

Resolución de Gerencia General

Nº 039-2004-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Ferrocarril Transandino S.A. (FTSA)
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador por el incumplimiento de obligación al permitir la operación de coches sin autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Lima, 15 de julio de 2004.

VISTOS:

1. El escrito presentado el 16 de junio del presente año por la Entidad Prestadora Ferrocarril Transandino S.A. – en adelante FTSA - por medio del cual interpone recurso de reconsideración en contra del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN¹ y en contra de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN².

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Con carta N° 147-GL-2003/FETRANS de fecha 10 de julio de 2003, FTSA 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.

- 1.2 Con oficio N° 786-2003-MTC/14 de fecha 23 de julio de 2003, el MTC comunica a FTSA la designación del Ing. Alberto Mori Ito para que supervise las pruebas estáticas y dinámicas de suficiencia y seguridad a los seis (06) coches.
- 1.3 Mediante oficio N° 872-2003-MTC/14 de fecha 14 de agosto de 2003 el MTC remite a FTSA 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”...”.

¹ A través de este Oficio, esta Gerencia resolvió no aceptar el compromiso de cese ofrecido en el presente procedimiento y, en consecuencia, dispuso la continuación del mismo.

² Mediante dicha Resolución, esta Gerencia declaró que la empresa recurrente incumplió con las obligaciones contenidas en el numeral 7.5 del Contrato de Concesión y en el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, calificó dicho incumplimiento como muy grave y le impuso una sanción equivalente al 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa.

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

- 1.4 El 29 de agosto de 2003 FTSA 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.
- 1.5 A través del oficio N° 897-2003-MTC/14 de fecha 20 de agosto de 2003 el MTC comunicó a FTSA 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.

- 1.6 FTSA 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.
- 1.7 Mediante oficio N° 613-03-GS-O3-OSITRAN de fecha 11 de septiembre de 2003, OSITRAN solicita a FTSA remita lo actuado, y las autorizaciones emitidas por el MTC, respecto de los seis (06) coches destinados al servicio Hiram Bingham.
- 1.8 Mediante carta N° 204-GL-2003/FETRANS, del 17 de septiembre de 2003, FTASA 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.
- 1.9 Con oficio N° 994-2003-MTC/14 del 18 de septiembre de 2003, el MTC señala a FTSA 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.

- 1.10 Con oficio N° 652-03-GS-OSITRAN de fecha 23 de septiembre de 2003, OSITRAN comunica a FTSA 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.
- 1.11 FTSA 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.

- 1.12 Con oficio N° 1108-2003-MTC/14 de fecha 14 de octubre de 2003, el MTC señala a FTSA 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.
- 1.13 Mediante carta N° 235-GL-2003/FETRANS del 15 de octubre de 2003, FTSA 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.
- 1.14 El MTC, mediante oficio N° 1153-2003-MTC/14 de fecha 27 de octubre de 2003, remite a FTSA 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.
- 1.15 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.
- 1.16 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 FTSA respecto de los coches para el servicio Hiram Bingham.
- 1.17 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 FTSA 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.
- 1.18 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.
- 1.19 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 FTSA que inicia el procedimiento administrativo sancionador.
- 1.20 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 FTSA que:

- 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.
- 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.
- 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.

1.21 El 12 de febrero de 2004 se recibe la comunicación que contiene los descargos que presenta FTSA a la referida notificación, en los cuales se menciona lo siguiente:

- 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.

- 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.

- 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...”*
- Mediante oficios N° 137-2004-MTC/14 y N° 138-2004-MTC/14, el MTC plantea a FTSA 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 trucha de 914 mm ya adquiridos por PerúRail S.A. ...”*
- 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.

- 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.
 - De acuerdo a lo expuesto en el artículo 4º del Reglamento de Infracciones y Sanciones, OSITRAN deberá aplicar los principios especiales a los que alude el Art. 230º 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.
 - FTSA 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.
- 1.22 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 FTSA.
- 1.23 Con oficio N° 103-04-GG-OSITRAN de fecha 11 de marzo 2004, OSITRAN notifica a FTSA la no aceptación del Compromiso de Cese invocado.
- 1.24 Mediante carta s/n de fecha 16 de marzo de 2004, FTSA 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 FTSA, 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.

- 1.25 El 01 de abril del 2004, OSITRAN mediante oficio N° 141-04-GG-OSITRAN, se remite a FTSA 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.
- 1.26 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.
- 1.27 Mediante oficio N° 235-04-GG-OSITRAN del 17 de mayo de 2004 se notifica a FTSA 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.

- 1.28 Con carta s/n de fecha 21 de mayo 2004, FTSA señala que el oficio N° 235-04-GG-OSITRAN del 17 de mayo de 2004, mediante el cual se notifica a FTSA la Resolución de la Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN, no cumple con el requisito de validez, al no haberse incluido su motivación.
- 1.29 El 25 de mayo de 2004, mediante oficio N° 264-04-GG-OSITRAN, se remite a FTSA el Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN.
- 1.30 Mediante escrito presentado el 16 de junio del presente año, FTSA 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, FTSA sustenta el recurso de reconsideración interpuesto a través de los siguientes argumentos:

1. Respecto del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, el concesionario señala:

- 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) FTSA 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.

2. 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 FTSA 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.

1.31 FTSA 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, FTSA y PerúRail; y, (ii) copia del Informe N° 036-2004-MTC/14.05.03 del 14 de junio 2004.

1.32 En la mencionada Acta de Inspección de los trabajos de montaje, se señala que los representantes del MTC, FTSA 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.

1.33 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:

- Se informó que se habían culminado con los trabajos de montaje de las ruedas, en los ejes del coche 9002.
- Se informó que se habían culminado con los trabajos de montaje de las ruedas, en los ejes del coche 9003.
- 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.
- Se constató que los ejes y ruedas son nuevos y cuentan con la cantidad correspondiente a los coches para los que serán destinados.
- 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.
- 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.

1.34 Mediante escrito presentado el 15 de julio del presente año la empresa concesionaria remite 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 Perú Rail 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.

- 1.35 Mediante Informe Técnico Legal N° 003-04-GAL-GS-OSITRAN del 15 de julio del presente año, la Gerencia de Asesoría Legal y la Gerencia de Supervisión emiten opinión respecto de la reconsideración interpuesta en el presente procedimiento.

2. ANALISIS

A. Admisibilidad del Recurso de Reconsideración

1. El artículo 51° del Reglamento de Infracciones y Sanciones y los Artículos 207° y 208° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establecen que el recurso de reconsideración se interpone ante la misma instancia que emitió la resolución recurrida, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
2. La Resolución de la Gerencia General N° 024-2004-GG-OSITRAN fue notificada a FTSA a través del oficio N° 235-04-GG-OSITRAN de fecha 18 de mayo de 2004. Posteriormente, mediante oficios N° 245 y N° 264 de fechas 19 y 26 de mayo de 2004, respectivamente, OSITRAN efectúa una aclaración al oficio de la notificación y remite el Informe de evaluación de los descargos. En ese sentido, FTSA tenía hasta el 17 de junio de 2004 para interponer el recurso impugnativo que estimase conveniente.
3. En el presente caso, FTSA interpuso el recurso de reconsideración el día 16 de junio de 2004 dentro del plazo legalmente establecido y ha acompañado nuevas pruebas. Por lo tanto debe ser admitido, correspondiendo realizar la evaluación de fondo del recurso.

B. Delimitación de la materia a evaluar en el presente informe

1. Antes de proceder al análisis de los argumentos que sustentan el recurso presentado por la empresa concesionaria, consideramos conveniente delimitar el ámbito de evaluación sobre la base del objeto del presente procedimiento.
2. En efecto, el presente procedimiento está orientado a evaluar si el concesionario ha cumplido con sus obligaciones relativas a la prestación del servicio o supervisión de la prestación del servicio -en caso sea prestado por un tercero- en cumplimiento de las Leyes Aplicables (cláusula 7.5 del Contrato de Concesión). Dicho aspecto, a su vez, está relacionado con el cumplimiento o no de lo establecido el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, en lo relativo a la obtención de las autorizaciones correspondientes.
3. En tal sentido, cualquier argumento que no esté orientado a desvirtuar los cargos de incumplimiento antes mencionados, no resultan siendo pertinentes a efecto de la evaluación del recurso de reconsideración presentando.
4. Según lo señalado en el punto 1.30 de la sección de antecedentes de la presente resolución, en el que se reseñan los argumentos planteados por la empresa concesionaria, no son pertinentes los siguientes argumentos:
 - 4.1. Reconsideración en contra el Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN:
 - El compromiso de cese es procedente en la medida en que: (i) el Ministerio de Transportes y Comunicaciones –en adelante MTC- incurrió en error al efectuar las observaciones formuladas; y, (ii) 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.

Estos son argumentos que deben ser descartados en consideración a que los supuestos errores por parte del MTC deberían ser materia de cuestionamiento ante dicha entidad; asimismo, el hecho que el operador venga implementando los cambios sugeridos, no contradice el incumplimiento contractual materia de análisis en el presente procedimiento.

4.2 Reconsideración en contra la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN:

- 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; y, (iii) 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 todas la supervisión de todas las medidas de seguridad bajo los estándares que le son aplicables en su condición de empresa concesionaria.

De igual manera, si la empresa concesionaria está o no obligada al cumplimiento de los estándares AAR en adición a las normas FRA II, si han venido implementándolas con posterioridad al inicio del procedimiento, si existe base legal para que el MTC se las exija, o si dicha autoridad ha cometido un error en sus recomendaciones, son aspectos que no guardan directa relación con el hecho de no haber obtenido las autorizaciones conforme a ley.

5. En consecuencia, se procederá a analizar en la presente resolución los argumentos del concesionario que se mencionan a continuación:

5.1 Respecto del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN:

- Si se ha incurrido o no 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).
- Si el compromiso de cese es procedente o no en la medida en que FTSA no habría incurrido en incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual.

5.2 Respecto de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN:

- Si han incumplido o no su deber de supervisión respecto del Artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles en la medida en que: (i) el artículo 451 no les sería de aplicación por no tratarse de coches “nuevos”; y, (ii) si se trata de una disposición cuyo cumplimiento está o no está a cargo de FTSA por no ser los adquirentes de los coches ni quienes pondrían el servicio en operación.
- Si corresponde o no aplicar 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. Situación que habría dado como resultado la excesiva multa que se les ha impuesto.
- Si se ha incumplido o no 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, si los hechos considerados como incumplimiento no encuadran dentro de los supuestos del Anexo 9 del Contrato de Concesión que permiten establecer esta calificación.

C. Análisis de los argumentos presentados por la empresa concesionaria

En la medida en que la procedencia o no del compromiso de cese depende, entre otros aspectos, del nivel de gravedad de la infracción, a continuación se analizarán, en primer lugar, los argumentos de la reconsideración relativos a la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN y, luego de ello, los argumentos de la reconsideración en contra del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN.

C.1 Reconsideración en contra de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN

C.1.1. Incumplimiento contractual

1. Sobre este aspecto, la empresa concesionaria afirma que el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles no es de aplicación por no tratarse de coches “nuevos”, que el cumplimiento de dicha norma no es de su responsabilidad y que no ha incumplido su Contrato de Concesión.
2. En relación con el término “nuevos” contenido en el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles, es necesario señalar que los coches que viene operando PerúRail para el servicio Hiram Bingham se encuentran bajo el ámbito de dicha norma, a pesar de haber operado en otro país, pues son nuevos en el sentido en que recién se han incorporado al parque rodante del Perú.
3. De otra parte, respecto de los argumentos consistentes en que el cumplimiento de la referida norma no es de su responsabilidad y, en consecuencia, que no han incumplido su Contrato de Concesión, FTSA sostiene 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 ...”.

4. Sin embargo debe tenerse presente que lo que se ha imputado a FTSA es el incumplimiento del numeral 7.5 del Contrato de Concesión (denominado Cumplimiento de Leyes Aplicables), así como del Artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, en atención a que en la mencionada cláusula se estipula puntualmente 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, bien sea en caso en que los preste directamente o a través de terceros. Adicionalmente, debe cumplir obligatoriamente con las normas sobre seguridad ferroviaria señalados en el numeral 7.7 de la cláusula séptima y en el Anexo 6, referidos a las normas FRA Class II.
5. Por su parte, de acuerdo a lo definido por el propio Contrato de Concesión (cláusula 1.1) se entiende por “Leyes Aplicables” a “... cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.”

En consecuencia, el término “Leyes Aplicables” abarca las normas que son de aplicación a la prestación de los servicios de transporte ferroviario, entre las cuales se encuentra el Reglamento General de Ferrocarriles. En consecuencia, los servicios que brinda el Operador Ferroviario Perú

Rail a través de los coches Hiram Bingham se encuentran dentro del ámbito de lo establecido por el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles.

Siendo ello así, queda en evidencia que la responsabilidad de la empresa concesionaria respecto del citado artículo, se deriva de la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión.

6. Sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, es importante señalar que existen numerosas referencias en el Contrato de Concesión que permiten, a través de una lectura e interpretación sistemática del mismo, arribar a la conclusión que la empresa concesionaria ha incurrido, en el presente caso, en incumplimiento de sus obligaciones. Entre ellas podemos señalar:

- 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)*

- En el primer párrafo de la propia 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 alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, haciéndose la precisión que el cumplimiento de dicha obligación excluye las restantes que, como es obvio, resulten aplicables.
- También en dicho párrafo del Contrato 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).
- 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)
- 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...”

7. 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 dar cumplimiento y supervisar el cumplimiento por parte del operador de la obligación contenida en el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles.

8. De otra parte, las nuevas pruebas en que FTSA sustenta su recurso de reconsideración no acreditan hechos que desvirtúen el incumplimiento contractual detectado, en la medida en que no permiten concluir que haya contado con las autorizaciones establecidas por el Reglamento General de Ferrocarriles antes de la puesta en servicio.
9. En efecto, según se desprende del contenido del Acta de inspección de los trabajos de montaje, realizado en Arequipa el 11 de junio de 2004 y del Informe N° 003-2004-MTC, mencionados en el literal anterior, en dichos documentos sólo se señalan los comentarios y apreciaciones del MTC, de FTSA y de PerúRail respecto de los resultados de las pruebas realizadas para evaluar las condiciones de seguridad de los coches de la serie 9000 por la adaptación incorrecta de la trocha original de los coches (1000 mm) a la trocha de la vía del Ferrocarril del Sur Oriente (914 mm), hasta que se instalen los ejes especiales para la trocha de 914 mm, conforme fue observado por el MTC.
10. En consecuencia, ni el Acta de inspección de los trabajos de montaje, ni el Informe N° 003-2004-MTC, ni los argumentos expuestos por la empresa concesionaria ponen en evidencia hechos o razones que permitan concluir que no incumplió su Contrato de Concesión, motivo por el cual corresponde declarar infundado este extremo del recurso de reconsideración interpuesto.

C.1.2 Aplicación de la sanción

1. 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, que no se ha motivado la aplicación de la calificación “muy grave” para el incumplimiento bajo análisis y que, adicionalmente, dicha calificación es errada.
2. En relación con la aplicación del principio de razonabilidad³, 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).
3. 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.

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 ésta 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

³ **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.

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.

4. En el presente caso, en primer lugar, es necesario señalar que no nos encontramos en el marco de la evaluación de infracciones administrativas, sino de penalidades contractuales. Sin perjuicio de ello, el régimen de penalidades contractuales 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 penalidad contractual aplicable.
5. 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.
6. En el ámbito de determinación de la penalidad contractual aplicable al incumplimiento detectado, el Regulador no tiene discrecionalidad alguna, 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 General. Actuar de manera distinta sería decidir la penalidad en contra de lo establecido por el Contrato de Concesión.
7. Un segundo 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.
8. 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) puede verse 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. Sin embargo, tal como afirma la empresa concesionaria, en dichos documentos no se ha explicado o sustentado adecuadamente la determinación de dicha calificación.
9. En tal sentido, consideramos que, en atención al recurso de reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria para que la Gerencia General subsane tal omisión, corresponde que esta Gerencia, en este mismo acto y sobre la base del principio de informalismo previsto en el numeral 1.6 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴, proceda a evaluar y decidir el nivel de gravedad del incumplimiento detectado y la penalidad contractual aplicable. Esta decisión, además de subsanar la omisión detectada, servirá para decidir acerca del argumento de la empresa concesionaria sobre la existencia de un error en la calificación del incumplimiento.

⁴ **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

(...)

- 1.6. **Principio de informalismo.-** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

10. 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 MTC. 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.”*

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.

11. Por su parte, 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).

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, está descartada la calificación de “leve”, quedando por decidir si dicho riesgo se ha producido en menor o mayor grado.

12. En este punto es importante tener en consideración dos documentos: el Oficio N° 994-2003-MTC/14 del 18 de setiembre de 2003 y el Oficio N° 692-2004-MTC/14 del 12 de julio de 2004.

13. Mediante el Oficio N° 994-2003-MTC/14 dirigido al Gerente de Servicios Legales de la empresa concesionaria, el Director General de Caminos y Ferrocarriles del MTC 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 ...”*

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. En tal sentido, consideramos que el incumplimiento contractual implican el peligro y riesgo a personas en mayor grado; por lo que, según lo dispuesto por el Anexo 9 del Contrato, corresponde calificar el incumplimiento y sancionarlo de la misma manera en que se realizó a través de la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN

14. Mediante Oficio N° 692-2004-MTC/14, que fuera acompañado por la empresa concesionaria a su escrito de fecha 15 de julio del presente año, 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.

Si bien la empresa concesionaria ha presentado documentación por la cual demuestra que ha regularizado el incumplimiento, dicho documento no supone ni eliminar el incumplimiento detectado, ni restar gravedad a su comisión. En todo caso, dicho documento podría servir como un atenuante en el supuesto en que en el Contrato de Concesión se hubiese establecido un rango dentro del cual aplicar la penalidad, en lugar del monto fijo (porcentaje) que aparece en el Anexo 9. En consecuencia, en el marco del régimen de penalidades no es posible considerar esta circunstancia atenuante, bajo riesgo de actuar contraviniendo los términos pactados en el Contrato de Concesión.

15. Por último, si bien esta Gerencia omitió la motivación de su decisión respecto de la calificación del incumplimiento, al emitir la presente resolución se está subsanando dicha omisión, correspondiendo que se declare infundado este extremo de la reconsideración en atención a que se está confirmando la calificación y determinación de la penalidad señalada en la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN.

C.2. Reconsideración en contra del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN

En relación con el recurso de reconsideración planteado en contra del Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, la empresa concesionaria señala que se ha incurrido en un vicio de nulidad al aplicarse el Reglamento de Infracciones y Sanciones derogado (Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, modificada por la 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); y que el compromiso de cese no es procedente en la medida en que FTSA no ha incurrido en el incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual.

C.2.1 Aplicación de las normas del Reglamento de Infracciones y Sanciones

1. Sobre este aspecto, es necesario tener en consideración lo dispuesto por la Primera Disposición Transitoria del Reglamento de Infracciones y Sanciones (aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN), el cual 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 establecido por el Reglamento sea más favorable al administrado.*
 - b. *Los procedimientos iniciados durante la vigencia del reglamento derogado continuarán rigiéndose por el mismo.*
2. 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 inciso a) de dicha disposición está destinado a regular los aspectos sustantivos en el caso de infracciones, mientras que el inciso 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.

3. Según lo señalado en el oficio materia de la presente reconsideración, el ofrecimiento de compromiso de cese se rechaza de conformidad con lo establecido por el literal e) del artículo 47 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.

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.

4. 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.
5. 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.
6. De otra parte, entendemos que son disposiciones procedimentales relacionadas con el compromiso de cese, por ejemplo, las contenidas en el artículo 69 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.
7. Tratándose el inciso e) del artículo 47 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.
8. 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 reconsideración interpuesto.
9. No queremos dejar de mencionar que, en el negado supuesto 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.

C.2.2 Procedencia del compromiso de cese

1. Sobre este aspecto, la empresa concesionaria considera que procede el compromiso de cese en la medida en que no ha incumplido una obligación sustantiva de índole contractual.
2. Al respecto, habiendo determinado que es de aplicación al presente caso el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD-OSITRAN) es importante tener en consideración que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo inciso e) de su artículo 47, no puede aceptarse el compromiso de cese en caso de incumplimiento de una obligación contractual de índole sustancial.
3. De acuerdo a lo expuesto a lo largo de la presente resolución, la empresa concesionaria sí ha incumplido una obligación de índole contractual, quedando por determinar si ésta era o no una obligación sustantiva.
4. 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 criterio de esta Gerencia, 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, se trata de una obligación de índole sustancial.

5. 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.
6. Por los motivos anteriormente expuestos, esta Gerencia considera que corresponde declarar infundado este extremo del recurso de reconsideración interpuesto.

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

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.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JORGE ALFARO MARTIJENA
Gerente General