RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 037 -2004-CD-OSITRAN

Lima, 7 de setiembre de 2004

ENTIDAD PRESTADORA : **FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (FTSA)**
SECTOR : **Infraestructura Ferroviaria de Uso Público**
MATERIA : **Impugnación de la Resolución Nº 025-2004-GG-OSITRAN.**

VISTO: El Informe Nº 091-04-GAL-OSITRAN del 1 de setiembre de 2004 elaborado por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, mediante el cual se analiza el Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia General Nº 025-2004-GG-OSITRAN, que sancionó a la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. – FTSA con veinte (20) UIT's por incumplimiento de normas contenidas en el Reglamento Marco de Acceso - REMA.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante Oficio Nº 002-2002-GG/OSITRAN del 20 de febrero de 2002 se solicita a FTSA que, en aplicación de la Disposición Final del REMA, remita los contratos de acceso suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia. Asimismo, se le indica que de acuerdo al artículo 24º de dicho Reglamento, los contratos de acceso que se celebren deben ser remitidos a OSITRAN dentro de los quince (15) días posteriores a su suscripción.
- 1.2. Mediante Carta Nº 51-GL-2002/FETRANS del 16 de abril de 2002, FTSA remite a OSITRAN un contrato de arrendamiento celebrado con PeruRail y suscrito el 18 de agosto de 2000, a través del cual se alquila ciertas áreas de las Estaciones de San Pedro, Ollanta, Machu Picchu y Aguas Calientes. De igual manera, a través de un Addendum Ampliatorio de fecha 30 de marzo de 2001 FTSA da en arrendamiento a PeruRail la Estación de Poroy.
- 1.3. Mediante Carta Nº GG/GG-10-FC del 15 de enero de 2003, el operador ferroviario Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu - FERSIMSAC solicita a FTSA que le otorgue en alquiler la Estación de Pachar.
- 1.4. Mediante Cartas Nº GG/GG-011-FC y Nº GG/GG-022-FC del 24 de enero y 3 de marzo de 2003, respectivamente, FERSIMSAC reitera su pedido de alquiler de la mencionada Estación.
- 1.5. Mediante Carta Nº 43-GL-2003/FETRANS del 04 de marzo de 2003, FTSA comunica a FERSIMSAC que el acceso a la estación de Pachar está subordinado a la suscripción de un contrato de acceso a la vía férrea.

- 1.6. Mediante Cartas N° GG/GG-034-FC y N° GG/GG-039-FC del 27 de marzo y 15 de abril de 2003, respectivamente, FERSIMSAC reitera a FTSA la solicitud de condiciones económicas para el alquiler de estaciones.
- 1.7. Mediante Carta N° 92-GL-2003/FETRANS del 7 de abril de 2003, FTSA informa a FERSIMSAC sobre las áreas libres que tienen en las Estaciones de Pachar y Pampacahua.
- 1.8. Mediante Carta N° GG/GG-046-FC del 05 de mayo de 2003, FERSIMSAC solicitó a FTSA la identificación en un plano de las áreas de las Estaciones de Pachar y Pampacahua que se encuentren libres al no estar arrendadas a PeruRail, así como que se le remita el contrato de alquiler correspondiente.
- 1.9. Mediante Carta N° 104-GL-2003/FETRANS del 13 de mayo de 2003, FTSA informa a FERSIMSAC el detalle del precio de alquiler mensual de las áreas disponibles en las estaciones de Pachar y Pampacahua, remite los planos de las estaciones mencionadas con las áreas disponibles y alquiladas, precisa que el Triángulo de Mandor no constituye una estación y comunica que sí han suscrito contratos de arrendamientos respectivos.
- 1.10. Mediante Carta N° GG/GG-053-FC del 20 de mayo de 2003, FERSIMSAC reitera a FTSA su solicitud para que se le otorgue el alquiler del 100% de la Estación de Pachar.
- 1.11. Mediante Carta N° 116-GL-2003/FETRANS del 28 de mayo de 2003, FTSA reitera a FERSIMSAC que la estación Pachar se encuentra parcialmente alquilada a PeruRail y que solamente queda un área libre no alquilada de 855.812 m².
- 1.12. Mediante Oficio N° 299-03-GS-I3-OSITRAN de fecha 26 de mayo de 2003, OSITRAN solicitó a FTSA copia de los contratos suscritos con PeruRail, incluyendo los referidos al alquiler de locales.
- 1.13. Mediante Carta N° 118-GL-2003/FETRANS del 3 de junio de 2003, FTSA adjunta el contrato de alquiler de estaciones y su addendum ampliatorio, así como un nuevo contrato de fecha 01 de julio de 2002 por el cual se otorga en alquiler ciertas áreas de las estaciones de Pachar y Pampacahua.
- 1.14. Mediante Oficio N° 592-03-GS-C3-OSITRAN del 09 de setiembre de 2003, OSITRAN solicitó a FTSA que informe sobre los motivos por los que en el alquiler de las estaciones de Pachar y otras, no consideró los procedimientos establecidos en el REMA.
- 1.15. Mediante Carta N° 201-GL-2003/FETRANS del 17 de setiembre de 2003, FTSA responde a OSITRAN que el contrato de alquiler a PeruRail de las estaciones de Pachar y otras, fue celebrado de manera consensual acorde con el Código Civil y con anterioridad a la entrada en vigencia del REMA. Añade que el mencionado contrato fue formalizado a través de un documento escrito en el 2002.
- 1.16. Mediante Oficio N° 639-03-GS-C3-OSITRAN del 19 de setiembre de 2003, OSITRAN señala a FTSA que según lo establecido en el REMA: (i) los contratos de acceso anteriores a su vigencia debieron haber sido remitidos en un plazo máximo de 90 días, habiéndose recibido el mencionado contrato el 3 de junio del 2003; (ii) cualquier modificación o renovación de los contratos debe contemplar los procedimientos establecidos en el REMA y debe ser remitida al OSITRAN en el plazo señalado; y, (iii) a fin de corregir la situación existente, que FTSA informe

sobre el nuevo proceso de alquiler de estaciones que deberá ser iniciado de acuerdo a lo estipulado en el REMA.

- 1.17. Mediante Carta N° 243-GL-2003/FETRANS del 22 de octubre de 2003, FTSA remite a OSITRAN la solicitud de acceso a las estaciones de Pachar y Pampacahua, entre otras, que le presentó PeruRail de acuerdo a lo establecido en el REMA.
- 1.18. Mediante Informe N° 276-03-GS-C3-OSITRAN del 30 de octubre de 2003, el Supervisor Comercial de la Gerencia de Supervisión recomendó iniciar el proceso administrativo sancionador en contra de FTSA por incumplir el procedimiento establecido en el Capítulo II, Título III y el artículo 24° del REMA, al firmar el contrato de alquiler de las estaciones de Pachar y Pampacahua con su operador PeruRail sin seguir los procedimientos correspondientes y no comunicar a OSITRAN la existencia del contrato de alquiler de las estaciones de Pachar y Pampacahua en el plazo establecido de quince (15) días.
- 1.19. Mediante Memorando N° 189-03-GS-OSITRAN de fecha 27 de noviembre de 2003, la Gerencia de Supervisión solicitó evaluar la pertinencia de iniciar un proceso administrativo sancionador por el incumplimiento de lo establecido en el REMA.
- 1.20. Mediante Nota N° 012-2004-04-GS-A3-OSITRAN del 27 de enero de 2004, se remite a la Gerencia de Supervisión el proyecto de notificación a FTSA que inicia el proceso administrativo sancionador.
- 1.21. Mediante Oficio N° 122-04-GS-A3-OSITRAN del 06 de febrero de 2004 y al amparo del artículo 66° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN, se notificó a FTSA que incumplió lo siguiente:
 - a) El artículo 24° del REMA.
 - b) El procedimiento establecido en el Capítulo II del REMA.
 - c) Dicha conducta está tipificada en el Reglamento de Infracciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-CD/OSITRAN, de fecha 20 de diciembre de 1999, calificándose a la infracción tal como se señala a continuación:
 - El incumplimiento de comunicar a OSITRAN la existencia del contrato de alquiler de las estaciones Pachar y Pampacahua en el plazo establecido, en aplicación de la infracción contenida en el Artículo 30° del Reglamento de Infracciones, se califica como grave.
 - El incumplimiento al no llevar a cabo el procedimiento de acceso a la infraestructura calificada como facilidad esencial establecido en el Capítulo II del REMA, en aplicación de la infracción contenida en el Artículo 42° del Reglamento de Infracciones, se califica como leve.
 - d) En aplicación de la Escala de Sanciones contenida en el Art. 6° del RIS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN, la sanción que correspondería sería el equivalente a:
 - Multa Grave: Multa mayor al 0.2 % y hasta de 0.7 % sobre los ingresos brutos del año anterior a la imposición de la misma.
 - Multa Leve: Mediante Amonestación pública o con una multa hasta de 0.2 %, de los ingresos brutos del año anterior a la imposición de la misma.

- 1.22. Mediante Carta N° 27-GL-2004/FETRANS del 9 de febrero de 2004, FTSA pone en conocimiento de OSITRAN que las solicitudes de acceso a estaciones formuladas por el operador PeruRail han sido oportunamente absueltas y que han cumplido con efectuar las publicaciones correspondientes según lo establecido por el Reglamento Marco de Acceso. Acompaña a dicha comunicación publicaciones realizadas en el boletín del diario oficial El Peruano y en el diario El Sol del Cuzco de los días 29 y 31 de enero de 2004, respectivamente.
- 1.23. Mediante Carta s/n de fecha 23 de febrero de 2004, FTSA presentó los descargos y ofreció un Compromiso de Cese, al amparo de lo previsto en el literal e) del Art. 47° del Reglamento de Infracciones y Sanciones-RIS, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2001-CD/OSITRAN. Esto último con la finalidad de que se concluya el proceso administrativo sancionador sin la imposición de sanción, al haber superado absolutamente las observaciones mediante el inicio y desarrollo del procedimiento de acceso dentro de los términos establecidos en el REMA.
- 1.24. Mediante Memorando N° 026-04-GAL-OSITRAN del 25 de febrero de 2004, la Gerencia de Asesoría Legal señaló lo siguiente:
- a) Sobre la base de la presunción de veracidad de las afirmaciones efectuadas por FTSA, la obligación a cargo de dicha empresa se encontraría enmarcada dentro de lo previsto en el Artículo Único de la Disposición Final del REMA. En este supuesto, el artículo 24 del REMA no sería aplicable.
 - b) FTSA debió cumplir con comunicar a OSITRAN la celebración del Contrato de Arrendamiento del 2 de enero de 2000, dentro del plazo de 90 días contado a partir de la vigencia del REMA.
 - c) El incumplimiento de FTSA se encuentra plenamente tipificado.
 - d) La infracción cometida por FTSA cumple con el requisito de tipicidad y constituye una conducta sancionable.
 - e) El artículo 30 del RIS sería aplicable en la medida en que sí existió un requerimiento por parte de OSITRAN.
 - f) No existiría inconveniente para aceptar el Compromiso de Cese invocado por FTSA.
 - g) De aceptarse el Compromiso de Cese propuesto por FTSA carece de objeto que OSITRAN evalúe la propuesta de reducción de sanciones.
 - h) A efectos de propiciar una mayor certeza y seguridad jurídica en las actuaciones de los órganos de OSITRAN, se sugiere que se requiera a FTSA con la finalidad de que cumpla con remitir cualquier documento que pueda servir para corroborar la aseveración vinculada con la supuesta celebración del Contrato de Arrendamiento en forma verbal, bajo apercibimiento de tener por falsa tal aseveración en el caso que dicha empresa no cumpla con proporcionar la información requerida dentro del plazo concedido.
- 1.25. Mediante Informe N° 086-04-GS-A3-OSITRAN del 16 de marzo de 2004, se evaluó el Compromiso de Cese ofrecido por FTSA, recomendándose que no se acepte dicho documento en razón de que si bien la infracción incurrida no es una obligación

de índole contractual, sin embargo se ha incumplido una obligación de carácter legal que emana de una disposición de OSITRAN; y, porque a pesar de que se le requirió la entrega de los contratos de acceso suscritos con anterioridad a la vigencia del REMA (01-01.2002), FTSA no los remitió hasta el 03 de junio de 2003, frente al requerimiento efectuado por FERSIMSAC el 15 de enero de 2003 para que se le alquile dicha estación.

- 1.26. Mediante Nota N° 047-04-GS-A3-OSITRAN del 16 de marzo de 2004, la Gerencia de Supervisión remitió a la Gerencia General el Informe N° 086-04-GS-A3-OSITRAN que recomienda que no se acepte el Compromiso de Cese ofrecido por FTSA y se adjunta el proyecto de comunicación a FTSA al respecto.
- 1.27. Mediante Oficio N° 130-04-GG-OSITRAN del 23 de marzo de 2004, rectificado a través del Oficio N° 137-04-GG-OSITRAN del 25 de marzo de 2004, la Gerencia General comunicó a FTSA la no aceptación del Compromiso de Cese ofrecido. Asimismo, dispuso la reanudación del procedimiento y se otorga a FTSA plazo para la presentación de sus descargos, requiriéndole que adicionalmente remita copia de los comprobantes de pago y registros contables que demuestren fehacientemente que la Estación de Pachar se encontraba alquilada a PeruRail desde el 02 de enero de 2000.
- 1.28. Mediante Carta s/n del 26 de marzo de 2004, FTSA presentó los descargos y solicitó que se tenga por absuelto los cargos imputados y se dejen sin efecto los mismos dándose por concluido el proceso administrativo sancionador iniciado.
- 1.29. Mediante Carta s/n del 06 de abril de 2004, FTSA se ratificó en los descargos formulados en su carta s/n del 26 de marzo de 2004. FTSA no incluyó en sus descargos la documentación requerida.
- 1.30. Mediante Resolución de la Gerencia General N° 025-2004-GG-OSITRAN del 7 de mayo de 2004, dicha Gerencia resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar que la Entidad Prestadora Ferrocarril Transandino S.A ha incumplido, con la obligación contenida en el numeral 24º, así como el procedimiento establecido en el Capítulo II del REMA, lo cual está tipificado en el RIS como una infracción grave.

SEGUNDO: Disponer una sanción equivalente a veinte (20) UIT's a la Entidad Prestadora Ferrocarril Transandino S.A.

TERCERO: Notificar la presente resolución y el Informe N° 121-04-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.

Mediante Oficio Circular N° 012-04-GG-OSITRAN del 20 de mayo de 2004, se notificó dicha resolución a la empresa concesionaria.

- 1.32 Mediante escrito del 10 de junio de 2004, FTSA interpone Recurso de Reconsideración presentado contra la mencionada Resolución con la finalidad de que sea revocada o, en su defecto, se modifique la sanción impuesta.
- 1.33 Mediante Resolución de la Gerencia General N° 037-2004-GG-OSITRAN del 7 de julio de 2004, dicha Gerencia resolvió: (i) declarar infundado el recurso de

reconsideración interpuesto en contra de la Resolución de la Gerencia General N° 025-2004-GG-OSITRAN y (ii) declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto a través del “segundo otrosí decimos” del escrito de FTSA, dejando a salvo su derecho de interponer el recurso de apelación correspondiente sobre este extremo luego de emitida dicha resolución.

Mediante Oficio N° 330-04-GG-OSITRAN del 9 de julio de 2004, se notificó dicha resolución a la empresa concesionaria.

1.34 Mediante escrito del 3 de agosto de 2004, FTSA interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de Gerencia General N° 025-2004-GG-OSITRAN.

II. ANÁLISIS:

A. Admisibilidad y Procedencia

1. Tal como queda en evidencia a partir de la lectura del recurso de apelación presentado por FTSA, su impugnación abarca todos los puntos resueltos a través de la Resolución de la Gerencia General N° 037-2004-GG-OSITRAN. En tal sentido, FTSA apela tanto la decisión respecto del compromiso de cese, como la imposición de la multa impuesta en el presente procedimiento.
2. En atención a lo anteriormente expuesto, el plazo para la presentación de la presente apelación debe computarse desde la notificación de la resolución a que se hace referencia en el punto anterior (9 de julio de 2004). En consecuencia, el recurso de apelación presentado el 3 de agosto del año en curso, fue interpuesto dentro del plazo legal establecido para tal efecto.

B. Temas de fondo del Recurso de Apelación

Habiéndose impugnado tanto la decisión de no aceptar el compromiso de cese ofrecido por la empresa concesionaria, como la multa que le fuera impuesta, a continuación se analizará en primer lugar el extremo relativo al compromiso de cese y, en caso de confirmarse su no aceptación, se evaluarán los fundamentos que sustentan la sanción impuesta.

B.1 Compromiso de Cese

1. En su escrito de apelación FTSA señala que la decisión de la Gerencia General respecto del compromiso de cese adolece de un defecto de nulidad al no haberse motivado y, como consecuencia de ello, que no se han tomado en cuenta los argumentos que FTSA expusiera oportunamente para la aceptación del mismo.
2. En relación con dicha falta de motivación puede apreciarse que la decisión respecto del compromiso de cese no fue sustentada. En efecto, mediante el Oficio N° 130-04-GG-OSITRAN del 19 de marzo de 2004, rectificado a través del Oficio N° 137-04-GG-OSITRAN del 25 de marzo del mismo año, únicamente se señala lo siguiente:

Al respecto, comunico a usted que, como resultado de la evaluación efectuada se ha determinado que NO es aplicable la aceptación del compromiso de cese de los hechos investigados que ofreció en el marco del proceso de sanción establecido.

3. Sobre el particular es necesario tener en cuenta que en el expediente obra el Informe de la Gerencia de Supervisión N° 086-04-GS-A3-OSITRAN del 16 de marzo de 2004 en el que se analiza el compromiso de cese ofrecido por FTSA. Asimismo, mediante la Nota N° 047-04-GS-A3-OSITRAN de la misma fecha dicha Gerencia remite a la Gerencia General el referido informe. Sin embargo, en ninguno de los mencionados oficios a través de los que se decide no aceptar el compromiso de cese existe referencia alguna al Informe en el que se sustentaría, ni existe evidencia de que dicho documento haya sido puesto en conocimiento de la empresa concesionaria.
4. En tal sentido, la negativa a aceptar el compromiso de cese ha sido un acto inmotivado pues no existe en el texto del oficio remisión alguna al informe que contiene el análisis realizado, ni evidencia de que el informe haya sido puesto en conocimiento de la empresa concesionaria. En consecuencia, consideramos que ha existido un vicio en el referido acto administrativo que podría generar su nulidad, según lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 3 y el numeral 2 del artículo 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG¹.
5. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es necesario tener en cuenta que los vicios que pueden existir en los actos administrativos no necesariamente genera la nulidad de éstos. En efecto, el inciso 2 del artículo 10 de la LPAG establece lo siguiente:

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

(...)

Queda en evidencia entonces, que nuestro ordenamiento jurídico busca mantener la existencia del acto administrativo incluso en el caso en que haya existido incumplimiento de los requisitos de validez y prevé la nulidad como un último recurso siempre que, en el caso concreto, los vicios sean realmente trascendentes en los términos planteados por el artículo 14 de la LPAG. Dicha norma señala lo siguiente:

Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

¹ **Artículo 3.-** Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes. los siguientes:

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

(...)

(El subrayado es nuestro)

6. A efectos de evaluar la existencia o no afectación al derecho al debido proceso a favor de FTSA, consideramos necesario hacer mención a dos aspectos ocurridos en el presente procedimiento: (i) la posibilidad de impugnar y plantear la nulidad de la negativa a aceptar el compromiso de cese; y, (ii) si la Gerencia General subsanó o no el vicio detectado.
7. En relación con la posibilidad de impugnar y plantear la nulidad de la negativa a aceptar el compromiso de cese, debe tenerse en cuenta que en la vía administrativa existe el principio de impugnación concentrada por medio del cual solamente pueden ser objeto de recursos impugnativos aquellos actos que pongan fin a la instancia, los que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o causen indefensión, tal como se establece en el artículo 206.2 de la LPAG.² En tal sentido, el acto por el cual no se aceptó el compromiso de cese no es un acto impugnabile en la vía administrativa, sino conjuntamente con la resolución que pone fin a la instancia. Asimismo, las solicitudes de nulidad en la vía administrativa son planteadas a través de los recursos administrativos, tal como lo establece el artículo 11.1 de la LPAG.³

En tal sentido, en el presente procedimiento la empresa concesionaria solamente podía cuestionar la decisión de no aceptar el compromiso de cese a través de la interposición del recurso administrativo correspondiente luego de emitida la decisión final. Al respecto, la primera resolución que pudo ser impugnada fue la Resolución de Gerencia General N° 025-2004-GG-OSITRAN del 7 de mayo de 2004 en la medida en que a través de la misma se resolvió el asunto de fondo en el presente procedimiento.

En consecuencia, consideramos que la fecha de dicha resolución (7 de mayo de 2004) es relevante para evaluar la posible afectación al debido procedimiento pues solamente a partir de ese momento podía impugnarse y plantearse la nulidad ante la negativa en aceptar el compromiso de cese.

8. En atención a lo expuesto en los puntos precedentes, es necesario evaluar si hasta el momento en que era posible plantear la impugnación y nulidad

² **Artículo 206.- Facultad de contradicción**

(...)

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

(...)

³ **Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad**

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

(...)

correspondiente (7 de mayo de 2004) la Gerencia General subsanó la falta de motivación antes identificada. Al respecto, entre los diversos aspectos mencionados en la referida resolución, puede apreciarse lo siguiente:

“... mediante Informe N° 086-04-GS-A3-OSITRAN del 16.03.2004, se evaluó el Compromiso de Cese ofrecido por FTSA, recomendándose que no se acepta dicho documento, en razón que si bien la infracción incurrida no es una obligación de índole contractual, por lo que no existiría inconveniente para aceptar dicho Compromiso, sin embargo se ha incumplido una obligación de carácter legal que emana de una disposición de OSITRAN y, porque a pesar que se le requirió los contratos de acceso suscritos con anterioridad a la vigencia del REMA (01-01.2002), éste no lo efectuó hasta el 03.06.2003, fecha en la que a solicitud de OSITRAN remite una copia del contrato de alquiler de la estación de Pacchar, frente al requerimiento efectuado por FERSIMSAC, el 15 de enero de 2003, para que se le alquile dicha estación”

En consecuencia, queda en evidencia que a través de dicha resolución (que es la que abre la posibilidad de impugnación y pedido de nulidad de parte de la empresa concesionaria), la Gerencia General sí procedió motivar o explicar las razones por las cuales denegó el compromiso de cese.

En tal sentido, consideramos que la falta de motivación en la decisión contenida en el Oficio N° 130-04-GG-OSITRAN fue subsanada de oficio a través de la Resolución de Gerencia General N° 025-2004-GG-OSITRAN, con anterioridad al momento en el cual la empresa concesionaria podía impugnar dicha decisión. En consecuencia, consideramos que en el presente caso no ha existido un vicio trascendente al no haberse afectado el derecho al debido procedimiento de la empresa concesionaria y, por lo tanto, corresponde denegar la nulidad solicitada.

9. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la empresa concesionaria afirma como parte de su impugnación, que la Gerencia General no tomó en cuenta las razones que expuso en su escrito de descargos para la procedencia del compromiso de cese ofrecido.
10. En relación con el ofrecimiento del compromiso de cese presentado por FTSA, es necesario tener en cuenta que en su escrito de descargos sustentó dicha solicitud señalando que, por indicación de OSITRAN, iniciaron el procedimiento establecido en el REMA para el otorgamiento del acceso respecto de las estaciones de Pachar y Pampacahua. En consecuencia, afirman que el compromiso de cese cumple con los requisitos establecidos en el literal e) del artículo 47 del RIS.
11. Al respecto, la citada norma establece lo siguiente:

Artículo 47.- Reglas generales del procedimiento

El procedimiento administrativo sancionador del OSITRAN deberá seguir las siguientes reglas:

(...)

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

incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual.

(...)

12. Así pues, queda en evidencia que el ofrecimiento del compromiso de cese ha ocurrido de manera oportuna, al haberse solicitado en su escrito de descargos, motivo por el cual la primera condición para la aceptación del compromiso de cese se ha cumplido.

13. De otra parte, a partir de la Carta N° 118-GL-2003/FETRANS del 2 de junio de 2003, FTSA adjuntó el contrato de alquiler de estaciones y su addendum ampliatorio, así como un nuevo contrato de fecha 01 de julio de 2002 por el cual se otorga en alquiler ciertas áreas de las estaciones de Pachar, Pampacahua, entre otras.

De otra parte, mediante Carta N° 27-GL-2004/FETRANS del 9 de enero de 2004, FTSA señala que ya había iniciado el procedimiento de acceso ante la solicitud de la empresa PeruRail respecto de las estaciones de Pachar, Ollanta, Pampacahua, entre otras, de conformidad con lo dispuesto por el REMA. FTSA acompaña a dicha comunicación las publicaciones realizadas en el boletín del diario oficial El Peruano y en el diario El Sol del Cuzco de los días 29 y 31 de enero de 2004, respectivamente.

14. Como consecuencia de los hechos señalados en el punto anterior, consideramos que éstos constituyen la subsanación de las omisiones detectadas en el presente procedimiento y, en consecuencia, se cumple con esta segunda condición para la aceptación del compromiso de cese.

15. Finalmente, los hechos imputados como infracciones a FTSA que son la falta de registro del contrato correspondiente y el incumplimiento de los procedimientos de acceso contenidos en el REMA, si bien se trata de obligaciones muy importantes dentro del marco regulatorio cuya supervisión corresponde a OSITRAN, no constituyen obligaciones sustantivas de índole contractual, sino legales. En consecuencia, puede verificarse también el cumplimiento de esta tercera condición.

16. En conclusión, consideramos que procede aceptar el ofrecimiento del compromiso de cese y, en consecuencia, que corresponde suspender el procedimiento y que se firme el compromiso de cese dentro del plazo de diez (10) días hábiles computados a partir de la notificación de la presente. En caso no se suscribiera el referido compromiso, el procedimiento deberá reanudarse y resolverse conforme a ley.

B.2 Sanción impuesta a FTSA

En atención a que a través de la presente resolución se está aceptando el compromiso de cese ofrecido por FTSA y, en consecuencia, se suspende el presente procedimiento, consideramos que carece de sentido continuar con el análisis de la sanción impuesta a FTSA.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es importante mencionar que el Reglamento Marco de Acceso constituye una herramienta que, a través de obligaciones sustantivas y formales, busca asegurar que las empresas que pretendan acceder a la infraestructura de uso público no se vean impedidas de hacerlo sobre la base de la existencia de un concesionario que administra una

facilidad o infraestructura esencial. La importancia de esta herramienta se ve relativizada si, como en el presente caso, la empresa que pretende operar la infraestructura esencial es una sola y se encuentra vinculada a la empresa concesionaria.

POR LO EXPUESTO, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 7 de setiembre de 2004:

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundada la solicitud de nulidad del Oficio N° 130-04-GG-OSITRAN del 19 de marzo de 2004 solicitada por la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A.

SEGUNDO: Revocar la decisión de Gerencia General contenida en del Oficio N° 130-04-GG-OSITRAN del 19 de marzo de 2004 y, en consecuencia, aceptar el compromiso de cese ofrecido por la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. en el presente procedimiento.

TERCERO: Disponer la suspensión de los efectos de las Resoluciones de Gerencia General N° 025-2004-GG-OSITRAN y N° 037-2004-GG-OSITRAN, y de la tramitación del presente procedimiento.

CUARTO: Hacer presente que en caso no se suscribiera el compromiso de cese correspondiente dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente resolución, se levantará la suspensión declarada y se reanudará la tramitación del procedimiento según su estado.

QUINTO: Notificar la presente resolución a la Empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S. A.

SEXTO: Autorizar la difusión de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

Regístrese, comuníquese y publíquese

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente