

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 09 de septiembre de 2009

Nº 032 -2009-CD-OSITRAN

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

### VISTOS:

El Informe Nº 041-09-GAL-OSITRAN, el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 029-2009-GG-OSITRAN, así como el proyecto de resolución correspondiente, presentado en sesión de fecha 09 de septiembre de 2009;

### CONSIDERANDO:

#### I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 19 de julio de 1999, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante MTC o el Concedente, y FVCA suscribieron el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro.
2. Mediante Carta s/n, de fecha 20 de octubre del 2008, el Consorcio Inspectorate – Ferroconsult remitió a OSITRAN el Informe Final, conteniendo los resultados de la verificación y certificación del cumplimiento de los estándares técnicos FRA de la vía férrea y del material tractivo rodante del Ferrocarril del Centro.
3. Con Oficio Nº 3463-2008-GS-OSITRAN, de fecha 13 de noviembre de 2008, la Gerencia de Supervisión solicitó información a FVCA, respecto del estado de las locomotoras y coches concesionados.
4. Mediante Carta s/n, de fecha 26 de noviembre de 2008, FVCA remitió a OSITRAN la información relacionada al estado de las locomotoras y coches de pasajeros entregados en Concesión, señalando que 12 locomotoras se encontraban inutilizables u obsoletas.

5. Con Oficio No. 632-09-GS-OSITRAN, de fecha 24 de febrero de 2009, la Gerencia de Supervisión notificó a FVCA el presunto incumplimiento de las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, relacionada con la devolución de bienes de la Concesión por obsolescencia, para lo cual, le indicó lo siguiente:<sup>1</sup>

**Sobre los hechos imputados:**

En la citada notificación, la Gerencia de Supervisión indicó a la Entidad Prestadora que habría presuntamente incumplido las disposiciones establecidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, al no haber comunicado al Concedente y a OSITRAN los bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables para los fines de la Concesión y haber procedido a utilizar parte de ellos en otros bienes de la Concesión sin cumplir con la comunicación. Al no existir esa comunicación, dichos bienes no han sido devueltos al Concedente, tal como lo establece el Contrato de Concesión.

Dicho incumplimiento se encuentra tipificado en el artículo 38º del RIS de OSITRAN.

**Sobre la calificación:**

Se indicó a la Entidad Prestadora que el incumplimiento, antes descrito, calificaba en la categoría de grave, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 38º del RIS de OSITRAN.

**Sobre la sanción:**

Se hizo de conocimiento de la Entidad Prestadora que, en aplicación del artículo 61º del RIS, correspondía como sanción una multa de hasta 60 UIT.

---

<sup>1</sup> El inciso 66.3 del artículo 66º del RIS, establece que en caso se decida iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador, el Órgano Instructor deberá notificar dicha circunstancia a la Entidad Prestadora. Dicha notificación deberá contener:

“66.3.1 Los hechos que se le imputan a título de cargo  
66.3.2 La calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir  
66.3.3 La expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer  
66.3.4 La autoridad para imponer la sanción  
66.3.5 La norma que le atribuye tal competencia”

### **Sobre la autoridad para imponer la sanción y su competencia:**

Se comunicó a la Entidad Prestadora que, en virtud a lo prescrito en el RIS de OSITRAN, la Gerencia General es la autoridad competente para imponer la sanción correspondiente.

6. Mediante Carta s/n, recepcionada por OSITRAN con fecha 9 de marzo del 2009, FVCA presentó sus descargos:

En sus descargos, la Entidad prestadora sostiene principalmente:

Que el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión es aplicable únicamente en los casos de devolución de los Bienes de la Concesión calificados por el Concesionario como obsoletos o inutilizables.

Por esa razón, la obligación de comunicar al Concedente (una vez al año con la actualización del Anexo 2) los Bienes de la Concesión que han sido calificados como obsoletos u inutilizables surge sólo cuando el Concesionario ha optado por devolverlos. En otras palabras, si el Concesionario no optase por la devolución, en ese caso no existiría obligación de comunicar.

7. Con Carta s/n, recepcionada por OSITRAN con fecha 10 de marzo del 2009, FVCA presentó una Ampliación de sus descargos:

En la Ampliación de descargos señaló:

El numeral 3.11 inciso (ii) de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión señala que el Concesionario podrá emplear partes o componentes de un Bien Concesionado, para reparar y/o permitir el funcionamiento de otros bienes Concesionados. Este numeral se aplica para el caso de conjuntos de locomotoras cuya antigüedad hace difícil o imposible la obtención de repuestos.

En el Informe No. 070-09-GS-OSITRAN se ha hecho una interpretación que no corresponde a la realidad, según la cual la canibalización o despiece de los repuestos sería una operación única y circunscrita en el tiempo. Bajo ninguna perspectiva se puede quitar al Concesionario la posibilidad de continuar utilizando las partes de una locomotora para alargar la vida de otras locomotoras Concesionadas.

8. Con fecha 4 de junio del 2009, la Gerencia de Supervisión, en su calidad de Órgano Instructor del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, remitió a la Gerencia General, el Informe No. 507-09-GS-OSITRAN, donde concluye lo siguiente:

- El Contrato de Concesión suscrito con la empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A. establece, en el numeral 3.11 de su Cláusula Tercera, las condiciones y plazos para comunicar al Concedente los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables.
- La empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A. incumplió con las condiciones y plazos para comunicar al Concedente los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables, al haber utilizado partes o piezas de los Bienes de la Concesión, sin previamente haberlos calificado como obsoletos o inutilizables.
- De conformidad con lo establecido en el artículo 38º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) ha incurrido en infracción Grave.

Asimismo, recomienda al Órgano Resolutivo:

Imponer como sanción a empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A. una multa de diez (10) UIT, al no haber comunicado al Concedente los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos e inutilizables, en las condiciones y plazos establecidos en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión.

9. Mediante Oficio Circular N° 007-09-GG-OSITRAN, recibido por FVCA el 23 de junio de 2009, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, donde el Órgano Resolutivo señaló lo siguiente:

Al 15 de abril del 2008, FVCA al momento de presentar la información sobre la actualización anual del anexo 2, nunca remitió la información concerniente a bienes de la concesión que hubieran devenido en obsoletos o inutilizables.

Encontrándose en periodo de pruebas el presente Procedimiento Administrativo Sancionador y ante el requerimiento de información formulado por el Órgano Instructor, FVCA con fecha 27 de abril del 2009 presentó información y documentación relacionada con las 12 locomotoras que habían sido declaradas obsoletas o inutilizables, así como el registro del movimiento de las piezas de las locomotoras calificadas como obsoletas o inutilizables.

De la evaluación a la documentación e información presentada por FVCA, se determinó que la calificación de obsolescencia de las locomotoras se realizó dentro del periodo 2008, en consecuencia el plazo para efectuar la comunicación al Concedente y a OSITRAN fue hasta abril del 2009, siendo así, FVCA cumplió dentro del plazo establecido en el numeral 3.11 de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión.

Sin embargo, si bien es cierto que la empresa concesionaria cumplió con remitir dicha información dentro del plazo establecido en el Contrato de Concesión, ésta no fue remitida en las condiciones establecidas, por cuanto al haber hecho uso de las piezas de las locomotoras antes de haberlas calificado como obsoletas o inutilizables, trasgreden las condiciones establecidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, cuya secuencia lógica es la de calificar, utilizar y comunicar.

Esto quiere decir que, al haber hecho uso de las piezas de las locomotoras, para ser utilizadas en otras, previamente a ello, debió haberlas calificado como obsoletas o inutilizables, conforme lo establece el Contrato de Concesión.

Por lo tanto, de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio No. 632-09-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento califica como Grave, según lo dispuesto en el artículo 38º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN.

Es esa línea, la Gerencia General Resolvió:

**“PRIMERO:** Declarar que la Entidad Prestadora FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A. no cumplió con la obligación de comunicar al Concedente los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables, en las condiciones y plazos establecidos en el Numeral 3.11 de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, tipificado en el artículo 38º del RIS como una infracción GRAVE.

**SEGUNDO:** Imponer a la Entidad Prestadora FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a diez (10) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º del RIS de OSITRAN.

**TERCERO:** Notificar la presente Resolución a la Entidad Prestadora FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A.

**CUARTO:** Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.”

10. FVCA interpuso Recurso de Apelación, con fecha 14 de julio del 2009, contra la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:
  - El motivo de la multa ha sido modificado: originalmente, con Oficio No. 632-09-GS-OSITRAN, se indicó que FVCA habría incumplido con lo dispuesto en el numeral 3.11 de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, (i) al no haber comunicado al Concedente y a OSITRAN los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables para los fines de la Concesión; (ii) haber utilizado parte de 12 locomotoras para la reparación de otras sin haber cumplido con la comunicación mencionada y (iii) al no existir tal comunicación, dichos Bienes no han sido devueltos al Concedente, tal como lo establece el Contrato de Concesión. Sin embargo, luego de nuestros descargos, la resolución apelada ha cambiado la materia sancionable a “no haber comunicado al Concedente los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables en las condiciones y plazo establecidos” en la cláusula 3.11 del Contrato de Concesión.

- En el párrafo 41 de la apelada, la Gerencia General ha admitido expresamente que FVCA cumplió con presentar oportunamente la información a que se refiere la cláusula 3.11. En consecuencia, no es procedente que se les imponga la multa del artículo 38º del RIS “por no presentar información” cuando sí cumplieron con presentarla.
  - De las piezas de locomotoras utilizadas antes de la calificación: los párrafos 43 y 44 de la apelada señalan 5 casos de locomotoras cuyas piezas fueron utilizadas antes de ser calificadas de obsoletas o inutilizables, lo que según la Resolución apelada resultaría sancionable. Al respecto, FVCA manifiesta que la cláusula 3.11 en ninguna parte señala que lo mencionado constituya una infracción contractual sancionable ni que deba comunicarse antes del momento oportuno. Paralelamente, hace presente que el inciso ii) de la cláusula 3.11 establece la facultad del Concesionario de emplear bienes obsoletos o inutilizables o partes de ellos en otros bienes de la Concesión.
11. Con fecha 12 de agosto del 2009, los representantes de FVCA hicieron uso de la palabra, ante el Consejo Directivo de OSITRAN, a fin de fundamentar su Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, según lo solicitaron en su citado Recurso.
12. Mediante escrito s/n, de fecha 14 de agosto del 2009, FVCA presentó Ampliación de Recurso de Apelación contra la Resolución No. 029-2009-GG-OSITRAN, señalando principalmente que:

*“Pese a haberse desvirtuado el incumplimiento del artículo 38º del RIS por parte del Concesionario la Resolución apelada nos impone una multa de 10 UIT, introduciendo el nuevo elemento de que la información no fue remitida en las condiciones establecidas, no indica a qué condiciones se refiere, simplemente agrega que esto ocurre por haber hecho uso de las piezas de las locomotoras antes de haberlas calificado como obsoletas o inutilizables, es decir agrega como sustento, un hecho que no guarda relación alguna con el artículo 38 del RIS, cuya supuesta y negada infracción habría originado el presente PAS. No indica que condiciones establecidas no se cumplieron, porque es evidente que éstas no existen en ninguna norma.”*

## **II. CUESTIÓN PREVIA: CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

13. El Artículo 72º del RIS señala que el Recurso de Apelación se interpone en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia General, a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración.
14. Los Artículos 207º y 209º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG, establecen que el Recurso de Apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación a la de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.
15. La Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, fue notificada a FVCA a través del Oficio Circular N° 007-09-GG-OSITRAN con fecha 23 de junio de 2009.
16. De conformidad con la documentación que obra en el expediente administrativo sancionador, FVCA interpuso el Recurso de Apelación el día 14 de julio de 2009, es decir, dentro del plazo legalmente establecido.
17. En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar la evaluación del mismo.

## **III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:**

18. De la lectura del Recurso de Apelación, así como de la revisión del Expediente, se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:
  - a) Si la infracción atribuida a FVCA se encuentra debidamente tipificada en el artículo 38º del RIS de OSITRAN.
  - b) Si el Concesionario cumplió con las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en especial, respecto de la utilización de piezas de las locomotoras en otras, sin que previamente las hubiere calificado como obsoletas o inutilizables



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

**Si la infracción atribuida a FVCA se encuentra debidamente tipificada en el artículo 38º del RIS de OSITRAN.**

##### ***a) La posición del Apelante:***

El Concesionario en su Recurso de Apelación y en su escrito de Ampliación de Apelación, señala que en el párrafo 41 de la apelada, la Gerencia General ha admitido expresamente que FVCA cumplió con presentar oportunamente la información a que se refiere la cláusula 3.11 del Contrato de Concesión. En consecuencia, no es procedente que se imponga la multa del artículo 38º del RIS, por no presentar información, cuando si la han presentado.

Consideran importante tener presente el contenido del artículo 38º del RIS, a fin de apreciar que FVCA no ha infringido lo que en él se establece.

*“Artículo 38.- No entregar información  
La Entidad Prestadora que en relación a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, no entregue, o lo haga con tardanza significativa, la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contraen los contratos de concesión y documentos conexos o la legislación aplicable, incurrirá en infracción grave.”*

Además, señala que se trasgrede el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que señala que la potestad sancionadora debe aplicarse teniendo en cuenta el Principio de Tipicidad. Lógicamente esto implica que, si hemos cumplido con remitir la información en el plazo indicado, mal podemos ser sancionados por no presentar la información, agregando las condiciones establecidas.

Así también, manifiesta que no se tipifica como infracción mover las piezas antes de calificarlas como obsoletas o inutilizables. Es decir, no existe prohibición ni referencia al respecto, ni en el Contrato de Concesión ni en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, por lo que no se ha infringido el artículo 38º del RIS, con el que se pretende sustentar la multa, ya que dicho artículo se refiere solamente a no entregar información.

Finalmente, en su Ampliación de apelación, refiere que pese a haber desvirtuado el incumplimiento del artículo 38° del RIS, la Resolución apelada impone una multa de 10 UIT, introduciendo el nuevo elemento de que la información no fue remitida en las condiciones establecidas, no indicándose a qué condiciones se refiere, simplemente agrega que esto ocurre por haber hecho uso de las piezas de las locomotoras antes de haberlas calificado como obsoletas o inutilizables, es decir, agrega como sustento un hecho que no guarda relación alguna con el artículo 38° del RIS, cuya supuesta y negada infracción habría originado el presente Procedimiento Administrativo Sancionador.

**b) Análisis de la tipificación dada a la infracción atribuida a FVCA:**

A efectos de evaluar los argumentos expuestos por el apelante, procederemos a analizar si la infracción atribuida a FVCA ha sido correctamente tipificada en el artículo 38° del RIS de OSITRAN.

Para ello, procederemos a revisar las disposiciones del numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión:

*“3.11. Devolución de Bienes de la Concesión por obsolescencia. Una vez al año, conjuntamente con la actualización del Anexo No.2, el Concesionario deberá comunicar al Concedente los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables para los fines de la Concesión. Para efectos de lo estipulado en este numeral, podrán declararse obsoletos o inutilizables los elementos de la Infraestructura Vial Ferroviaria, tales como rieles o durmientes, los Bienes de la Concesión incluidos en el numeral 2.5. del Anexo No.2, así como los Bienes de la Concesión incluidos en el Anexo No.3. En el caso de los Bienes de la Concesión incluidos en el Anexo No.3, la devolución por obsolescencia solamente procederá al vencimiento de los primeros cinco Años de Concesión, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.1. de este Contrato.*

*No obstante lo mencionado, las Partes podrán acordar la devolución de los Bienes de la Concesión a que se refiere el párrafo anterior en cualquier momento durante la vigencia del Contrato de Concesión, previa opinión favorable de OSITRAN siempre que la devolución no esté sustentada en razones de obsolescencia. Para tal efecto, las Partes suscribirán un acuerdo y someterán el mismo a la opinión de*

OSITRAN, el que se pronunciará en un plazo máximo de 15 (quince) días hábiles.

De no emitir pronunciamiento en el plazo indicado se entenderá aceptada la devolución.

La devolución de los Bienes de la Concesión que opere de acuerdo a lo previsto en el párrafo anterior, deberá ser incluida en la actualización anual del Anexo N° 2. En el caso de los bienes del Anexo N° 3 la devolución deberá ser incluida en la actualización del referido Anexo que deberá ser presentada una vez al año, conjuntamente con la actualización del Anexo N° 2.

El régimen de entrega de los referidos bienes será efectuado conforme lo estipulen las Partes en el acuerdo de devolución que presenten a OSITRAN.

A partir del momento en que el Concesionario califique como obsoleto o inutilizable algún Bien de la Concesión:

(i) Estará obligado a custodiarlo, inventararlo y a proporcionarle el mantenimiento necesario a fin de evitar que sufra un deterioro mayor al proveniente de su condición de obsoleto o inutilizable y del transcurso del tiempo. Todos los costos de estas actividades serán asumidos por el Concesionario.

(ii) El Concesionario podrá emplear los Bienes de la Concesión obsoletos o inutilizables, o partes de ellos, para reparar y/o permitir el funcionamiento o utilización de otros Bienes de la Concesión. Esta facultad no permite al Concesionario emplear los Bienes de la Concesión obsoletos o inutilizables, o partes de ellos, para reparar y/o permitir el funcionamiento o utilización de Bienes del Concesionario o de terceros; tampoco le permite al Concesionario disponer o gravar de los mencionados Bienes de la Concesión o de sus partes.

(iii) En caso el Concesionario utilice la facultad establecida en el literal precedente, estará obligado a llevar un registro en el que, al menos, se identifique el Bien de la Concesión obsoleto o inutilizable, la parte del mismo empleada y el destino de la misma.

El Concesionario devolverá los Bienes de la Concesión obsoletos o inutilizables, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que presentó la actualización anual

*del Anexo No.2, para lo que el Concedente previamente deberá comunicarle por escrito el lugar, fecha y hora en que el Concesionario deberá entregarle los mencionados Bienes de la Concesión. La devolución se realizará ante Notario Público, quien extenderá un acta que deberá ser suscrita por los representantes de las Partes y de OSITRAN; los costos que se deriven de la devolución de los Bienes de la Concesión obsoletos o inutilizables serán íntegramente asumidos por el Concesionario.*

*En caso transcurriera el plazo de cuatro meses sin que el Concedente recibiera los mencionados Bienes por causas imputables al Concedente, el Concesionario deberá enviarle una nueva comunicación, con copia a OSITRAN, mediante la que ponga a disposición del Concedente los Bienes de la Concesión involucrados; desde la fecha en que el Concedente reciba esta última comunicación, asumirá todos los riesgos sobre dichos Bienes, así como el costo de su traslado.”*

A la fecha de notificación del Oficio No. 632-09-GS-OSITRAN, 24 de febrero del 2009, que marca el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, FVCA no había presentado la documentación que acreditara el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en relación a los bienes de la concesión devenidos en obsoletos o inutilizables, habiendo únicamente informado mediante su Carta s/n, de fecha 26 de noviembre del 2008, que 12 locomotoras se encontraban en la condición de obsoletas o inutilizables, información que fue proporcionada ante el requerimiento efectuado por la Gerencia de Supervisión con el Oficio No. 3463-08-GS-OSITRAN.

Por ello, a esa fecha, era razonable establecer un presunto incumplimiento por parte del Concesionario, a las disposiciones del citado numeral 3.11, máxime si dentro de dichas disposiciones está comprendida la obligación del Concesionario de comunicar al Concedente y a OSITRAN, de manera anual (en el mes de abril) y en forma conjunta con la actualización del anexo 2, los bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables para los fines de la Concesión; información que hasta abril del 2008 nunca había sido presentada. El presunto incumplimiento fue tipificado bajo los alcances del artículo 38 del RIS de OSITRAN, que contiene la infracción relativa a no entregar información.

En el mes de abril del 2009, encontrándose este Procedimiento Administrativo Sancionador en periodo de pruebas, FVCA presentó documentación relacionada con las 12 locomotoras que habían sido declaradas obsoletas o inutilizables durante el año 2008. La documentación proporcionada contenía el detalle de la calificación de obsoletas u inutilizables, así como el registro del movimiento de las piezas que fueron utilizadas en otras locomotoras de la Concesión, según exige el Contrato de Concesión.

Con la presentación de la documentación relacionada a las 12 locomotoras declaradas obsoletas o inutilizables, dentro del plazo establecido en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, el Concesionario habría acreditado el cumplimiento de dicha obligación relativa a la entrega de información, como lo reconoce la propia Resolución apelada, en su numeral 40, toda vez que si efectuó la calificación de obsolescencia en el año 2008, con posterioridad al mes de abril, correspondía su comunicación al Concedente y a OSITRAN, recién en el mes de abril del año 2009, como en los hechos efectivamente ocurrió, desvirtuándose así la comisión de la infracción tipificada en el artículo 38º del RIS de OSITRAN, referida a no entregar información.

Sin embargo, al evaluar la documentación presentada, el Órgano Instructor advirtió cinco (5) casos en los cuales el Concesionario habría utilizado piezas de las locomotoras antes de haberlas calificado como obsoletas o inutilizables, por lo cual determinó que la información entregada no cumplía con las condiciones establecidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, cuya secuencia lógica, según lo desarrollado por dicho Órgano, era la de calificar, utilizar y comunicar; por ello, no consideró desvirtuada la infracción y, por el contrario, tipificó dicha conducta dentro de los alcances del artículo 38º del RIS de OSITRAN, con el agregado que la información no fue remitida en las condiciones establecidas.

El artículo 38º del RIS, cuando establece que: *“... no entregue, o lo haga con tardanza significativa, la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contraen los Contratos de Concesión y documentos conexos o la legislación aplicable, incurrirá en infracción grave”*, se estaría refiriendo a alguna condición especial, respecto de la información a presentar, como podría ser, por ejemplo, que los documentos se presenten en original o que se encuentren debidamente legalizados por notario o fedatario, pero siempre la condición debe estar directamente relacionada con la información o documentación a presentar, situación que no encontramos en el presente caso, pues las

condiciones a que se refiere la Resolución apelada no están referidas a la información presentada, sino a las fechas en que se implementaron las acciones (calificación de bienes como obsoletos o inutilizables y utilización de las piezas) para la devolución de los bienes que han devenido en obsoletos o inutilizables, según las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión.

De acuerdo al presente análisis, encontramos que los cinco casos advertidos por el Órgano Instructor, en los que el Concesionario habría utilizado las piezas de las locomotoras antes de haberlas calificado como obsoletas o inutilizables, no se ajustan al tipo de infracción contenida en el artículo 38° del RIS, la cual está referida a no entregar información.

En ese sentido, cabe indicar que, en respeto al principio de tipicidad que rige a la potestad sancionadora administrativa que se desarrolla en el numeral 4 del Artículo 230° de la LPAG, el Artículo 38° del RIS establece una descripción expresa y específica de las conductas constitutivas de infracción, no permitiendo a la Administración cualquier posibilidad de interpretación extensiva o analogía alguna. Ello tiene por objeto no sólo generar previsibilidad en el actuar de la Administración sino que además, acorta su margen discrecional en asuntos sancionadores.

En consecuencia, podemos concluir que la presunta infracción imputada a FVCA, en la Resolución apelada, no se ajusta a los supuestos de hecho de la infracción contemplada en el artículo 38° del RIS de OSITRAN, motivo por el cual recomendamos declarar FUNDADO este extremo de la Apelación, revocando lo resuelto en la Resolución de Gerencia General No. 029-09-GG-OSITRAN.

- 20 **Si el Concesionario cumplió con las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en especial, respecto de la utilización de piezas de las locomotoras en otras, sin que previamente las hubiere calificado como obsoletas o inutilizables.**

***a) La posición del Apelante:***

FVCA manifiesta en su apelación que el motivo de la multa ha sido modificado, con relación a los cargos originalmente imputados en el Oficio No. 632-09-GS-OSITRAN.

También señala, respecto de la utilización de las piezas de locomotoras antes de ser calificadas como obsoletas o inutilizables, que el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión en ninguna parte señala que lo mencionado constituya una infracción contractual sancionable. El referido supuesto tampoco se encuentra sancionado en el RIS, pudiendo considerarse como un error administrativo de FVCA pero no como sancionable, por lo que se estaría violando, además del Principio de Tipicidad ya mencionado, el Principio de Legalidad, en virtud del cual solo por norma con rango de ley puede establecerse previamente una falta contractual o administrativa y su sanción.

De otro lado, FVCA también señala que el inciso ii) del numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión establece la facultad del Concesionario de emplear bienes obsoletos o inutilizables o parte de ellos. En este caso, del texto se desprende solo dos limitaciones a la facultad, así como una obligación:

- a. No emplear los citados bienes o partes de ellos para reparar otros bienes del Concesionario o de Terceros.
- b. No gravar los mencionados bienes o sus partes.
- c. Llevar el registro de los cambios.

Por lo que finaliza señalando, en este extremo, que mover las piezas antes de calificar como obsoletas o inutilizables las locomotoras no se encuentra tipificado como infracción, ni en el Contrato de Concesión ni en el RIS de OSITRAN y que ha dado cumplimiento a las disposiciones contenidas en la cláusula 3.11 del Contrato de Concesión.

***b) Análisis sobre el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en especial, respecto de la utilización de piezas de las locomotoras en otras, sin que previamente las hubiere calificado como obsoletas o inutilizables:***

El hecho de haber utilizado las piezas de las locomotoras antes de ser declaradas obsoletas o inutilizables, fue advertido por el Órgano Instructor, luego de evaluar la información presentada por FVCA, en el mes de abril del 2009.

Tratándose de un hecho diferente a los notificados mediante Oficio No. 632-09-GS-OSITRAN, debió excluirse del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, a fin de correr traslado al Concesionario y realizar una nueva evaluación, para determinar si esa conducta califica como un presunto incumplimiento del Concesionario que pudiese ameritar el inicio de otro Procedimiento Administrativo Sancionador.

En consecuencia, corresponde disponer que la Administración, a través de la Gerencia de Supervisión, realice una nueva evaluación, respecto del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en especial, sobre la utilización de las piezas de las locomotoras antes de ser declaradas obsoletas o inutilizables por el Concesionario, e implemente las acciones que correspondan, de acuerdo a lo dispuesto en el Contrato de Concesión y en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

**POR LO EXPUESTO** y en base al análisis contenido en el Informe N° 041-09-GAL-OSITRAN, en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por Decreto Supremo N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 09 de septiembre de 2009;

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar FUNDADO en parte el Recurso de Apelación, de fecha 14 de julio de 2009, interpuesto por la empresa Concesionaria FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, en el extremo referido a la tipificación de la infracción atribuida al Concesionario y, en consecuencia, REVOCAR la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

**SEGUNDO.-** DISPONER que la Administración, a través de la Gerencia de Supervisión, realice una nueva evaluación, respecto del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en especial, sobre la utilización de las piezas de las locomotoras antes de ser declaradas obsoletas o inutilizables por el Concesionario e implemente las acciones que correspondan.



**TERCERO.-** DECLARAR agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

**CUARTO.-** NOTIFICAR a la empresa FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A. la presente resolución.

**QUINTO.-** COMUNICAR la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.

**SEXTO.-** DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE**  
**Presidente del Consejo Directivo**

Reg. Sal. Nº PD 16713-09