

# Resolución de Gerencia General

N° 027-2006-GG-OSITRAN

## PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

**PROCEDENCIA** : Gerencia de Supervisión (GS)  
**ENTIDAD PRESTADORA** : FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A. (FVCA)  
**MATERIA** : Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución N° 019-2006-GG-OSITRAN

Lima, 16 de junio de 2006

### I. ANTECEDENTES

1.1. Con fecha 30 de enero del presente año, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN efectuó una inspección no programada al Km 103.160 de la vía Callao-Huancayo, en la que se constató que las obras referidas a la muralla y techado de la losa deportiva para convertirla en un coliseo cerrado de uso múltiple ubicada dentro del área de la concesión del Ferrocarril del Centro se encontraban en plena ejecución.

1.2. Con fecha 03 de febrero de 2006, la Gerencia de Supervisión recibe el Informe de hallazgo N° 025-06-GS-OSITRAN, en el cual se analizan los antecedentes del tema y se concluye que:

*“FVCA incumplió con lo señalado en el numeral 16.2 del Contrato de Concesión, respecto a que corresponde al Concesionario la adopción de todas y cada una de las medidas necesarias para la defensa de la Concesión y/o de los bienes de la Concesión, incluyendo pero no limitándose a comunicar por escrito al Concedente, en el mismo plazo, condiciones y efectos previstos en el numeral 18.3 del contrato de concesión, de la existencia de cualquier situación que pudiera repercutir negativamente sobre ella.”*

1.3. Mediante el Oficio N° 223-06-GS-OSITRAN, recibido por FVCA con fecha 03 de marzo de 2006, se notificó el procedimiento administrativo sancionador que se establece en el artículo 66.3° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN. Y con base en el Informe N° 037-05-GS-OSITRAN, se le notifica a FVCA que:

*“Incumplió con las obligaciones establecidas en la cláusula 16.2, que son complementadas con la responsabilidad sobre los bienes de la concesión contenida en la cláusula 3.8, respecto a la defensa de la concesión y/o de los Bienes de la Concesión, incluyéndose pero no limitándose a comunicar por escrito al Concedente, en el mismo plazo, condiciones y efectos previstos en el*

*numeral 18.3 del Contrato de Concesión, de la existencia de cualquier situación que pudiera repercutir negativamente sobre la concesión.”*

- 1.4. Finalmente, se le informa a FVCA que conforme al referido Régimen de Penalidades aplicables a los incumplimientos del concesionario contenido en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión, y teniendo en consideración los hechos ocurridos, la infracción descrita califica como Muy Grave, toda vez que la construcción del mencionado inmueble, dentro de la Zona del Ferrocarril, pone en peligro a personas en mayor grado y afecta a los bienes de la concesión en forma integral.
- 1.5. Mediante Oficio N° 018-06-GG-OSITRAN de fecha 27 de abril de 2006, se notifica a FVCA la Resolución de la Gerencia General N° 019-2006-GG-OSITRAN recaída en el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio por la Gerencia de Supervisión de OSITRAN por incumplimiento de lo establecido en la Cláusula 16.2 del Contrato de Concesión.

Dicha Resolución resuelve lo siguiente:

**“PRIMERO:** Declarar que la empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A. no cumplió con lo establecido en la Cláusula 16.2 del Contrato de Concesión al no haber actuado debidamente ante la ejecución indebida de obras dentro del Área de Concesión del Ferrocarril Central; incurriendo en infracción MUY GRAVE;

**SEGUNDO:** Imponer como sanción una multa de 5% de los Ingresos Brutos del mes anterior al que se cometió la infracción, a la empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A., por no haber cumplido con las obligaciones establecidas en el numeral 16.2 del Contrato de Concesión, manteniendo la obligación de reestablecer las condiciones vigentes a la Fecha de Cierre, sobre los bienes materia del presente expediente.

**TERCERO:** Notificar la presente resolución a la empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A.

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

- 1.6. Mediante escrito presentado el 16 de junio del presente año, FVCA 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, FVCA sustenta el recurso de reconsideración interpuesto en los siguientes argumentos:
- 1.7. FVCA ha actuado en defensa del Contrato de Concesión de manera inmediata, adoptando todas y cada una de las medidas necesarias.

1.8. FVCA no ha incurrido en ninguna de las penalidades contractuales contenidas en el Anexo N 9 del Contrato de Concesión que podría calificarse como muy grave, para imponer sanciones.

1.9. Mediante escrito presentado el 31 de mayo del presente año, la empresa concesionaria remite documentación complementaria al Recurso de Reconsideración, presentando un video conteniendo el paso del tren por el costado de la losa deportiva y copia del Oficio N° 039-2006-OCI/MPH-M del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Provincial de Huarochirí - Matucana.

## **II. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN**

2.1. 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.

2.2. La Resolución de la Gerencia General N° 019-2006-GG-OSITRAN fue notificada a FVCA a través del oficio N° 018-06-GG-OSITRAN de fecha 27 de abril de 2006.

2.3. En el presente caso, FVCA interpuso el recurso de reconsideración el día 19 de mayo de 2006 dentro del plazo legalmente establecido; y, aunque no lo menciona en su escrito impugnativo, ha acompañado nuevas pruebas. Por lo tanto, debe ser admitido a trámite, correspondiendo realizar la evaluación de fondo del recurso.

## **III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN**

De la lectura del recurso de reconsideración se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:

- a) Si FVCA ha actuado inmediatamente en defensa del Contrato de Concesión, adoptando todas y cada una de las medidas necesarias, de conformidad con la obligación dispuesta en el Numeral 16.2 del Contrato de Concesión.
- b) Si FVCA ha incurrido en alguna de las penalidades contractuales contenidas en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión para calificar como muy grave la sanción impuesta.

## **IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:**

**FVCA ha actuado en defensa del Contrato de Concesión de manera inmediata, adoptando todas y cada una de las medidas necesarias.**

4.1. Sobre este aspecto, la empresa concesionaria afirma que ha actuado inmediatamente en defensa del Contrato de Concesión adoptando todas las

medidas legales necesarias, toda vez que la Gerencia General ordenó que se efectúen las acciones correspondientes y la inmediata paralización de la obra.

- 4.2. Agrega la empresa concesionaria que como consecuencia de las acciones realizadas, se efectuó la constatación policial que consta como nueva prueba en el Recurso de Reconsideración, para luego interponer la Denuncia Penal correspondiente.
- 4.3. También menciona que el simple hecho de no comunicar por escrito al Concedente en el mismo plazo, condiciones y efectos previstos en el Numeral 18.3 del Contrato de Concesión, no implica en modo alguno atribuirle una conducta negligente o dolosa.
- 4.4. Al respecto, es necesario señalar lo que establece el Numeral 16.2 del Contrato de Concesión:

*“16.2 **Vigencia del derecho a la Concesión.** El Concedente esta obligado a velar y asegurar la vigencia de los derechos otorgados al Concesionario, durante la duración de este Contrato. El Concedente se obliga a utilizar, en forma eficaz y rápida, los mecanismos legales necesarios a fin de proteger esos derechos. Sin perjuicio de esto último, corresponde al Concesionario la adopción de todas y cada una de las medidas necesarias para la defensa de la Concesión y/o de los Bienes de la Concesión, incluyendo pero no limitándose a comunicar por escrito al Concedente, en el mismo plazo, condiciones y efectos previstos en el numeral 18.3. de este Contrato, de la existencia de cualquier situación que pudiera repercutir negativamente sobre ella.”*

- 4.5. En virtud de lo dispuesto en la precitada cláusula, existe una obligación del concesionario de adoptar todas y cada uno de las medidas necesarias para la defensa de la Concesión y/o de los bienes de la concesión.
- 4.6. Además, es pertinente mencionar lo que establece el artículo 1314° del Código Civil, de aplicación supletoria al presente caso, que a la letra señala lo siguiente:

*“**Artículo 1314°.- Imputabilidad por inejecución de la obligación**  
Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso.”*

- 4.7. Según FVCA, y tal como se demuestra en los documentos que obran en el recurso de reconsideración<sup>1</sup>; dicha empresa concesionaria actuó con diligencia ordinaria; es

---

<sup>1</sup> La Constatación Policial de fecha 19 de marzo de 2006, la Carta de fecha 24 de octubre de 2005 dirigida a la Municipalidad de Huarochirí – Matucana, Oficio N° 077-2005/OF.Z.HRI.GRL del 27 de octubre de 2005, Oficio N° 0010-2005-PDM-PMH-M, Oficio N° 173-2005/GDU-MPH-M de fecha 22 de noviembre de 2005, Copia de la Denuncia Penal interpuesta ante la Fiscalía, constancia de la paralización de la obra otorga por la Municipalidad Provincial de Huarochirí – Matucana.

decir, que el obligado a cumplir con la adopción de las medidas necesarias para la defensa de la concesión y de sus bienes actuó diligentemente para lograr defender los bienes de la concesión, que estaban siendo alterados por terceras personas ajenas a la relación contractual.

- 4.8. En consecuencia, no le alcanza responsabilidad por el cumplimiento de esta obligación contractual, toda vez que FVCA no ha tenido injerencia en la realización de las obras referidas a la muralla y techado de la losa deportiva para convertirla en un coliseo cerrado de uso múltiple ubicada dentro del área de la concesión del Ferrocarril del Centro, realizadas por la Municipalidad de Huarochirí – Matucana y el Gobierno Regional de Lima.
- 4.9. Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que de la documentación que obra en el recurso de reconsideración y que demuestran la debida diligencia con la que actuó FVCA, lo cierto es que tanto la denuncia penal como la constatación policial son de enero y marzo de 2006, respectivamente, es decir, después de tres y cinco meses se adoptaron las medidas legales necesarias para dejar constancia de las obras realizadas, considerando que éstas comenzaron en el mes de octubre de 2005.
- 4.10. Queda pues en evidencia que, a pesar que ha quedado demostrado que FVCA actuó con la debida diligencia para la defensa de la concesión y de sus bienes, éstas acciones no fueron realizadas en la debida oportunidad, además de no haberlo comunicado formalmente al Concedente tal como lo establece el Numeral 16.2 del Contrato de Concesión, el cual hace referencia a que dicha comunicación se debe de realizar en el plazo, condiciones y efectos previstos en el numeral 18.2 del contrato, cuando exista cualquier situación que pudiera repercutir sobre ella.
- 4.11. En conclusión, y de acuerdo al análisis efectuado del presente argumento además de la documentación probatoria presentada, si bien FVCA actuó en defensa del Contrato de Concesión, adoptando todas y cada una de las medidas necesarias, de conformidad con la obligación dispuesta en el Numeral 16.2 del Contrato de Concesión, sin embargo no lo hizo oportunamente de acuerdo a la forma prevista en el referido Numeral, motivo por el cual corresponde declarar fundado en parte este extremo del recurso de reconsideración interpuesto.

**Si FVCA ha incurrido en alguna de las penalidades contractuales contenidas en el Anexo N° 9 del Contrato de Concesión para calificar como muy grave la sanción impuesta**

- 4.12. Sobre este aspecto, la empresa concesionaria afirma que la calificación de Muy Grave resulta incorrecta, máxime si el supuesto incumplimiento negado por parte de ellos resulta fácilmente subsanable, no ha sido reiterado, no vulnera obligaciones importantes y no pone en peligro a personas ni bienes.
- 4.13. Al respecto, 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.

- 4.14. Sobre el particular, de la revisión de lo resuelto por la Gerencia General a través de la Resolución N° 019-2006-GG-OSITRAN se puede verificar que, luego de haber verificado el incumplimiento contractual por parte de la empresa concesionaria, se ha procedido a calificarlo como “muy grave” afirmándose que dicha calificación se realiza conforme al Anexo 9. Sin embargo, tal como afirma la empresa concesionaria y según lo demuestra la documentación presentada en calidad de medios probatorios, se está subsanando la omisión detectada acerca del incumplimiento de la obligación contenida en el Numeral 16.2.
- 4.15. En tal sentido, en atención al recurso de reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria para que la Gerencia General subsane tal omisión, corresponde que dicha Gerencia, en el 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 General<sup>2</sup>, proceda a evaluar y decidir el nivel de gravedad del incumplimiento detectado y la penalidad contractual aplicable.
- 4.16. Con la finalidad de evaluar el nivel de gravedad del cumplimiento tardío de la obligación contractual por parte de FVCA, es necesario aplicar el Anexo 9 del Contrato de Concesión establece una serie de criterios para calificar la gravedad del incumplimiento detectado. En 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”.
- 4.17. Además, esta calificación prevé que el incumplimiento sea subsanable fácilmente, que no sea reiteradas y que no vulnere las obligaciones importantes previstas en el contrato de concesión.
- 4.18. Según lo anteriormente expuesto, en el presente se configura la categoría de “Leve”, al haberse subsanado la omisión tipificada por la Gerencia General, además el cumplimiento tardío de la obligación contractual no es una infracción reiterada y no vulnera obligaciones importantes ni pone en peligro a personas ni bienes.
- 4.19. Esta última afirmación se confirma por el hecho que el tema relativo a la seguridad de las personas y de los bienes no ha sido materia de instrucción de la Gerencia de Supervisión ni de lo concluido en su Informe N° 091-06-GS-OSITRAN, el cual únicamente proponía sanción por el incumplimiento del Numeral 16.2 del Contrato de Concesión relativo a la Vigencia del derecho a la concesión.

---

<sup>2</sup> **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.

4.20. De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente informe, la empresa concesionaria ha cumplido tardíamente la obligación de índole contractual establecida en el Numeral 16.2 del Contrato de Concesión, por lo que la infracción califica como leve.

4.21. Por los motivos anteriormente expuestos, corresponde declarar fundado este extremo del recurso de reconsideración interpuesto.

Por lo expuesto se **RESUELVE**:

**Primero:** Declarar fundado en parte el recurso de reconsideración de fecha 19 de mayo de 2006 interpuesto por la empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A. en contra de la Resolución N° 019-2006-GG-OSITRAN; y, en consecuencia calificar la infracción cometida como "Leve" e imponer como sanción un Pre Aviso, de acuerdo a lo que corresponde en el Anexo 9 del Contrato de Concesión por haber cumplido tardíamente con su obligación contractual dispuesta en el Numeral 16.2 del referido contrato.

**SEGUNDO :** Notificar a Ferrovías Central Andina S.A., la presente Resolución así como el Informe N° 032-06-GAL-OSITRAN.

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

Regístrese, Comuníquese y Archívese.

**ERNESTO MITSUMASU FUJIMOTO**  
**Gerente General**