

# RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 022-2003-CD-OSITRAN

**PROCEDENCIA** : PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO

**ENTIDAD PRESTADORA** : FERROCARRIL TRANSANDINO S. A.

**MATERIA** : RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL Nº 031-2003-GG/OSITRAN – INCUMPLIMIENTO DE NUMERAL 21.2 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

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

**SUMILLA :** Se declara infundado en todos sus extremos el Recurso de Apelación presentado por Ferrocarril Transandino S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 031-2003-GG/OSITRAN y en consecuencia se confirma la sanción impuesta a Ferrocarril Transandino S.A, ascendente al pago de una multa equivalente al 1% de los ingresos brutos del mes anterior por haber incumplido el numeral 21.2 del Contrato de Concesión.

Lima, 13 de noviembre del 2003

## I. ANTECEDENTES:

1. El 11 de setiembre de 2003, mediante Oficio Nº 434-03-GG-OSITRAN, se notificó a FETRANSA la Resolución de Gerencia General Nº 031-2003-GG-OSITRAN recaída en el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, por incumplimiento de la obligación dispuesta en el Numeral 21.2 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente.

2. Dicha Resolución dispuso lo siguiente:

**PRIMERO:** Declarar que Ferrocarril Transandino S.A. ha incumplido con lo dispuesto en el Numeral 21.2 del Contrato de Concesión.

**SEGUNDO:** Disponer como sanción a Ferrocarril Transandino S.A. que se imponga una multa equivalente al 1% de sus ingresos brutos del mes anterior.

**TERCERO:** Notificar la presente resolución y el Informe Nº 203-03-GS-A3-OSITRAN a 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.

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

3. El 1 de octubre de 2003, se recibe el Recurso de Apelación presentado por FETRANSA contra la mencionada Resolución, en el que solicita se tenga presente los argumentos expuestos en el referido recurso y se declare fundado sobre la base de los siguientes principales fundamentos:

- a. **Corresponde se declare la nulidad de la Resolución apelada por no contener una motivación suficiente al no haberse notificado el Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN; y, al no haberse aplicado la reducción de sanciones que dispone el artículo 49° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN.**
- b. **La sanción que corresponde aplicar es la de una amonestación con carácter de pre aviso o en todo caso declarar concluido el procedimiento, sin la imposición de una sanción al considerar que:**
- Es la primera vez en que se ha incurrido en la infracción referida a la no inclusión de la cláusula prevista en el Numeral 21.2;
  - Se ha subsanado la omisión antes de haberse iniciado el procedimiento administrativo sancionador;
  - Existe precedentes jurisprudenciales de la Gerencia General en la que se ha aplicado la reducción de sanciones como es el caso de la Resolución de Gerencia General N° 001-GG-OSITRAN/PAS EXP. 007 referida a un supuesto de renovación no oportuna de las pólizas de seguros y además no se ha considerado los principios de la potestad sancionadora;
  - El inciso e) del artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN contempla la posibilidad de concluirse un procedimiento con la suscripción de un compromiso de cese sin la imposición de una sanción, en razón a que dicho compromiso contenga las medidas y actos destinados a la subsanación de la infracción, por lo que con mayor razón debe concluirse el procedimiento si ya se subsanó la infracción; y,
  - La infracción califica como leve y no grave en los términos del Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, debido a que la omisión incurrida no constituye un incumplimiento contractual sino una omisión involuntaria que no ha trascendido en daño o menoscabo alguno, ni ha puesto en peligro a personas ni a bienes.
4. Posteriormente, subsanando la nulidad planteada en el Recurso de Apelación sobre la falta de notificación del Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN, el 10 de octubre de 2003 se remite el Oficio N° 038-03-GAL-OSITRAN a FETRANSA adjuntándole el Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN y se le otorga un plazo de (15) quince días hábiles para que exprese los agravios que estime correspondientes en relación al referido Informe, es decir, hasta el 31 de octubre de 2003.
5. El 30 de octubre de 2003, FETRANSA presenta un escrito conteniendo su expresión de agravios con relación al contenido del Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN ratificando los argumentos vertidos en su escrito de apelación.
6. Finalmente, el 06 de noviembre de 2003, FETRANSA presenta un escrito de ampliación de sus alegatos señalando principalmente que la omisión incurrida no representa ningún perjuicio en términos reales al pago de las pólizas de seguros, pues a pesar de no haber incluido la cláusula en las pólizas de seguros, el artículo 322° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros que constituye una norma imperativa expresamente dispone lo siguiente:

“Artículo 322° .- El contrato de reaseguro no subordina las relaciones que emanan del contrato de seguro. En consecuencia el pago de un siniestro derivado del contrato de seguros no puede quedar condicionado a las relaciones existentes entre la empresa de seguros y el reasegurador.”

## II. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACION:

### 1. Consideraciones Previas:

- a. El Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, (en lo sucesivo RIS), establece en su artículo 50° que las sanciones impuestas en primera instancia por la Gerencia General, son impugnables por los interesados en vía de recurso de reconsideración o de apelación.
- b. El artículo 52° del referido Reglamento señala que en caso el interesado opte por interponer el recurso de apelación, lo hará en el plazo de quince (15) días hábiles contados desde la notificación de la Resolución de la Gerencia General a través de la cual se hubiese impuesto la sanción.

Establece además, que la Gerencia General deberá elevar los actuados ante el Consejo Directivo de OSITRAN en el plazo de tres (3) días hábiles, para que el Consejo Directivo resuelva si concede la apelación.

Señala también, que el Consejo Directivo deberá resolver en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha del concesorio, poniendo fin a la vía administrativa.

- c. Por su parte la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en lo sucesivo LPAG), de aplicación al presente procedimiento en virtud de lo dispuesto en la Disposición, Complementaria, Transitoria y Final del la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN, que modificó diversos artículos de la Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, establece en su artículo 207° que los recursos administrativos son:
  - Recurso de reconsideración
  - Recurso de apelación
  - Recurso de revisión

Señala además, que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

- d. El artículo 209° de la Ley N° 27444, señala que el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.
- e. Asimismo, el artículo 217° de la referida Ley señala que la resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimara las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.
- f. Teniendo en cuenta dichos dispositivos normativos resulta ajustado al procedimiento administrativo sancionador que FETRANSA interponga recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN; y, que el Consejo Directivo se pronuncie en un plazo de 30 días hábiles siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos necesarios para su admisión y procedencia.

## **2. Verificación de requisitos de admisibilidad y procedencia:**

2.1 Los requisitos para la interposición válida del recurso de apelación, según las normas antes mencionadas son los siguientes:

- a. Que se interponga contra la Resolución de la Gerencia General a través de la cual se hubiese impuesto la sanción. (artículo 52° del RIS).**
- b. Que se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho. (artículo 209° de la LPAG).**
- c. Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días previsto para ello, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar. (artículo 52° del RIS y 207° de la LPAG).**

2.2. En ese sentido, a continuación se analiza el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos en el Recurso de Reconsideración interpuesto por FETRANSA:

- a. Que se interponga contra la Resolución de la Gerencia General a través de la cual se hubiese impuesto la sanción. (artículo 52° del RIS).**

a.1. El Recurso de Apelación interpuesto por FETRANSA, según lo expresado en su propio escrito, ha sido interpuesto contra la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN que impone una sanción a dicha empresa equivalente al 1% de sus ingresos brutos del mes anterior por haber incumplido con lo dispuesto en el Numeral 21.2 del Contrato de Concesión.

a.2. En ese sentido, se entiende cumplido el requisito contemplado en el artículo 52° del RIS referido a que el Recurso de Apelación sea interpuesto contra la Resolución de Gerencia General que impuso la sanción.

- b. Que se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho. (artículo 209° de la LPAG).**

b.1. FETRANSA sustenta su escrito de apelación al considerar que debió aplicarse el artículo 47 del RIS en el sentido de reducir la sanción al grado inmediatamente inferior y por lo tanto establecer como sanción una Amonestación con carácter de preaviso o en todo caso declarar concluido el procedimiento sin la imposición de una sanción al considerar que:

- Es la primera vez en que se ha incurrido en la infracción referida a la no inclusión de la cláusula prevista en el Numeral 21.2;
- Se ha subsanado la omisión antes de haberse iniciado el procedimiento administrativo sancionador;
- Existe precedentes jurisprudenciales de la Gerencia General en la que se ha aplicado la reducción de sanciones

como es el caso de la Resolución de Gerencia General N° 001-GG-OSITRAN/PAS EXP. 007 referida a un supuesto de renovación no oportuna de las pólizas de seguros y además no se han considerado los principios de la potestad sancionadora;

- El inciso e) del artículo 47° del RIS contempla la posibilidad de concluirse un procedimiento con la suscripción de un compromiso de cese sin la imposición de una sanción, en la medida que dicho compromiso contenga las medidas y actos destinados a la subsanación de la infracción, por lo que con mayor razón debe concluirse el procedimiento si ya se subsanó la infracción; y,
- La infracción califica como leve y no grave en los términos del Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, debido a que la omisión incurrida no constituye un incumplimiento contractual sino una omisión involuntaria que no ha trascendido en daño o menoscabo alguno, ni ha puesto en peligro a personas ni a bienes.

b.2. En tal sentido, FETRANSA sustenta su apelación en una distinta valoración jurídica de los hechos producidos y de la aplicación de las normas aplicables, lo que motiva que se entienda cumplido también el requisito contemplado en el artículo 209° de la LPAG referido a que el Recurso de Apelación procede cuando se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho.

**c. *Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días previsto para ello, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar. (artículo 52° del RIS y 207° de la LPAG).***

c.1. Como fuera mencionado en los antecedentes, la resolución que se pretende impugnar fue notificada a FETRANSA el 11 de setiembre de 2003, con el Oficio N° 434-03-GG-OSITRAN. En ese sentido, FETRANSA tenía hasta el 02 de octubre de 2003 para interponer el recurso impugnativo de apelación.

c.2. En el presente caso, FETRANSA ha interpuesto el Recurso de Apelación el 01 de octubre de 2003 por lo que ha interpuesto el Recurso de Apelación dentro del plazo previsto y en consecuencia, se entiende cumplido el requisito contemplado en los artículos 52° del RIS y 207° de la LPAG.

2.3. En conclusión **resulta admisible y procedente el Recurso de Apelación interpuesto por FETRANSA** contra la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN, por lo que corresponde que el Consejo Directivo se pronuncie sobre el mismo.

### **3. Cuestiones a Resolver:**

3.1. De lo expuesto en el Recurso de Apelación presentado por FETRANSA se desprende que las cuestiones a resolver son las siguientes:

- a. *Si corresponde declarar la nulidad de la Resolución N° 031- 2003-GG-OSITRAN al no haberse notificado el Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN y al no haberse aplicado la reducción de sanciones que dispone el artículo 49° del RIS.*
- b. *Si en el presente caso corresponde imponer a FETRANSA como sanción una multa equivalente al 1% de sus ingresos brutos del mes anterior.*

3.2. En ese sentido, al resolverse dichas cuestiones se determinará si corresponde confirmar o no lo dispuesto en la Resolución N° 031-2003-GG-OSITRAN.

- a. *Si corresponde declarar la nulidad de la Resolución N° 031- 2003-GG-OSITRAN al no haberse notificado el Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN y al no haberse aplicado la reducción de sanciones que dispone el artículo 49° del RIS.*

a.1. Sobre el particular, debe tenerse presente que la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN constituye un acto administrativo en los términos expresados en el artículo 1° de la LPAG.

a.2. En ese sentido, dicha Resolución para resultar siendo válida y no adolecer de vicios que puedan determinar su nulidad debe cumplir con los requisitos o elementos establecidos en la Ley para ello.

a.3. En el presente caso, FETRANSA sostiene que la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN, no ha cumplido con todos los requisitos o elementos legales de validez y por lo tanto, solicita se declare su nulidad. Sostiene que dicho incumplimiento resulta de la presencia de vicios en los siguientes elementos o requisitos: (i) En la motivación de la Resolución, pues entiende que la misma ha resultado siendo insuficiente al haberse sustentado en el Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN y no haberse notificado dicho Informe; y, (ii) En el objeto o contenido de la Resolución, al entender que el mismo contraviene lo dispuesto en el artículo 49° del RIS al no haberse aplicado la reducción de la sanción que dispone dicho artículo.

a.4. **Sobre el cuestionamiento a la motivación**, cabe mencionar que el artículo 6° de la LPAG establece la posibilidad de que los actos administrativos, como es el caso de la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN, puedan motivarse mediante declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o **informes obrantes en el expediente** a condición que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

a.5. Morón Urbina entiende en sus comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, que la motivación sustentada en informes a que alude el artículo 6° de la LPAG **se cumple haciendo mención expresa al Informe que sirve de**

**sustento en el acto** que se expide y su ubicación en el expediente para su accesibilidad por el administrado.

- a.6. En el presente caso, **la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN cumplió con lo requerido en el artículo 6° de la LPAG, al citar al Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN** como su sustento permitiendo que FETRANSA pudiese acceder a su contenido.
- a.7. Sin embargo, en aras de cautelar con mayor celo la motivación de la Resolución, la Gerencia de Asesoría Legal dispuso la notificación del Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN en forma conjunta con la Resolución a efectos de brindar mayores facilidades a FETRANSA, pese a que no estaba obligada a ello, lo que aparentemente no habría ocurrido.
- a.8. No obstante, FETRANSA ha argumentado que dicha omisión en la notificación del Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN origina la nulidad de la Resolución en los términos del artículo 10° de la LPAG al entender que la Resolución contiene una motivación insuficiente.
- a.9. Como ha sido mencionado, dicha supuesta nulidad no se ha producido en el presente caso, pues la Resolución ha sido fundamentada de acuerdo a lo dispuesto expresamente en el artículo 6° de la LPAG que permite la sustentación en un Informe debidamente identificado que pudo haber sido solicitado por FETRANSA.
- a.10. Sin perjuicio de ello, es de mencionar que el artículo 14° de la LPAG contempla la obligación de conservar el acto administrativo y no declarar su nulidad cuando el vicio no sea trascendente, dentro de los cuales se encuentra el emitido con una motivación insuficiente o parcial; o cuando se concluya indubitablemente de cualquier otro modo que el acto hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
- a.11. Sobre este aspecto, cabe mencionar que en un exceso de celo, el día 10 de octubre de 2003, se remitió a FETRANSA el Oficio N° 038-03-GAL-OSITRAN, adjuntando el Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN, otorgándole un plazo de 15 días hábiles para que exprese los agravios que estime conveniente, no obstante que FETRANSA, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la LPAG pudo haberlo solicitado desde la notificación de la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN.
- a.12. En ese sentido, no corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN, al no haberse acreditado la presencia de un vicio trascendente en su motivación; y, por el contrario, al haberse cautelado el derecho de FETRANSA mediante el otorgamiento de un plazo adicional de quince días para que exprese sus agravios sobre el contenido del Informe N° 203-03-GS-A3-OSITRAN.

- a.13. **Sobre el cuestionamiento al objeto o contenido de la Resolución** en el sentido que contraviene lo dispuesto en el artículo 49° del RIS al no haberse aplicado la reducción de la sanción que dispone dicho artículo, cabe mencionar que el artículo 10° de la LPAG establece que procede la nulidad de pleno derecho cuando el acto contraviene la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias.
- a.14. Consiguientemente, se entiende que lo expresado en dicho artículo 10°, está referido a aquellas normas legales que resultan de aplicación imperativa y no a disposiciones facultativas o dispositivas.
- a.15. El artículo 49° del RIS establece expresamente lo siguiente:
- “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 correspondan 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 notificación pero antes del vencimiento del plazo para presentar descargos.*
- c. Cuando el Infractor subsane los actos u omisiones tipificadas como infracciones después del plazo para remitir los descargos pero antes de la notificación de la resolución que aplica la sanción.”*
- a.16. Como es de verse, el artículo 49° permite a OSITRAN reducir las sanciones cuando lo considere conveniente y en la medida que se presenten los casos que en dicho artículo se enuncian. En efecto, dicho artículo estima la procedencia de su aplicación sobre la base de dos condiciones principales: (i) **Que OSITRAN lo considere conveniente**; y, (ii) **Que se presenten alguno de los casos de subsanación mencionados en el mismo.**
- a.17. En efecto, el artículo 49° en su primera condición establece la actuación discrecional de OSITRAN de su aplicación y no dispone su aplicación inmediata al presentarse alguno de los casos de subsanación mencionados.
- a.18. Por tanto, su no aplicación en un procedimiento administrativo sancionador en el que se haya presentado alguno de los casos de subsanación señalados en el referido artículo 49° no implica la contravención a la que alude el artículo 10° de la LPAG, que constituya causal de nulidad.
- a.19. En consecuencia no corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN al no haberse producido la causal de nulidad que alude el artículo 10 de la LPAG debido a que la aplicación del artículo 49° del RIS no constituye una norma imperativa que deba ser aplicada en todos los procedimientos administrativos sancionadores en que se

presenten algunos de los casos de subsanación que se enuncian en el mismo.

a.20. Por lo tanto, al no haberse presentado un vicio trascendente que afecte la validez de la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN **corresponde desestimar la solicitud de declaración de nulidad formulada por FETRANSA en su Recurso de Apelación.**

**b. Si en el presente caso corresponde imponer a FETRANSA como sanción una multa equivalente al 1% de sus ingresos brutos del mes anterior.**

b.1. Sobre el particular, FETRANSA sostiene en su escrito de apelación, que contrariamente a lo señalado por la Gerencia General, no procede como sanción la aplicación de una multa equivalente al 1% de sus ingresos brutos del mes anterior, sino una Amonestación con carácter de preaviso o en todo caso declarar concluido el procedimiento sin la imposición de una sanción en atención a los siguientes fundamentos:

- Es la primera vez en que se ha incurrido en la infracción referida a la no inclusión de la cláusula prevista en el Numeral 21.2;
- Se ha subsanado la omisión antes de haberse iniciado el procedimiento administrativo sancionador;
- Existe precedentes jurisprudenciales de la Gerencia General en la que se ha aplicado la reducción de sanciones como es el caso de la Resolución de Gerencia General N° 001-GG-OSITRAN/PAS EXP. 007 referida a un supuesto de renovación no oportuna de las pólizas de seguros y además no se han considerado los principios de la potestad sancionadora;
- El inciso e) del artículo 47° del RIS contempla la posibilidad de concluirse un procedimiento con la suscripción de un compromiso de cese sin la imposición de una sanción, en la medida que dicho compromiso contenga las medidas y actos destinados a la subsanación de la infracción, por lo que con mayor razón debe concluirse el procedimiento si ya se subsanó la infracción; y,
- La infracción califica como leve y no grave en los términos del Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, debido a que la omisión incurrida no constituye un incumplimiento contractual sino una omisión involuntaria que no ha trascendido en daño o menoscabo alguno, ni ha puesto en peligro a personas ni a bienes.

b.2. En ese sentido, lo primero a tener en cuenta es que el Contrato de Concesión contiene en su Anexo N° 9 un régimen de penalidades aplicables a los incumplimientos contractuales.

b.3. En dicho régimen se establecen las categorías de las infracciones, criterios para determinar la categoría que corresponde a la infracción cometida y las penalidades que corresponden ser aplicadas.

- b.4. Sobre el particular, la Gerencia General ha considerado que la infracción cometida por FETRANSA debe ser sancionada con una multa equivalente al 1% de los ingresos brutos del mes anterior de dicha empresa, al considerar que de acuerdo a lo previsto en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, la infracción cometida califica como infracción grave y es la primera vez que la empresa concesionaria incurre en la infracción al Numeral 21.2 del Contrato.
- b.5. En efecto, el Anexo N° 9 dispone que corresponden a las infracciones graves que se produzcan por primera vez una multa equivalente al 1% de los ingresos brutos del mes anterior.
- b.6. FETRANSA entiende que de acuerdo a lo expresado en el referido Anexo N° 9, la infracción cometida califica como leve y no grave pues considera que la omisión incurrida no constituye un incumplimiento contractual sino una omisión involuntaria que no ha trascendido en daño o menoscabo alguno, ni ha puesto en peligro a personas ni a bienes.
- b.7. Al respecto, debe tenerse presente que el Anexo N° 9 establece como criterios para que una infracción sea leve los siguientes: (i) que la infracción sea subsanable fácilmente; (ii) que no sea reiterada; (iii) que no vulnere obligaciones importantes; y (iv) que no ponga en peligro a personas o bienes en menor grado.
- b.8. En el presente caso, la infracción cometida está configurada por ***no cumplir lo dispuesto en el Numeral 21.2 de la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Concesión que obliga a que las pólizas que contrate FETRANSA incorporen obligatoriamente una cláusula mediante la que la aseguradora se obligue a que procederá al pago inmediato, sin que sea necesario que previamente reciba el pago de su reaseguradora.***
- b.9. Cabe indicar que dicha obligación incumplida forma parte de la obligación principal asumida por FETRANSA al suscribir el Contrato de Concesión que se encuentra expresamente estipulada en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Concesión, denominada "Obligaciones del Concesionario", que dispone el compromiso del concesionario (FETRANSA) **de contratar y mantener vigentes los seguros que correspondan de acuerdo a lo previsto en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Concesión.**
- b.10. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión denominada "**Caducidad de la Concesión**" en su Numeral 20.1.12. contempla como causal que produce la caducidad de la concesión expresamente el supuesto en que **FETRANSA no cumpla con otorgar o renovar oportunamente la Carta Fianza o los Seguros exigidos por el Contrato o si cualquiera de ellos fuera emitido en términos y condiciones distintos a los pactados en el Contrato.**

- b.11. En el presente caso, como ha sido mencionado, FETRANSA incumplió con lo dispuesto en el Numeral 21.2 del Contrato de Concesión referido precisamente a la obligación contractual de consignar en la pólizas que se emitan la cláusula de compromiso de la aseguradora de no oponer al pago inmediato el pago previo de la reaseguradora.
- b.12. En ese sentido, **el incumplimiento de FETRANSA no sólo es a una obligación principal contenida en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato de Concesión sino también constituye causal de caducidad contemplada en la Cláusula Vigésima del Contrato.**
- b.13. Como consecuencia de ello, consideramos que la infracción cometida no califica de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo N° 9 como infracción leve, como lo sostiene FETRANSA, pues no se cumplen con los criterios previstos en dicho Anexo para proceder a tal calificación.
- b.14. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el Anexo N° 9 un incumplimiento a una obligación importante, como es la referida a las pólizas de seguros (que además constituye causal de caducidad), no puede ser catalogada como infracción leve, pues para ello, tendría que entenderse que el incumplimiento a lo dispuesto en el numeral 21.2 del Contrato de Concesión pese a originar una causal de caducidad constituye una infracción leve, lo cual es un contrasentido a lo dispuesto expresamente en el Contrato de Concesión, por lo que corresponde confirmar el pronunciamiento de la Gerencia General en este extremo.
- b.15. FETRANSA además ha sostenido que de acuerdo a lo estipulado en el RIS debe reducirse la sanción impuesta a una Amonestación con carácter de Pre aviso o en todo caso concluirse el procedimiento sin sanción alguna al haberse subsanado el incumplimiento antes de que se notifique el inicio del presente procedimiento sancionador.
- b.16. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la Gerencia General ha considerado no concluir el procedimiento ni reducir la sanción a una Amonestación con carácter de Pre Aviso en atención a que existen varios incumplimientos que han sido materia de sanción por OSITRAN sobre la obligación de FETRANSA **de contratar y mantener vigentes los seguros que correspondan de acuerdo a lo previsto en la Cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Concesión.**
- b.17. En ese sentido, la Gerencia General ha considerado conveniente no reducir la sanción pese a que la misma ha sido subsanada, ni tampoco concluir el procedimiento por cuanto ha estimado que existen precedentes sancionadores que no han conseguido disuadir la conducta negligente de FETRANSA en el cumplimiento de su obligación referida a las pólizas de seguros.

- b.18. Como ha sido mencionado, la posibilidad de reducir la sanciones o de aceptar un compromiso de cese constituyen prerrogativas de OSITRAN frente a incumplimientos que buscan incentivar la oportuna subsanación de las infracciones cometidas.
- b.19. Sin embargo, en el presente caso, conforme a los documentos que obran en el expediente, FETRANSA ha incumplido con lo dispuesto en el Numeral 21.2 del Contrato de Concesión , desde el 20 de setiembre de 2002 hasta el 15 de mayo de 2003 en que se acredita la subsanación. Es decir, FETRANSA se encontró en **una situación de incumplimiento (que además es causal de caducidad) por más de siete meses** sin subsanar el incumplimiento y poniendo en riesgo la cobertura de los bienes de la concesión, en cuanto a su posibilidad de recuperación inmediata frente a un eventual siniestro, pudiendo haber perjudicado la prestación de los servicios.
- b.20. En tal sentido, de acuerdo a que en anteriores oportunidades, ya se ha sancionado incumplimientos a obligaciones vinculadas a la obligación principal de FETRANSA en materia de seguros; y que dichas sanciones fueron materia de reducción en su oportunidad, no corresponde en el presente caso aplicar la reducción de la sanción.
- b. 21 Por otro lado, FETRANSA en su escrito ampliatorio de agravios ha señalado que la omisión incurrido no representa ningún perjuicio en términos reales al pago de las pólizas de seguros, pues a pesar de no haber incluido la cláusula en las pólizas de seguros referida al pago inmediato, el artículo 322° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros que constituye una norma imperativa expresamente dispone lo siguiente:
- “Artículo 322° .- El contrato de reaseguro no subordina las relaciones que emanan del contrato de seguro. En consecuencia el pago de un siniestro derivado del contrato de seguros no puede quedar condicionado a las relaciones existentes entre la empresa de seguros y el reasegurador.”*
- b.22 En ese sentido, afirma que la no inclusión no impediría el pago de la póliza pues de existir un siniestro no es legalmente posible que la compañía de seguros se niegue al pago alegando las condiciones pactadas con su reaseguradora.
- b.23 Sobre el particular, debe tenerse presente que el artículo 322 de la Ley N° 26702 en efecto impide que la compañía aseguradora deje de pagar un siniestro alegando condiciones pactadas con su reaseguradora.
- b.23 Sin embargo, dicha prohibición legal no es la que se pretende garantizar en el Contrato de Concesión, con la exigencia de la cláusula de pago inmediato a la que alude el Numeral 21.2 del Contrato de Concesión.

- b.24 El Contrato de Concesión al exigir que FETRANSA incluya en sus pólizas de seguros la obligación de proceder al pago inmediato en caso de siniestros, busca que no exista demora de ningún tipo en el desembolso para permitir precisamente reparar o reponer los bienes asegurados que en el presente caso, permitan la continuidad del servicio público que dichos bienes permiten prestar .
  - b.25 Usualmente el pago de un siniestro depende de la pericia que haga el ajustador de seguro para determinar el daño y valorar el siniestro, lo cual se materializa en un informe.
  - b.26 En el caso de pólizas con reaseguros ocurre lo mismo y se debe esperar el informe del perito ajustador, lo cual no contraviene lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley N° 26702.
  - b.27 Lo que pretende el Numeral 21.2 es que no se tenga que esperar el Informe del perito ajustador para que se pague inmediatamente el siniestro. Ello se consigue precisamente con la inclusión de la cláusula que debió incorporar en las pólizas de seguros.
  - b.28 De haberse producido un siniestro la compañía de seguros podía haber esperado el pago a la conclusión del informe del perito ajustador y no proceder al pago inmediato que requiere el Contrato de Concesión sin que por ello se incumpla el artículo 322 de la Ley N° 26702, con lo cual la argumentación formulada por FETRANSA en este extremos deviene en infundada.
  - b.29. En ese sentido, considerando precisamente los principios de la potestad sancionadora contenidos en la LPAG, el de razonabilidad que dispone que autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para le infractor que cumplir con las normas infringidas es que en el presente caso, no debe aplicarse la reducción de la sanción que faculta el artículo 49° del RIS y menos aún concluir el procedimiento sin sanción alguna.
  - b.30. Por lo tanto, se considera que en el presente caso, corresponde confirmar la Resolución de Gerencia General N° 031-2003-GG-OSITRAN y en consecuencia confirmar la calificación cometida como grave y disponer como sanción la aplicación de la multa equivalente al 1% de los ingresos brutos del mes anterior.
- 3.3. Considerando los resultados de la evaluación de las cuestiones a resolver se determina que corresponde desestimar la solicitud de nulidad formulada por FETRANSA en su escrito de Apelación al no haberse presentado un vicio trascendente que afecte la validez de la Resolución de Gerencia General N°031-2003-GG-OSITRAN y asimismo, confirmar la calificación cometida como grave y disponer como sanción la aplicación de la multa equivalente al 1% de los ingresos brutos del mes anterior.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 13 de noviembre de 2003;

**SE RESUELVE :**

**Artículo Primero.-** Declarar infundado en todos sus extremos el Recurso de Apelación presentado por Ferrocarril Transandino S.A. contra la Resolución de Gerencia General N°031-2003-GG/OSITRAN y en consecuencia se confirma la sanción impuesta a Ferrocarril Transandino S.A., ascendente al pago de una multa equivalente al 1% de los ingresos brutos del mes anterior por haber incumplido el numeral 21.2 del Contrato de Concesión.

**Artículo Segundo.-** Notificar la presente resolución a Ferrocarril Transandino S.A, dando por agotada la vía administrativa.

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

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