra del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN y en contra de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN.

**SEGUNDO:** Notificar a Ferrocarril Transandino S.A. la presente Resolución.

**TERCERO:** Poner la presente Resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

36. Con fecha 16 de julio de 2004, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones remitió a OSITRAN vía fax, el Informe N° 017-2004-MTC/14.05.05 de fecha 20 de abril de 2004 que se pronuncia sobre la solicitud de PerúRail S.A. a efectos de que se otorgue la conformidad del MTC para usar sus vehículos de la serie 9000 hasta que queden instalados los ejes adquiridos;
37. Mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2004, FETRANSA interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 039-2004-GG-OSITRAN, a fin que el Consejo Directivo revoque o, en su defecto modifique la sanción impuesta a través de la Resolución de Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN y asimismo deduce la nulidad de los actuados, sustentando su petitorio en los siguientes argumentos:
- a) FETRANSA no está obligado a supervisar que los operadores cumplan con lo dispuesto por el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles a efectos de permitirles su ingreso a la vía férrea sino que su obligación de supervisión se contrae exclusivamente a lo señalado en el numeral 7.7 del Contrato de Concesión, lo que ha sido cumplido por el Concesionario.

Sin perjuicio de lo expuesto, FETRANSA señala que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones interpreta incorrectamente lo dispuesto por el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles;

- b) No le son aplicables las disposiciones de la Association of American Railroad (AAR) de acuerdo al Contrato de Concesión;
- c) No se le ha aplicado el principio de razonabilidad al momento de imponer la sanción;
- d) La resolución que impuso la sanción incurrió en vicio de nulidad al no cumplir con fundamentar en virtud de qué consideraciones califica la supuesta infracción como grave, precisando que el referido defecto no ha sido subsanado;
- e) La resolución apelada incurrió en vicio de nulidad al pronunciarse sobre la no aceptación del compromiso de cese pues no tiene en consideración que la decisión de no aceptarlo se basó en normas derogadas; y,
- f) No se le ha otorgado el plazo de 5 días para formular sus descargos sino sólo 3, lo que no se ajusta a lo dispuesto por el Reglamento de Infracciones y Sanciones.

Asimismo, solicita se le conceda el uso de la palabra para informar oralmente;

- 38. Por Oficio N° 005-04-SCD-OSITRAN de fecha 25 de agosto de 2004, se notifica a FETRANS que el Consejo Directivo le el uso de la palabra para que informe oralmente en la Sesión N° 149-2004-CD de fecha 07 de septiembre de 2004 a las 10:30 horas;
- 39. Con fecha 26 de marzo de 2004, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones remitió a OSITRAN via mensaje de correo electrónico:
  - a) La Carta N° 05-GL-2004/PERURAIL de fecha 22 de marzo de 2004 por la que PERURAIL solicitó al referido Ministerio, el otorgamiento de la conformidad al uso de los coches hasta que se produzca el cambio de los ejes; y,
  - b) El Oficio N° 416-2004-MTC/14 de fecha 30 de abril de 2004<sup>1</sup> por el que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones da respuesta a la Carta N° 05-GL-2004/PERURAIL señalando que no es procedente el otorgamiento de conformidad solicitado en virtud a lo dispuesto en el Informe N° 017-2004-MTC/14.05.03.
- 40. Con fecha 1° de septiembre de 2004 se remitió a FETRANS el Oficio N° 006-04-SCD-OSITRAN por el que el Consejo Directivo de OSITRAN, le comunicó que a efectos de resolver la apelación, tomaría en consideración los siguientes documentos:
  - a) El Informe N° 017-2004-MTC/14.05.05;
  - b) La Carta N° 05-GL-2004/PERURAIL; y,
  - c) El Oficio N° 416-2004-MTC/14.
- 41. Con fecha 7 de septiembre de 2004 el Gerente Legal de FETRANSA, el señor Raúl Galdo y el Ingeniero John Wright informaron oralmente y la Gerente General de PerúRail S.A., la señora Yasmin Martín presentó un video ante los miembros del

---

<sup>1</sup> Conforme a los registros del MTC, dicha carta fue remitida en la fecha a PERURAIL S.A.



Consejo Directivo en su Sesión N° 149-2004-CD, demostrando que no se había puesto en riesgo la vida de las personas ni del material de la infraestructura de la concesión.

## II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN:

41. El artículo 72° del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN establece que el recurso de apelación se interpone ante la misma instancia que emitió la resolución recurrida, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que se pretende impugnar;
42. La Resolución de la Gerencia General N° 039-2004-GG-OSITRAN fue notificada a FETRANSA con fecha 21 de julio de 2004 a través del Oficio N° 353-04-GG-OSITRAN de fecha 19 de julio de 2004. En ese sentido, FETRANSA tenía hasta el 16 de agosto de 2004 para interponer el recurso impugnativo que estimase conveniente;
43. En el presente caso, FETRANSA interpuso el recurso de reconsideración el día 13 de agosto de 2004 dentro del plazo legalmente y por lo tanto debe ser admitido, correspondiendo realizar la evaluación de fondo del recurso;

## III. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

### 1. Incumplimiento de la obligación de supervisar que los operadores cumplan con lo dispuesto por el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles

#### 1.1. FETRANSA no tiene que supervisar el cumplimiento del artículo 451 del Reglamento:

44. FETRANSA señala que no es su obligación el supervisar que los operadores cumplan con lo dispuesto en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles por lo que el hecho que no haya impedido que PerúRail acceda a la línea férrea al no contar con la autorización a que se contrae el referido artículo no constituye incumplimiento del Contrato de Concesión;
45. Sustenta su afirmación en el hecho que su obligación de supervisión respecto a los operadores ferroviarios, está consignada expresamente en cláusula 7.7 del Contrato de Concesión, en cuyo octavo párrafo se establece lo siguiente:

*“El Concesionario también está obligado a verificar que las actividades o servicios de transporte ferroviario o material rodante que los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario desarrollen o utilicen cumplan con las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos exigidos en este numeral y en el Anexo N° 6 de este Contrato ...”.*

46. Al respecto, debe tenerse presente que lo que se ha imputado a FETRANSA es el incumplimiento del numeral 7.5 (y no del 7.7) del Contrato de Concesión que señala a la letra:

*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.*

47. Asimismo, el Contrato de Concesión establece lo siguiente:

## **CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN**

1.1. Definiciones: Para los fines del presente Contrato, las Partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado:

(...)

**Leyes Aplicables:** significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.

(...)

**Servicios de Transporte Ferroviario:** significará los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea (...).

48. De las cláusulas transcritas se desprende que:

- a) FETRANSA tiene la obligación de supervisar que un tercero como PerúRail que presta el “Servicios de Transporte Ferroviario” (transporte de pasajeros) cumpla con las “Leyes Aplicables”; y,
- b) El Reglamento General de Ferrocarriles, y en particular el artículo 451° del referido cuerpo legal constituye una “Ley Aplicable”.

49. Es así que en atención a que FETRANSA permitió el acceso a la vía por parte de PerúRail sin que éste cuente con la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones conforme a lo dispuesto por el Reglamento General de Ferrocarriles, FETRANSA ha incurrido en incumplimiento de la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión;

50. Sin perjuicio de la claridad del texto contenido en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión, es importante señalar que existen numerosas referencias en el Contrato de Concesión que refuerzan la conclusión de que la empresa concesionaria ha incurrido, en el presente caso, en incumplimiento de sus obligaciones. Entre ellas podemos señalar las siguientes:

- a) En el punto (vii) de la cláusula 7.3 del Contrato de Concesión se señala lo siguiente:

7.3. Contratos con Operadores. (...)

Los contratos de ingreso a la Línea Férrea deberán contener, al menos, las siguientes estipulaciones:

- (vii) La obligación del Operador del Servicio de Transporte Ferroviario de mantener el Material Tractivo y el Material Rodante ... en forma que sean aptos para la operación ferroviaria, de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y estándares Técnicos establecidos en el numeral 7.7 y en el Anexo 6, las que obligatoriamente deberán serles proporcionada por el Concesionario, y en la Leyes Aplicables. Esta obligación incluye, pero no se limita, a la de alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II ... (el subrayado es nuestro)

- b) En el primer párrafo de la cláusula 7.7 - que la empresa concesionaria utiliza como argumento para exonerarse de responsabilidad en el presente procedimiento - se señala que el Concesionario está obligado “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” (el subrayado es nuestro).
- c) En el punto (i) de la cláusula 7.8 (Interconexión de Líneas Férreas) se señala que “... El Concesionario está obligado a permitir el ingreso, a cualquiera de las líneas férreas siempre y cuando cumplan con las disposiciones del numeral 12.2, Normas Técnicas y Seguridad de Estándares Técnicos exigidos por el Contrato y con las demás disposiciones pertinentes de este Contrato y las Leyes Aplicables...” (el subrayado es nuestro)
- d) En el cuarto párrafo de la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión se establece que *“En caso existiera diferencias entre los niveles de exigencia del Contrato y en las Leyes Aplicables, el Concesionario está obligado a cumplir con el mayor de ellos, siempre y cuando ello no resulte en un incumplimiento de este Contrato o de las Leyes Aplicables...”*
51. En conclusión, queda pues en evidencia que, en el caso materia de análisis, el Concesionario se encontraba obligado, de acuerdo a lo establecido por la cláusula 7.5, a supervisar el cumplimiento por parte del operador de la obligación contenida en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles;

### **1.2. Los coches no eran nuevos y el cumplimiento del artículo 451° del Reglamento le es exigible a PerúRail y no a FETRANSA:**

52. FETRANSA asimismo, sustenta su apelación en el hecho que los coches no son nuevos y en consecuencia no resulta aplicable el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles y en que, en todo caso, la obligación contenida en el referido artículo no le es exigible a FETRANSA sino al propietario de los coches, es decir, a PerúRail;
53. En cuanto a lo señalado en relación a que los Coches no son nuevos, debe precisarse que con el término “nuevos” contenido en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, el referido Reglamento se refiere a los coches que son nuevos en relación a la vía en la que operarán.

Evidentemente, los coches que viene operando Perú Rail para el servicio Hiram Bingham se encuentran bajo el ámbito de dicha norma, a pesar de ser usados y haber operado en otro país, pues son nuevos en el sentido en que recién se han incorporado al parque rodante del Perú de donde se infiere la necesidad de aprobación de todos los coches;

54. En relación al argumento en el sentido que no es exigible a FETRANSA el cumplimiento del artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, debe precisarse que el incumplimiento imputado a FETRANSA está directamente contemplado en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión que obliga a FETRANSA a supervisar el cumplimiento de las “Leyes Aplicables” (entre ellas el referido artículo 451°) por lo que igualmente deben desestimarse los argumentos de FETRANSA en este punto;

### **1.3. Se ha cumplido con el cambio de los ejes de los coches:**

55. En cuanto a este acápite, FETRANSA señala que en todo caso, y sin perjuicio de que no considera aplicables los estándares de la AAR, ha cumplido con implementar totalmente el cambio de los ejes de los coches;
56. Al respecto, debe señalarse que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, aplicable supletoriamente al presente caso<sup>2</sup>, en atención a que la infracción fue cometida durante su vigencia, señala a la letra que:

**Artículo 46A.-No convalidación y obligación de cese.**<sup>3</sup>

*(...) El cese en la verificación de la infracción no sustrae la materia sancionable.*

57. Asimismo, es importante señalar que la referida norma ha sido consagrada con el mismo texto en el artículo 8° del Reglamento de Infracciones y Sanciones vigente;
58. Es así que el hecho que PerúRail S.A. haya obtenido las autorizaciones para la operación de los coches de la serie 9000 no sustrae la materia sancionable, es decir, no impide a OSITRAN imponer la sanción correspondiente, al no contar con la previa autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para efectos de iniciar la operación con los mismos;

**2. Inaplicabilidad de las disposiciones de la Association of American Railroad (AAR) de acuerdo al Contrato de Concesión:**

**2.1. Inaplicabilidad de las disposiciones de la AAR:**

59. FETRANSA señala que no le resultan aplicables las disposiciones de la AAR en atención a que las mismas no están establecidas ni por el Contrato de Concesión ni por ninguna Ley Aplicable conforme lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 006-91-ICTI;
60. Al respecto, debemos precisar que consideramos adecuado lo señalado en el último párrafo del numeral 4.2 , del Sub-acápite “B. Delimitación de la materia a evaluar en el presente informe” del Acápite “2. ANALISIS” de la Resolución N° 039-2004-GG/OSITRAN, que excluye la referida materia de discusión del presente caso, pues no se encuentra orientado a evaluar si FETRANSA incumplió la obligación contenida en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión;
61. Asimismo, en opinión del Consejo Directivo, la determinación de los criterios que informan la decisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para conceder la autorización a los operadores de transporte ferroviario, es de su exclusiva competencia y no corresponde que OSITRAN cuestione los criterios técnicos en los que se basa la misma;
62. En todo caso, los solicitantes de las autorizaciones tienen franqueados los medios legales para cuestionar las decisiones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones relativos a las mismas;

---

<sup>2</sup> El referido Reglamento señala a la letra que:

**Artículo 3°.- 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 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.*

<sup>3</sup> Artículo incorporado por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2001-CD/OSITRAN.

63. Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse presente que cuando FETRANSA celebró el Contrato de Concesión se sometió a un régimen especial de sujeción en relación al Estado<sup>4</sup>, con reglas que son más estrictas (y en algunos casos más gravosas) que las que rigen a los administrados en general y una de ellas deriva de la definición de “Leyes Aplicables” que conforme a la definición del Contrato de Concesión puede estar constituida no sólo por leyes, reglamentos, decretos, normas o resoluciones sino inclusive por cualquier “*decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental*” (Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión);
64. En consecuencia, y sin perjuicio de que en nuestra opinión, OSITRAN no es competente para pronunciarse sobre la aplicabilidad o no del estándar de la AAR por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones al aplicar el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, consideramos que el presente cuestionamiento pierde contundencia en atención a la relación de sujeción especial a la que se encuentra afectado el Concesionario;

## **2.2. Verificación por FETRANSA de la suficiencia y seguridad de los coches de la serie 9000:**

65. Por otro lado, FETRANSA señala que en estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales ha verificado y practicado de manera directa las pruebas de suficiencia y seguridad a los coches de la serie 9000, y que ellos conjuntamente con el operador son los principales interesados en garantizar la seguridad e idoneidad de los mismos;
66. Al respecto, debemos señalar que es en última instancia administrativa al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a quien le corresponde conceder la autorización y no a FETRANSA, por lo que la capacidad, diligencia o incentivos que pueda tener esta última para garantizar la seguridad e idoneidad de los coches de la serie 9000 en nada afecta su situación de incumplimiento;

## **3. No se ha aplicado el principio de razonabilidad al imponer la sanción:**

### **3.1. Inaplicación del principio de razonabilidad:**

67. Sobre este aspecto, la empresa concesionaria afirma que no se ha aplicado el principio de razonabilidad establecido por el inciso 3 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

---

<sup>4</sup> El tratadista Juan Carlos Morón Urbina, explica en qué consiste la relación especial de sujeción con motivo de su comentario al artículo 229° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en los siguientes términos:

*“La Ley ha incorporado mediante una tímida cláusula la doctrina que distingue a efectos de la potestad sancionadora entre las relaciones de sujeción general y las relaciones de sujeción especial, como dos modos gradualmente diferentes como revinculan los administrados con las entidades. Conforme a esta doctrina, los administrados se vinculan con las entidades en uno de dos escenarios.*

*Cuando un administrado se halla en la relación de sujeción general, que es la regla común, se encuentra ejerciendo plenamente su libertad de actuación, y se vincula excepcionalmente a determinados deberes generales de cumplimiento y al poder de policía de la Administración, que limitan estado de libertad individual y de acción. (Ejm. Situación de los mercados regulados, mercado financiero, etc.).*

*Como se puede entender fácilmente en este escenario, son aplicables íntegramente las reglas de garantía y procedimientos de garantía, en resguardo de la libertad individual y derechos adquiridos. Es el modelo general.*

*Cuando un administrado se halla en una relación de sujeción especial, el administrado debe soportar niveles más intensos de intervención administrativa por cuanto estamos en ámbitos que son ordenados por la Administración y su ius punendi, que sin este privilegio sería imposible organizarlos.”*

A continuación precisa que uno de los supuestos en que se presenta esta relación de sujeción especial es el de los concesionarios de servicios públicos. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: 2001, Gaceta Jurídica. 1ª edición. Pp. 508-509.

68. En relación con la aplicación del principio de razonabilidad<sup>5</sup>, es necesario tener en consideración que éste representa un elemento que busca que las sanciones administrativas, de una parte, sean lo suficientemente severas como para desincentivar la comisión de actos ilícitos y, de otra, que se incorporen una serie de criterios en la evaluación del monto a imponer en calidad de sanción (intencionalidad, perjuicio, reincidencia y otras circunstancias del caso);
69. Sin embargo, el principio de razonabilidad supone que la autoridad administrativa cuenta con un ámbito de discrecionalidad determinado dentro del cual aplicar los citados elementos. En el ámbito administrativo sancionador tal situación no siempre está presente; por ejemplo, si un conductor cruza una calle con el semáforo en rojo, la sanción aplicable está claramente definida en las leyes y reglamentos, no debiéndose aplicar la citada razonabilidad sobre la base de circunstancias como que “no venía nadie por la calle” o “que era muy tarde en la noche/madrugada”. En tales casos, simplemente, las normas no permiten la discrecionalidad y por lo tanto dicho principio no es de aplicación;
70. Similar situación se verifica cuando existiendo ámbitos de discrecionalidad, la propia norma establece criterios específicos para calificar la infracción. En tal sentido, por ejemplo, si una persona comete una infracción y encuadra en un criterio que, según las normas, determina que la infracción sea calificada como “muy grave”, la autoridad no podrá calificarla de otra manera y, en todo caso, si la norma correspondiente ha fijado un rango de sanciones para ese nivel de infracción, la autoridad podrá aplicar dicho principio para graduar la sanción dentro del rango correspondiente;
71. En el presente caso, debe tenerse presente que el régimen sancionatorio contenido en el Anexo 9 del Contrato de Concesión ha sido diseñado de tal manera que el Regulador tiene fundamentalmente dos ámbitos de decisión luego de verificar el incumplimiento contractual correspondiente: el nivel de gravedad del incumplimiento y la sanción aplicable;
72. En el ámbito de la determinación del nivel de gravedad del incumplimiento, según el Contrato de Concesión, el Regulador tiene discrecionalidad limitada; ello en atención a que la decisión sobre cualquiera de los niveles de gravedad se encuentra, valga la redundancia, limitada por la existencia de criterios que deben servir para orientar esta decisión. En tal sentido, si se concluye que en un incumplimiento puede verificarse alguno de los criterios que definen el nivel de gravedad, será de aplicación dicho nivel de gravedad y no otro. Este aspecto es materia de cuestionamiento por parte del concesionario cuando señala que ha existido una errónea calificación del incumplimiento y que será analizado más adelante;
73. En el ámbito de determinación de la sanción aplicable al incumplimiento detectado, el Regulador no tiene ninguna discrecionalidad, pues el Anexo 9 del Contrato de Concesión establece montos fijos (porcentajes de ingresos brutos del mes anterior) y no rangos dentro de los cuales puedan considerarse circunstancias como las señaladas en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo

---

<sup>5</sup> **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

**3. Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de la infracción.

General. Actuar de manera distinta sería decidir la sanción en contra de lo establecido por el Contrato de Concesión;

74. En todo caso, debe tenerse presente que la principal razón de que la Entidad encargada de conducir los procesos de concesiones se haya preocupado por establecer regímenes sancionatorios ad-hoc, es precisamente buscar que respetar de la mejor manera el principio de proporcionalidad, pues las partes, en función de determinadas circunstancias (volumen del negocio por ejemplo) determinarán de mutuo acuerdo las consecuencias de los incumplimientos;
75. En opinión del Consejo Directivo, no hay mejor forma de respetar el principio de proporcionalidad que estableciendo regímenes ad-hoc en materia de sanciones, por lo que en nuestra opinión, el cuestionamiento materia de análisis en el presente acápite debe igualmente desestimarse;

### **3.2. Resulta excesivo imponer una multa del 5% de los ingresos brutos del mes anterior:**

76. Por otro lado, FETRANSA señala que resulta excesivo imponer una multa equivalente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la misma, considerando que el presente procedimiento versa sobre una infracción inexistente puesto que con la constatación realizada con fecha 9 de marzo de 2004 (la que obra en autos con la constatación notarial correspondiente) se habría acreditado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones habría incurrido en error al efectuar la observación sobre los coches del servicio Hiram Bingham;
77. Al respecto, cabe señalar que con la finalidad de evaluar el nivel de gravedad del incumplimiento, es necesario revisar los documentos técnicos en los que se analiza la observación planteada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En tal sentido, el punto de partida de dicho análisis es el informe elaborado por el Ingeniero Alberto Mori Ito. En dicho documento queda en evidencia que la observación está relacionada con aspectos de seguridad en la prestación del servicio, pues se señala que: *“En caso de PERU RAIL está aprox. 1” sin contacto y no es un chaflán, situación impredecible a la seguridad del tren”*;
78. En consecuencia, en el presente caso debe analizarse dicho incumplimiento en atención al riesgo sobre la seguridad de personas y bienes en el marco de la prestación de dicho servicio, ello, sin perjuicio de su calificación como infracción a una condición básica del contrato conforme a lo que se señala en el siguiente acápite;
79. El Anexo 9 del Contrato de Concesión establece una serie de criterios para calificar la gravedad del incumplimiento detectado. Entre dichos criterios se ha contemplado la posibilidad de generar riesgo o peligro sobre la seguridad de personas o bienes, estableciéndose que si no existe dicho riesgo, tal incumplimiento podría calificar como “leve”, mientras que de existir sería calificado como “grave” (menor grado) o “muy grave” (mayor grado);
80. Según lo anteriormente expuesto, en el presente caso estamos ante una situación en la que, por existir riesgos sobre la seguridad de bienes y personas, queda descartada la calificación de “leve”, quedando por decidir si dicho riesgo se ha producido en menor o mayor grado;
81. En este punto es importante tener en consideración el Oficio N° 994-2003-MTC/14 del 18 de setiembre de 2003 dirigido al Gerente de Servicios Legales de la empresa concesionaria, por el Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC quien señala que la adaptación inadecuada de bogies diseñados para trocha de 1000 mm.

para que sean operados en trocha de 914 mm. “ ... evidencia que las condiciones actuales implican riesgo de corrimiento de ruedas, y por consiguiente de descarrilamiento y/o volcadura (...) este caso involucra la seguridad de pasajeros y tripulantes de los trenes, y eventualmente de terceros ...”;

82. Resultan por demás elocuentes los términos en los que se evalúan los problemas y riesgos que sustentan, en este caso, el incumplimiento del artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles y, con éste, el de la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión;
83. FETRANSA señala asimismo que el Informe de fecha 4 de enero de 2004 del Señor John W. Wright que fue contratado por PerúRail S.A. concluye que *“los coches en cuestión podrían seguir en servicio durante el año 2004 sin riesgo aparente de ocurrir un accidente causado directamente por el aflojamiento de una de sus ruedas del asiento de eje. Se debe considerar esta como una solución temporal de corto plazo hasta poder aplicar la solución permanente de plena seguridad, cual es, el cambio de todos los ejes actuales (de trocha 1000 mm) por ejes nuevos de trocha 914 mm.”* abona a favor de la tesis en el sentido que los coches son seguros;
84. Al respecto, debe señalarse que el propio consultor de PerúRail habla de la situación de los coches con el eje adaptado a 914 mm. como una situación “sin riesgo aparente” en tanto que sólo con el cambio de los ejes a unos nuevos de trocha 914 mm los coches contarían con una situación de **“plena seguridad”**, por lo que en nuestra opinión, la opinión de parte del Señor Wright, la misma que debe evaluarse conforme a las reglas de la sana crítica, no fue contundente a favor de PerúRail, sino que por el contrario dejó dudas sobre la seguridad que presentaban los coches puesto que no otorgaban seguridad plena;

### **3.3. Reconocimiento implícito de un error por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones:**

85. Asimismo, FETRANSA señala que la remisión de los Oficios N° 137 y 138-2004-MTC/14 por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones a FETRANSA y PerúRail en los que se señala la conveniencia de efectuar pruebas en seis conjuntos de eje/ruedas de los coches de la serie 9000 de propiedad de la segunda de las nombradas, implica el reconocimiento tácito del error incurrido en la evaluación de los coches;
86. Al respecto, consideramos que el hecho que una autoridad, decida realizar nuevas pruebas a solicitud de los administrados, de ninguna manera podría entenderse como un reconocimiento tácito de error;
87. En cuanto a los resultados consignados en el acta de fecha 9 de marzo de 2004 y que FETRANSA en todo momento ha presentado como la prueba fundamental que acreditaría que desde que los coches entraron en operación brindaban todas las garantías de seguridad, debe señalarse que si bien es cierto que en la misma se señala expresamente que los resultados de las dos pruebas realizadas fueron satisfactorias (conforme a la propuesta formulada en el Informe N° 002-2003-MTC/14.05.03), los resultados que constan en la misma no tienen carácter definitivo;
88. En efecto, el pronunciamiento definitivo sobre la seguridad de los coches está contenido en el Oficio N° 416-2004-MTC/14 de fecha 30 de abril de 2004, el mismo que hace suyas las conclusiones del Informe N° 017-2004-MTC/14.05.03 de fecha 20 de abril de 2004.



El referido Oficio se pronuncia ante la solicitud de autorización provisional de circulación de los coches de la serie 9000 con el eje adaptado a la trocha 914 mm. hasta que se cumpla con realizar la instalación de los ejes definitivos, presentada por PerúRail por su Carta N° 05-GL-2004-PERURAIL, señalando expresamente que “no es procedente que el MTC otorgue la conformidad solicitada, en virtud de lo expuesto en el Informe N° 017-2004-MTC/14.05.03”;

89. Asimismo, debe señalarse que en el Informe N° 017-2004-MTC/14.05.03, el mismo que toma en consideración los resultados satisfactorios de las pruebas practicadas y que constan en el acta de fecha 9 de marzo de 2004 se precisa que:

*“la norma AAR establece requisitos de dos tipos: uno de ellos relacionado con la fuerza de compresión, que en el caso de ejes tipo D puede variar entre 80 y 130 toneladas; y el otro relacionado con las condiciones de montaje, que exige que el cubo de la rueda tenga pleno contacto con el asiento en el eje. El cumplimiento de una de estas exigencias no exime de la obligación de cumplir la otra.... En consecuencia, las condiciones de seguridad para el montaje realizado en los coches de la serie 9000, son inferiores a las previstas en la norma AAR, y la compresión, aunque mayor que el mínimo establecido en la norma, no otorga confiabilidad indefinida al comportamiento de la rueda.”*

(...)

*En virtud el pronunciamiento técnico anterior, no es procedente que el MTC otorgue conformidad al uso de los coches de la serie 9000 hasta que queden instalados los ejes especiales para la trocha de 914 mm.” (el subrayado es nuestro).*

90. De lo expuesto hasta esta parte, queda absolutamente evidenciado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones nunca otorgó autorización provisional ni expresa ni implícitamente para la circulación de los coches con la trocha adaptada y que por el contrario, expresamente señaló que la referida autorización no procedía;
91. Si a lo anterior se agrega que por Oficio N° 652-03-GS-03-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2003, notificado a FETRANSA con fecha 25 de septiembre de 2003, y en relación a los coches de la serie 9000 con los ejes adaptados, OSITRAN le indicó que:

*“en su calidad de empresa concesionaria no deberá permitir la circulación de las unidades mencionadas en dicho Ferrocarril mientras no cuenten con la autorización correspondiente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones que contempla el Reglamento General de Ferrocarriles.”*

92. Resulta por demás evidente, que la infracción no podía haberse calificado de otro modo, es así que en atención a que el incumplimiento de la obligación vulnera una condición básica del contrato, pone en peligro y riesgo a personas en mayor grado y fue debidamente advertido tanto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como por el propio OSITRAN, la calificación de muy grave es totalmente ajustada a derecho;

#### **3.4. Subsanación de la situación de incumplimiento por parte de FETRANSA:**

93. En cuanto a los oficios N° 606-2004-MTC/14 de 16 de junio de 2004 mediante el cual el Director General de Caminos y Ferrocarriles autoriza la puesta en servicio del coche 9002; y N° 692-2004-MTC/14 de fecha 12 de julio de 2004, por el que el Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC deja constancia que: (i) el MTC ha verificado la instalación de ejes especiales en cada uno de los Coches 9003, 9004 y 9006; (ii) se ha cumplido satisfactoriamente con las pruebas de suficiencia y

seguridad; (iii) se ha levantado de esta manera la única observación pendiente sobre dichos coches; y, (v) se autoriza la puesta en servicio de los mismos; cabe reiterar lo señalado en el numeral 1.3 del presente acápite, en el sentido que la subsanación del incumplimiento no sustrae la materia sancionable;

94. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, debe tenerse presente que por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2000-CD/OSITRAN de fecha 11 de diciembre de 2000 recaída en un procedimiento administrativo sancionador iniciado contra FETRANSA por el incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión se señaló lo siguiente:

*“Que, a pesar de lo expuesto en los considerandos precedentes, la Gerencia General, en la resolución materia de apelación, consideró como causal atenuante el hecho de que la subsanación hubiera sido efectuada por el concesionario, razón por la cual se impuso la sanción correspondiente a una falta grave y no a una falta muy grave, tal como lo recomendó la División Técnica respectiva y como corresponde al incumplimiento de una obligación contractual sustantiva”.*

95. Que, asimismo, por Resolución de Gerencia General N° 001-2001-GG-OSITRAN de fecha 21 de febrero de 2004, recaída en un procedimiento administrativo sancionador iniciado contra FETRANSA por el incumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión se señaló lo siguiente:

*“Que, el artículo 3º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas establece su carácter supletorio a los regímenes sancionatorios establecidos en cada contrato en particular;*

*Que el contrato de concesión celebrado con FETRANS no establece el régimen para los casos en que el concesionario cumpla con subsanar las omisiones en que incurrió a efectos de reducir las sanciones;*

*Que, el artículo 49º del referido reglamento señala que el OSITRAN podrá, de considerarlo conveniente, imponer sanciones equivalentes al grado inmediatamente inferior, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6º del presente Reglamento, respecto de las que correspondería aplicar en caso de infracciones graves o leves en el caso que el infractor subsane los actos u omisiones tipificados como infracciones después del plazo para remitir los descargos pero antes de la notificación de la resolución que aplica la sanción;*

*Que, dicha norma tiene como propósito otorgar un beneficio a aquel sujeto que haya incurrido en infracción pero que rectifique su accionar y cumpla, aunque tardíamente, con la obligación;*

*Que, sin embargo, el artículo 6º, concordado con el artículo 49º del referido reglamento, tal como están redactados no permitirían beneficiar al infractor cuando cumple con el pago de la retribución principal de manera tardía pero con anterioridad a la fecha en que se notifica la resolución que le impone la sanción;*

*Que, debe tenerse en consideración que todo el proceso por el que se entrega la concesión a Ferrocarril Trasandino S.A., tuvo como fecha de cierre el 20 de septiembre de 1999, y que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 30 de diciembre de 1999 y entró en vigencia el 31 de diciembre del 2000;*

*Que, 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;*

Que, por lo anterior, la Gerencia General considera que el principio que permite el beneficio por subsanación del incumplimiento resulta aplicable en el presente caso, y sólo para dichos efectos, se considerará que la infracción del no pago de la retribución principal es una infracción “grave” y no “muy grave”, manteniéndose la calificación de “muy grave” para todos los demás efectos;

*Que, conforme a lo señalado, el concesionario ha notificado haber cumplido con subsanar las omisiones con posterioridad a la fecha para presentar sus descargos pero antes de la notificación de la resolución que le aplica la sanción.”*

96. Que, conforme lo anteriormente señalado, el Consejo Directivo considera aplicable al presente caso el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN y en consecuencia, se aplica el artículo 49° del mismo;
97. Que, atendiendo a que FETRANSA cumplió con subsanar la infracción conforme se desprende de lo señalado en los oficios N° 606-2004-MTC/14 de 16 de junio de 2004 y N° 692-2004-MTC/14 de fecha 12 de julio de 2004 con anterioridad a la fecha en que la Gerencia General resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por FETRANSA, se cumplen los supuestos necesarios para aplicar el artículo 49° anteriormente referido;
98. Que, sin embargo, en atención a que lo dispuesto en el artículo 49° es una facultad y no una obligación de la Administración, el Consejo Directivo considera necesario hacer una nueva evaluación de la conducta de FETRANSA y de las circunstancias relativas a la comisión de la infracción:
- a) Conforme se desprende de los antecedentes, FETRANSA comunicó al MTC con Carta N° 147-GL-2003/FETRANS de fecha 10 de julio de 2003, el inicio de un servicio de pasajeros de lujo en la ruta Poroy – Macchu Picchu – Poroy, previsto para el día 21 de agosto de 2003, con seis nuevos coches de propiedad de Perú Rail. Ello, sin solicitar formalmente autorización para la circulación de dichos coches.
  - b) Asimismo, FETRANSA, sin perjuicio de haber incurrido en error sobre la calidad de nuevos de los referidos coches, en la referida Carta de fecha 10 de julio de 2003 señaló que no obstante que dichos coches se les ha inspeccionado y practicado pruebas, encontrándoseles conforme a los estándares FRA, con el objeto de ser adicionalmente cuidadosos en materia de seguridad, solicitó la designación de técnicos del Ministerio para la ejecución de las pruebas de suficiencia y seguridad.  
  
Es así que FETRANSA no sólo inspeccionó y practicó pruebas a los coches, sino que solicitó con la debida antelación, es decir con fecha 10 de julio de 2003, la ejecución de pruebas por parte del MTC para descartar cualquier posibilidad de riesgo;
  - c) Por otro lado, conforme se desprende del Oficio N° 897-2003-MTC/14 de fecha 20 de agosto de 2003, el MTC tomó conocimiento de las medidas correctivas para superar 5 de las 6 observaciones formuladas.
  - d) Asimismo, debe tenerse presente que hasta antes del cambio de los ejes de los coches de la serie 9000, estos vinieron operando sin que el MTC dispusiera la suspensión del servicio. En efecto, el MTC, no obstante ser el órgano competente para regular al operador ferroviario (en el presente caso PerúRail S.A.) nunca

realizó acciones directas para impedir su circulación por la infraestructura administrada por FETRANSA;

99. Por lo expuesto y en atención al principio de razonabilidad contemplado en el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General- N° 27444, existen circunstancias atenuantes en el presente caso, por lo que la calificación de la infracción debe corresponder a grave, imponiendo consecuentemente una sanción del 1% de los ingresos brutos del mes anterior;

**4. Incumplimiento del deber de fundamentar las consideraciones por las que se califica la infracción como muy grave por la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN:**

100. Otro aspecto cuestionado por la empresa concesionaria es que no se motivó y, en todo caso, se cometió un error al momento de determinar la gravedad de la infracción detectada;
101. Sobre el particular, de la revisión de lo resuelto por la Gerencia General a través de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN y del Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN (que fue integrado a la parte considerativa de dicha resolución) se puede verificar que, luego de haber verificado el incumplimiento contractual por parte de la empresa concesionaria, se ha procedido a calificarlo como “muy grave” afirmándose que dicha calificación se realiza conforme al Anexo 9;
102. Asimismo, cabe señalar que es cierto que en dichos documentos no se ha explicado o sustentado adecuadamente la determinación de dicha calificación;
103. Sin embargo, debe tenerse presente que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General señala a la letra:

**Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo**

(...)

*6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.*

104. De la revisión del Informe N° 059-04-GS-A3-OSITRAN de fecha 26 de febrero de 2004, el mismo que:
- a) Ha sido incorporado al expediente;
  - b) Fue notificado a FETRANSA con fecha 11 de marzo de 2004 por Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN de fecha 9 de marzo de 2004; y,
  - c) Está identificado de modo certero tanto en la Resolución N° 024-2004-GG-OSITRAN de fecha 7 de mayo de 2004, como en el Informe N° 114-2004-GS-A3-OSITRAN de fecha 19 de abril de 2004;

señala en su conclusión 4.3 que la “infracción cometida por FETRANSA además de configurar el incumplimiento de una condición básica del Contrato de Concesión dicho incumplimiento es catalogado como una obligación sustantiva de índole contractual,

*porque emana directamente del propio Contrato de Concesión y es susceptible de acarrear la caducidad de la concesión”;*

105. Es así que la razón por la que se califica a la infracción como muy grave ha sido explicitada en el informe a que se refiere el numeral anterior, razón por la cual el requisito de motivación ha sido cumplido a cabalidad en el presente caso y en consecuencia, no se habría incurrido en causal de nulidad;
106. No obstante lo señalado, y con motivo de la interposición del recurso de reconsideración, la Gerencia General procedió a consignar en la Resolución N° 039-2004-GG/OSITRAN<sup>6</sup>, los criterios que sustentan la calificación de muy grave de la infracción por lo que el cuestionamiento de FETRANSA en relación a que se incurrió en causal de nulidad tanto en la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN como en la Resolución N° 039-2004-GG/OSITRAN, por falta de motivación carece de asidero legal y en consecuencia, debe desestimarse;

**5. Nulidad de la decisión por la que no se acepta el compromiso de cese al basarse en una norma derogada:**

**5.1. La decisión de no aceptar el compromiso de cese se ha basado en una norma derogada:**

107. FETRANSA señala en su recurso de apelación que se ha incurrido en vicio de nulidad al expedirse el Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, pues la decisión se ha basado en la aplicación del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas<sup>7</sup> actualmente derogado, en lugar del actualmente vigente y aplicable al caso (Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN);
108. Al respecto, debe señalarse que la Primera Disposición Transitoria del Reglamento de Infracciones y Sanciones (aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN) establece lo siguiente:

***Primera.-** Las normas del Reglamento se aplicarán conforme a las siguientes reglas:*

- a. Las infracciones cometidas durante la vigencia del reglamento derogado serán sancionadas conforme a éste, excepto en los casos en que el régimen establecidos por el Reglamento sea más favorable al administrado.*
- b. Los procedimientos iniciados durante la vigencia del reglamento derogado continuarán rigiéndose por el mismo.*

109. Según puede apreciarse a partir de la norma antes transcrita, ésta es una disposición transitoria que busca regular tanto las disposiciones sustantivas o materiales, como las adjetivas o procedimentales en atención a la entrada en vigencia del Reglamento actual. El literal a) de dicha disposición está destinado a regular los aspectos sustantivos en el caso de infracciones, mientras que el literal b) se ocupa de las normas de orden procesal.

En consecuencia, para evaluar qué norma aplicar al presente caso es preciso identificar si la disposición por la que no se aceptó el compromiso de cese presentado por la empresa concesionaria tenía naturaleza sustantiva o procesal;

<sup>6</sup> Ver fundamentos 10 al 14 del acápite “C.1.2. Aplicación de la sanción” de la referida resolución.

<sup>7</sup> Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD-OSITRAN

110. Según lo señalado en el oficio materia del presente cuestionamiento, el ofrecimiento de compromiso de cese se rechaza de conformidad con lo establecido por el literal e) del artículo 47º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas. Dicha norma establece que no será posible aceptar el compromiso de cese en caso que el incumplimiento esté referido a una obligación contractual de índole sustancial;
111. El supuesto a través del cual se limita la posibilidad de aceptación del compromiso de cese es claramente un tema de orden material o sustantivo, pues se supedita (se prohíbe o se permite) dicha posibilidad a que no se trate del incumplimiento de una obligación del contrato (tema sustantivo) y que sea de índole sustancial (tema sustantivo por definición). En el presente procedimiento, la norma por la que se rechazó el ofrecimiento de cese es sustantiva porque su contenido está directamente vinculado con el tipo de incumplimiento contractual de que se trate;
112. En tal sentido, no creemos que en el presente procedimiento se haya rechazado el compromiso de cese ofrecido sobre la base de una norma procedimental, sino sobre la base de una prohibición ante el incumplimiento de una obligación sustantiva;
113. No debe confundirse la razón sustantiva por la cual se rechaza el ofrecimiento de compromiso de cese, con los efectos procesales que pueda tener dicha decisión. En efecto, si se acepta el compromiso de cese sobre la base de que no se trata de una obligación sustancial, los efectos procesales serán los de suspensión del procedimiento administrativo sancionador. De otra parte, si, como ocurre en el presente procedimiento, se rechaza el compromiso de cese por tratarse del incumplimiento de una obligación sustantiva (calificada como muy grave), los efectos procesales son los de la continuación del procedimiento;
114. De otra parte, entendemos que son disposiciones procedimentales relacionadas con el compromiso de cese, por ejemplo, las contenidas en el artículo 69º del Reglamento de Infracciones y Sanciones vigente, las cuales serían aplicables aún en el caso en que la infracción hubiese sido cometida bajo la vigencia del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, siempre y cuando, claro está, el procedimiento se haya iniciado durante la vigencia del nuevo Reglamento de Infracciones y Sanciones;
115. Tratándose el literal e) del artículo 47º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de una disposición que tiene directa vinculación con el tipo de infracción y su sanción, es de naturaleza sustantiva y cae bajo el ámbito de lo establecido por el literal a) de la Primera Disposición Transitoria antes citada. Como consecuencia de ello, este aspecto del procedimiento se rige por lo dispuesto en la norma actualmente derogada;
116. En conclusión, no ha existido una incorrecta aplicación de la norma al rechazar el compromiso de cese ofrecido por la empresa concesionaria, por lo que corresponde declarar infundado en este extremo el recurso de apelación interpuesto;
117. Sin perjuicio de ello, y en el supuesto negado en que se aplicara el Reglamento de Infracciones y Sanciones vigente, tampoco podría aceptarse el compromiso de cese ofrecido por la empresa concesionaria, en atención a que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 65.1 de dicho Reglamento, el compromiso de cese no puede ser aceptado en caso se trate de un incumplimiento calificado, tal como ocurre en el presente procedimiento, como muy grave;

**5.2. El compromiso de cese es procedente porque no se incumplió una obligación sustantiva de índole contractual:**

118. Asimismo, FETRANSA señala que el compromiso de cese es procedente en la medida en que no ha incurrido en el incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual;
119. Al respecto, habiendo determinado que es de aplicación al presente caso el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, es importante tener en consideración que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo literal e) de su artículo 47°, no puede aceptarse el compromiso de cese en caso de incumplimiento de una obligación contractual de índole sustancial;
120. De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente informe, FETRANSA sí ha incumplido una obligación de índole contractual, quedando por determinar si ésta era o no una obligación sustantiva;
121. Por las consideraciones anteriormente señaladas, consideramos que el incumplimiento detectado califica como muy grave y está relacionado con la puesta en operación de los coches correspondientes al servicio Hiram Bingham. La puesta en operación de tales coches sin el permiso correspondiente, a nuestro criterio, indudablemente constituye una obligación sustantiva, en la medida en que está relacionada con la necesidad de supervisión previa sobre la idoneidad de los coches que prestarán el referido servicio. Estamos entonces ante una obligación que encuentra su justificación en la protección del interés público y que se incorpora al Contrato de Concesión a través de la cláusula 7.5. En tal sentido, sin duda alguna, creemos que se trata de una obligación sustantiva;
122. Opinar de modo distinto supondría, en mayor o menor medida, considerar que la obtención de dicha autorización previa constituye un aspecto accesorio o una formalidad sin importancia. Por ello, reiteramos que se trata de una obligación sustantiva que está incorporada al Contrato de Concesión a través de lo establecido en la cláusula 7.5;
123. Por los motivos anteriormente expuestos, consideramos que corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación;

**6. Otorgamiento de un plazo menor que el establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones para formular descargos en caso que no se acepte el compromiso de cese:**

124. FETRANSA sostiene que se ha actuado incorrectamente al concedérsele sólo tres (3) días por el Oficio N° 103-04-GG/OSITRAN para formular sus descargos cuando la Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, establece que debe otorgarse el plazo de cinco (5) días;
125. Al respecto, debe precisarse, nuevamente el tema de la aplicación de las normas en el tiempo, para efectos de clarificar la materia discutida en el presente caso:
  - a) En atención a que la infracción se cometió durante la vigencia del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN, deben aplicarse sus normas de carácter sustantivo al presente caso;
  - b) Sin embargo, en atención a que el proceso administrativo sancionador se inició durante la vigencia del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por la

Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, deben aplicarse sus normas de procedimiento.

126. Una de las normas de procedimiento aplicables al presente caso, es la contenida en el numeral 69.4 del Reglamento de Infracciones y Sanciones actualmente vigente, que establece que en el caso que el órgano resolutorio (la Gerencia General) desestime la propuesta de compromiso de cese, deberá concederse un plazo no mayor de diez (10) días para que la Entidad Prestadora formule sus descargos;
127. Es en atención a que no existe un plazo determinado, que resulta perfectamente razonable que por el Oficio N° 103-04-GG/OSITRAN, sólo se haya otorgado el plazo de tres (3) días;
128. Sin embargo, la anterior no fue la única razón atendida para otorgar el plazo de tres (3) días, sino que la razón fundamental fue que si bien es cierto que lo común es que el administrado formule en primer término su propuesta de compromiso de cese y sólo en el caso en que ésta sea desestimada, presente sus descargos, en el presente caso, FETRANSA presentó simultáneamente su compromiso de cese y sus descargos por escrito de fecha 10 de febrero de 2004;
129. Fue en atención a dicha circunstancia, es decir, a que OSITRAN ya contaba con los descargos de FETRANSA, que consideró innecesario otorgarle un plazo mayor que el de tres (3) días, lo que evidentemente resulta plenamente concordante con el principio de celeridad que informa el procedimiento administrativo;
130. En consecuencia, deberá desestimarse igualmente los fundamentos expuestos por FETRANSA en relación a este punto;

Por lo expuesto, se **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por la Entidad Prestadora Ferrocarril Transandino S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 039-2004-GG/OSITRAN de fecha 15 de julio de 2004.

**SEGUNDO:** De conformidad con la facultad conferida por el artículo 49° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN, aplicar la sanción correspondiente a una infracción grave ascendente al 1% de los ingresos del mes anterior.

**TERCERO:** Notificar a Ferrocarril Transandino S.A. con la presente resolución dando por agotada la vía administrativa.

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

Regístrese, comuníquese y archívese.

**ALEJANDRO CHANG CHIANG**  
**Presidente**

RESOLUCIONES\Consejo-Directivo\041-04-CD.doc//Reg.7082