

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 041-2004-CD/OSITRAN

Lima, 20 de setiembre de 2004

ENTIDAD PRESTADORA : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (FETRANSA)

SECTOR : INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA DE USO PÚBLICO

MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador por el incumplimiento de obligación al permitir la operación de coches sin la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

EXPEDIENTE Nº : 021-2003-GS-OSITRAN

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

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- f) PerúRail S.A. ha efectuado las órdenes de compra correspondientes a los ejes que deben cambiarse, los mismos que serán entregados en marzo de 2004.
 - g) De acuerdo a lo expuesto en el artículo 4° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, OSITRAN deberá aplicar los principios especiales a los que alude el Art. 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ello con el objeto de considerar la razonabilidad en los argumentos expuestos y que se relacionan con que el MTC ha incurrido en un error al efectuar la observación sobre los coches utilizados en el servicio Hiram Bingham, lo cual se ve acreditado con los oficios N° 137-2004-MTC/14 y N° 138-2004-MTC/14.
 - h) FETRANSA ha dado estricto cumplimiento a todas las leyes aplicables, además de las disposiciones previstas en el Contrato; habiendo exigido el cumplimiento de las mismas al operador ferroviario PerúRail.
22. Mediante Nota N° 033-04-GS-A3-OSITRAN de fecha 26 de febrero de 2004, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General el Informe N° 059-04-GS-A2-OSITRAN, el mismo que recomienda no aceptar la suscripción del Compromiso de Cese propuesto por FETRANSA.
23. Con oficio N° 103-04-GG-OSITRAN de fecha 11 de marzo 2004, OSITRAN notifica a FETRANSA la no aceptación del Compromiso de Cese invocado.
24. Mediante carta s/n de fecha 16 de marzo de 2004, FETRANSA interpone Recurso de Reconsideración contra el oficio N° 103-04-GG-OSITRAN.
- En este documento, entre otros, adjunta una copia del Acta Notarial suscrito por los representantes de FETRANSA, PerúRail y el MTC, mediante la cual los concurrentes dejan constancia de los resultados obtenidos a las pruebas efectuadas para determinar si la operación de los coches, en las condiciones actuales, puede ser segura mientras se instalen los ejes especiales para la trocha de 914 mm.
25. El 01 de abril del 2004, OSITRAN mediante oficio N° 141-04-GG-OSITRAN, se remite a FETRANSA la Resolución de Gerencia General N° 013-2004-GG-OSITRAN, mediante la cual se declara No Ha Lugar la interposición del Recurso de Reconsideración presentado.
26. Con Nota N° 060-2004-GS-A3-OSITRAN de fecha 19 de abril de 2004 se remite a la Gerencia General el Informe N° 114-04-GS-A3-OSITRAN y el proyecto de Resolución en el que se concluye imponer como sanción una multa de 5% de los ingresos brutos del mes anterior a la imposición de la multa.

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

En dicha Resolución se resuelve lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En dicha resolución se resuelve lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

- 38. Por Oficio N° 005-04-SCD-OSITRAN de fecha 25 de agosto de 2004, se notifica a FETRANS que el Consejo Directivo le el uso de la palabra para que informe oralmente en la Sesión N° 149-2004-CD de fecha 07 de septiembre de 2004 a las 10:30 horas;
- 39. Con fecha 26 de marzo de 2004, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones remitió a OSITRAN via mensaje de correo electrónico:
 - a) La Carta N° 05-GL-2004/PERURAIL de fecha 22 de marzo de 2004 por la que PERURAIL solicitó al referido Ministerio, el otorgamiento de la conformidad al uso de los coches hasta que se produzca el cambio de los ejes; y,
 - b) El Oficio N° 416-2004-MTC/14 de fecha 30 de abril de 2004¹ por el que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones da respuesta a la Carta N° 05-GL-2004/PERURAIL señalando que no es procedente el otorgamiento de conformidad solicitado en virtud a lo dispuesto en el Informe N° 017-2004-MTC/14.05.03.
- 40. Con fecha 1° de septiembre de 2004 se remitió a FETRANS el Oficio N° 006-04-SCD-OSITRAN por el que el Consejo Directivo de OSITRAN, le comunicó que a efectos de resolver la apelación, tomaría en consideración los siguientes documentos:
 - a) El Informe N° 017-2004-MTC/14.05.05;
 - b) La Carta N° 05-GL-2004/PERURAIL; y,
 - c) El Oficio N° 416-2004-MTC/14.
- 41. Con fecha 7 de septiembre de 2004 el Gerente Legal de FETRANSA, el señor Raúl Galdo y el Ingeniero John Wright informaron oralmente y la Gerente General de PerúRail S.A., la señora Yasmin Martin presentó un video ante los miembros del

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

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

II. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN:

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

III. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

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

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

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

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

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

7.5. Cumplimiento de Leyes Aplicables. *El Concesionario se obliga a prestar todos y cada uno de los servicios que desarrolle dando estricto cumplimiento a las Leyes Aplicables a cada servicio. Esta obligación también alcanza a cualquier tercero que preste Servicios de Transporte Ferroviario y/o Servicios Complementarios, debiendo el Concesionario supervisar su cumplimiento.*

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

CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN

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

(...)

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

(...)

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

48. De las cláusulas transcritas se desprende que:

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

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

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

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

7.3. Contratos con Operadores. (...)

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

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

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

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

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

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

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

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

55. En cuanto a este acápite, FETRANSA señala que en todo caso, y sin perjuicio de que no considera aplicables los estándares de la AAR, ha cumplido con implementar totalmente el cambio de los ejes de los coches;
56. Al respecto, debe señalarse que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, aplicable supletoriamente al presente caso², en atención a que la infracción fue cometida durante su vigencia, señala a la letra que:

Artículo 46A.-No convalidación y obligación de cese:³

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

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

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

2.1. Inaplicabilidad de las disposiciones de la AAR:

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

² El referido Reglamento señala a la letra que:

Artículo 3°.- Supletoriedad del presente reglamento

Las Entidades Prestadoras se rigen, en cuanto al régimen de infracciones y sanciones, por lo estipulado en sus respectivos contratos de concesión (...).

En tal sentido, las sanciones e infracciones establecidas en el presente Reglamento son de aplicación supletoria a las que hubiesen sido expresamente previstas en los contratos de concesión o en otras normas relacionadas con la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

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

63. Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse presente que cuando FETRANSA celebró el Contrato de Concesión se sometió a un régimen especial de sujeción en relación al Estado⁴, con reglas que son más estrictas (y en algunos casos más gravosas) que las que rigen a los administrados en general y una de ellas deriva de la definición de “Leyes Aplicables” que conforme a la definición del Contrato de Concesión puede estar constituida no sólo por leyes, reglamentos, decretos, normas o resoluciones sino inclusive por cualquier “*decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental*” (Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión);
64. En consecuencia, y sin perjuicio de que en nuestra opinión, OSITRAN no es competente para pronunciarse sobre la aplicabilidad o no del estándar de la AAR por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones al aplicar el artículo 451° del Reglamento General de Ferrocarriles, consideramos que el presente cuestionamiento pierde contundencia en atención a la relación de sujeción especial a la que se encuentra afectado el Concesionario;

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

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

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

3.1. Inaplicación del principio de razonabilidad:

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

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

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

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

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

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

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

68. En relación con la aplicación del principio de razonabilidad⁵, es necesario tener en consideración que éste representa un elemento que busca que las sanciones administrativas, de una parte, sean lo suficientemente severas como para desincentivar la comisión de actos ilícitos y, de otra, que se incorporen una serie de criterios en la evaluación del monto a imponer en calidad de sanción (intencionalidad, perjuicio, reincidencia y otras circunstancias del caso);
69. Sin embargo, el principio de razonabilidad supone que la autoridad administrativa cuenta con un ámbito de discrecionalidad determinado dentro del cual aplicar los citados elementos. En el ámbito administrativo sancionador tal situación no siempre está presente; por ejemplo, si un conductor cruza una calle con el semáforo en rojo, la sanción aplicable está claramente definida en las leyes y reglamentos, no debiéndose aplicar la citada razonabilidad sobre la base de circunstancias como que “no venía nadie por la calle” o “que era muy tarde en la noche/madrugada”. En tales casos, simplemente, las normas no permiten la discrecionalidad y por lo tanto dicho principio no es de aplicación;
70. Similar situación se verifica cuando existiendo ámbitos de discrecionalidad, la propia norma establece criterios específicos para calificar la infracción. En tal sentido, por ejemplo, si una persona comete una infracción y encuadra en un criterio que, según las normas, determina que la infracción sea calificada como “muy grave”, la autoridad no podrá calificarla de otra manera y, en todo caso, si la norma correspondiente ha fijado un rango de sanciones para ese nivel de infracción, la autoridad podrá aplicar dicho principio para graduar la sanción dentro del rango correspondiente;
71. En el presente caso, debe tenerse presente que el régimen sancionatorio contenido en el Anexo 9 del Contrato de Concesión ha sido diseñado de tal manera que el Regulador tiene fundamentalmente dos ámbitos de decisión luego de verificar el incumplimiento contractual correspondiente: el nivel de gravedad del incumplimiento y la sanción aplicable;
72. En el ámbito de la determinación del nivel de gravedad del incumplimiento, según el Contrato de Concesión, el Regulador tiene discrecionalidad limitada; ello en atención a que la decisión sobre cualquiera de los niveles de gravedad se encuentra, valga la redundancia, limitada por la existencia de criterios que deben servir para orientar esta decisión. En tal sentido, si se concluye que en un incumplimiento puede verificarse alguno de los criterios que definen el nivel de gravedad, será de aplicación dicho nivel de gravedad y no otro. Este aspecto es materia de cuestionamiento por parte del concesionario cuando señala que ha existido una errónea calificación del incumplimiento y que será analizado más adelante;
73. En el ámbito de determinación de la sanción aplicable al incumplimiento detectado, el Regulador no tiene ninguna discrecionalidad, pues el Anexo 9 del Contrato de Concesión establece montos fijos (porcentajes de ingresos brutos del mes anterior) y no rangos dentro de los cuales puedan considerarse circunstancias como las señaladas en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo

⁵ **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora**

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Que, el carácter supletorio del referido reglamento no impide que el mismo, informe el ejercicio de la función fiscalizadora de OSITRAN con relación a los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia;

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

(...)

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

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

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

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

105. Es así que la razón por la que se califica a la infracción como muy grave ha sido explicitada en el informe a que se refiere el numeral anterior, razón por la cual el requisito de motivación ha sido cumplido a cabalidad en el presente caso y en consecuencia, no se habría incurrido en causal de nulidad;
106. No obstante lo señalado, y con motivo de la interposición del recurso de reconsideración, la Gerencia General procedió a consignar en la Resolución N° 039-2004-GG/OSITRAN⁶, los criterios que sustentan la calificación de muy grave de la infracción por lo que el cuestionamiento de FETRANSA en relación a que se incurrió en causal de nulidad tanto en la Resolución N° 024-2004-GG/OSITRAN como en la Resolución N° 039-2004-GG/OSITRAN, por falta de motivación carece de asidero legal y en consecuencia, debe desestimarse;

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

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

107. FETRANSA señala en su recurso de apelación que se ha incurrido en vicio de nulidad al expedirse el Oficio N° 103-04-GG-OSITRAN, pues la decisión se ha basado en la aplicación del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas⁷ actualmente derogado, en lugar del actualmente vigente y aplicable al caso (Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN);
108. Al respecto, debe señalarse que la Primera Disposición Transitoria del Reglamento de Infracciones y Sanciones (aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN) establece lo siguiente:

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

- a. *Las infracciones cometidas durante la vigencia del reglamento derogado serán sancionadas conforme a éste, excepto en los casos en que el régimen establecidos por el Reglamento sea más favorable al administrado.*
 - b. *Los procedimientos iniciados durante la vigencia del reglamento derogado continuarán rigiéndose por el mismo.*
109. Según puede apreciarse a partir de la norma antes transcrita, ésta es una disposición transitoria que busca regular tanto las disposiciones sustantivas o materiales, como las adjetivas o procedimentales en atención a la entrada en vigencia del Reglamento actual. El literal a) de dicha disposición está destinado a regular los aspectos sustantivos en el caso de infracciones, mientras que el literal b) se ocupa de las normas de orden procesal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

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

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

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

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

Regístrese, comuníquese y archívese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente

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