

LIMA

Edif. Javier Alzamora Valdez



420122238912003009271801232000115

NOTIFICACION N° 223891-2012-JR-CA

EXPEDIENTE	00927-2003-0-1801-JR-CA-02	JUZGADO	15° JUZGADO PERMANENTE
JUEZ	BONILLA CAVERO, SUSANA	ESPECIALISTA LEGAL	MAGNO QUIJANO, KAREN MARGARITA
MATERIA	INEFICACIA DE RESOLUCION O ACTO ADMINSTRATIVO		
DEMANDANTE	FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.		
DEMANDADO	OSITRAN		
DESTINATARIO	OSITRAN		

00136851

DIRECCION LEGAL : AV. REPUBLICA DE PANAMA N° 3659 URB. EL PALOMAR - LIMA / LIMA / SAN ISIDRO

Se adjunta Resolucion ONCE de fecha 03/09/2012 a Fjs : 9

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

SENTENCIA

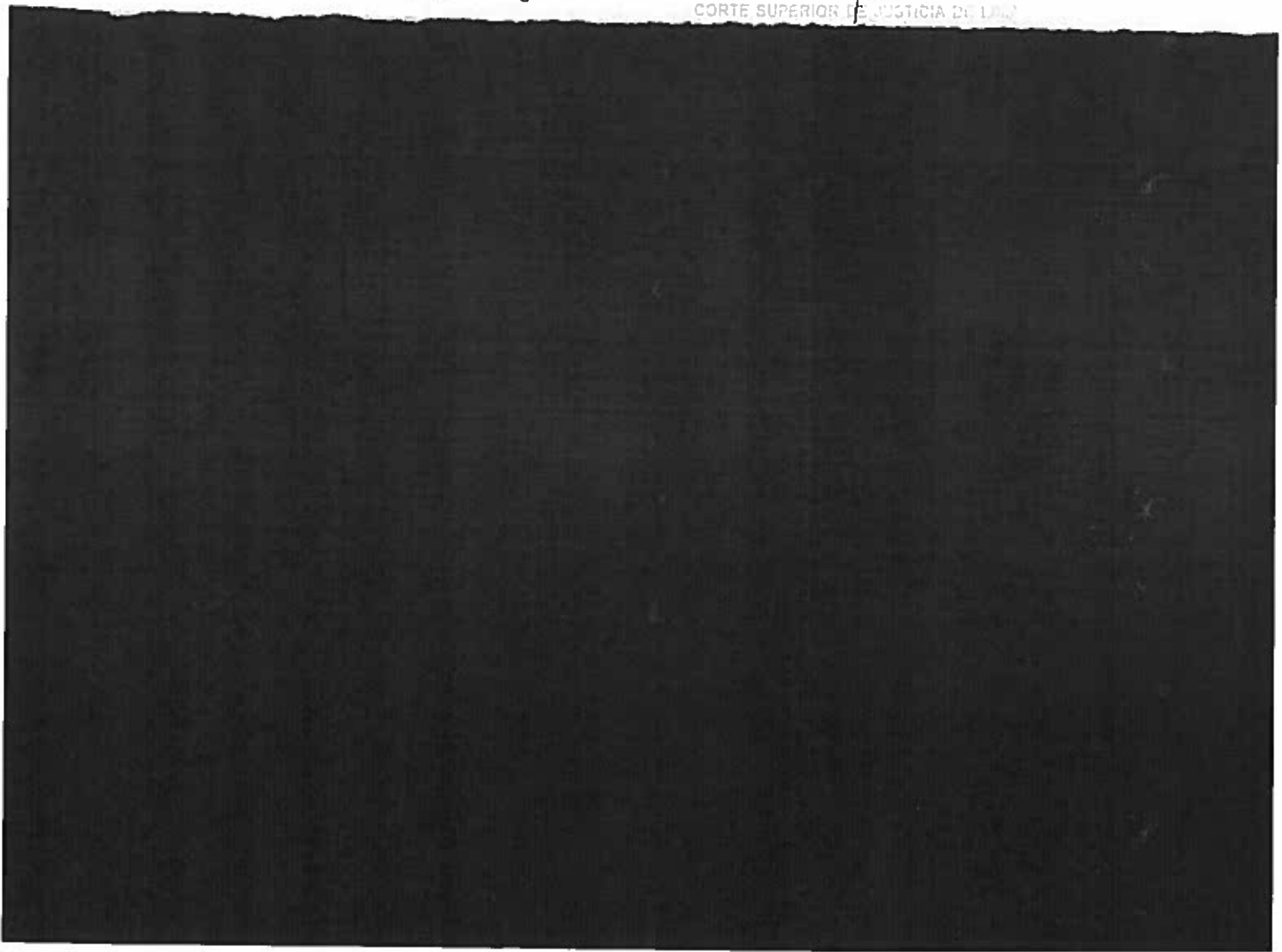
OSITRAN  
MESA DE PARTES  
28 SEP 2012  
22831

PROCURADURÍA PÚBLICA  
N° 00000223  
URS LA AURORA LINDA SOLARBE

ASISTENTE DE NOTIFICACIONES  
15° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



25 DE SETIEMBRE DE 2012



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**  
**DÉCIMO QUINTO JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**EXPEDIENTE N° : 927 - 2003**  
**DEMANDANTE : FERROCARRIL TRASANDINO S.A.**  
**DEMANDADO : OSITRAN Y OTRO**  
**MATERIA : IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA**

**RESOLUCIÓN N°: ONCE**


Lima, tres de setiembre  
del dos mil doce.-

**VISTOS:** resulta de autos que **FERROCARRIL TRASANDINO S.A.**, demanda la nulidad de la Resolución de Concejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, que confirma la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN, que impuso a la demandante sanción de multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior, por incumplimiento de los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del Contrato de Concesión del Ferrocarril de Sur y Sur Oriente, así como del literal a) del artículo 14° de la Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada de Infraestructura de Transporte Público.

**Fundamentos de Hecho:**

**Primero:** Refiere la parte demandante que con fecha 20 de setiembre de 1999, celebró con el Estado, el Contrato de Concesión de los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente. Siendo que, mediante Decreto Supremo N° 015-99-PE, el Estado lo elevó a la categoría de contrato ley.

**Segundo:** Según el referido contrato el demandante se encuentra obligado a pagar al Estado las denominadas Retribución Principal y Retribución Especial, las cuales se calculan sobre la base de los ingresos que se obtienen de la explotación de la infraestructura vial ferroviaria y material tractivo rodante, respectivamente, entregados en concesión. Asimismo, el contrato de concesión establece un mecanismo de conciliación de pagos, por el cual OSITRAN verifica la base sobre la cual se determinó el monto de las retribuciones antes citadas y si la liquidación efectuada es correcta. De igual modo la posibilidad de liberación de pago de las retribuciones en función al nivel de las inversiones

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000224



esta prevista en el referido contrato de concesión. Por último, la cláusula 7.1, establece el cobro que debe efectuarse por el uso de vía.


**Tercero:** Los ingresos por concepto de la tarifa por uso de vía forman parte de los ingresos brutos para efectos del cálculo de la retribución principal. Los ingresos por concepto de alquiler del material tractivo y rodante son la base de cálculo de la retribución especial.

**Cuarto:** Mediante Informe de Supervisión N° 035-GS-V-OSITRAN se concluyó que se había verificado la existencia de tráfico ferroviario que no fue considerado por el Concesionario para efectuar las declaraciones al OSITRAN, precisando que el tráfico no declarado por la demandante para los siete meses auditados del periodo 1999-2000, significa que la declaración de ingresos se ha visto disminuida en \$160,005.

**Quinto:** Al presentar los descargos correspondientes, la demandante precisó que de la revisión de las observaciones del informe de auditoría, era factible que existieran algunas diferencias reales, las cuales fueron causadas en su mayoría por errores al momento de apuntar los números de vagones que conformaban el tren, sumado al hecho de que se venía utilizando el sistema dejado por ENAFER S.A. el cual era inadecuado e ineficiente. Aún con la existencia del monto del tráfico no declarado, no existía ninguna obligación pendiente de pago al estar cubierto dicho monto por las inversiones efectuadas.

**Sexto:** En el transcurso del procedimiento se solicitó la conclusión del procedimiento administrativo sancionador mediante el Compromiso de Cese respectivo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 47° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, sin embargo sin sustento legal alguno ello fue desestimado.

**Sétimo:** Mediante Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN, se declara que la demandante ha incumplido los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del contrato de concesión así como del literal a) del artículo 14° de la Ley 26917, e impuso a la demandante sanción de multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior. Ante ello se interpuso recurso de apelación, el mismo que fue desestimado por Resolución de Concejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN.

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000225



**Octavo:** Agrega la parte demandante, que si bien reconocen la obligación de pago de las retribuciones a que están obligados, sin embargo la Administración considera y sanciona un error en el cálculo de las retribuciones abonadas como un incumplimiento de contrato, siendo que dicho error de cálculo no ha sido previsto ni constituye un incumplimiento contractual.

Además, la resolución que se cuestiona se pronuncia respecto de incumplimientos que ya han sido objeto de pronunciamiento y sanción (tráfico facturado en el periodo 1999-2000) afectando con ello el carácter de efectividad y ejecutoriedad del acto administrativo dictado anteriormente, alterando la normal eficacia del mismo y vulnerado el derecho a no ser sancionados dos veces por un mismo hecho.

**Noveno:** Por último, precisa que al aplicarse una infracción no prevista por norma de rango legal ni contractual, se ha violado los principios constitucionales de legalidad y reserva de la ley y los principios de razonabilidad, legalidad y tipicidad contenidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

**Fundamentos de Derecho:**


Sustenta su pretensión en lo dispuesto en el artículo 3°, numeral 1) del artículo 10°, numerales 1) y 4) del artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y demás normas que invoca.

**Tramitación del Proceso:**

Por Resolución número 01, obrante a fojas 85, se admitió la demanda a fin de ser tramitada en la vía del Proceso Abreviado, corriéndose traslado de la misma a la parte demandada por el término de ley.

Mediante escrito de fojas 117 a 135 y de fojas 152 a 165, la parte emplazada contesta la demanda incoada, por lo que por resoluciones números 3 y 4, se tiene por contestada la misma.

A fojas 205 a 207, obra el Acta de la Audiencia de Saneamiento y Conciliación, donde se declaró Saneado el Proceso, fijándose los puntos controvertidos; y

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000226

*Handwritten signature* \_\_\_\_\_ 3




**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, quienes actúan con independencia, así como con arreglo a la Constitución y a las Leyes, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, del artículo 1°, 16° y del inciso 1 del artículo 186°, todos estos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**SEGUNDO:** Que el proceso contencioso administrativo al que se hace referencia en el artículo 148° de la Constitución Política del Perú, regulado por la Ley 27584, norma con la cual se ha tramitado judicialmente la presente litis, tiene por objeto o finalidad el control jurisdiccional por el Poder Judicial de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados; por lo que el nuevo diseño establecido por el régimen legal vigente para el Contencioso Administrativo prevé un proceso de plena jurisdicción de modo que la labor del Poder Judicial no se restringe sólo a controlar la legalidad de los actos administrativos, sino también a brindar una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados.

**TERCERO:** Que conforme a lo previsto en los artículos 8° y 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Ley N° 27444, el acto administrativo goza de presunción de validez por lo que mientras no sea declarada por autoridad administrativa o judicial su nulidad, se considerará dictada conforme al ordenamiento jurídico.

**CUARTO:** Que, asimismo, es finalidad de los medios probatorios el acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Así también, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos salvo si la actuación administrativa impugnada establece una sanción, donde la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa.


	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000227



**QUINTO:** Que conforme se desprende de la demanda, la parte demandante atribuye que la resolución administrativa impugnada habría incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 10° inciso 1) de la Ley N.º 27444 referida a aquellos actos administrativos que son nulos de pleno derecho al contravenir la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias.

**SEXTO:** Que, de la revisión de lo actuado se advierte, entre otros, los siguientes documentos:

- a. A fojas 214 a 220 del expediente administrativo, obra el **Informe de Auditoria de Tráfico a la Empresa Ferrocarril Transandino S.A.**
- b. A fojas 193 del expediente administrativo, obra el **Informe N° 035-02-GS-V-OSITRAN**, de fecha 26 de agosto de 2002, por el que se recomienda, entre otras cosas, el inicio del procedimiento administrativo sancionador por las irregularidades advertidas.
- c. A fojas 155 del expediente administrativo, obra el **Oficio N° 179-2002-GS-V-OSITRAN**, de fecha 28 de octubre de 2002, por el que se comunica que no es aplicable la aceptación del compromiso de cese de los hechos investigados ofrecido por la parte demandante.
- d. A fojas 31 de autos, obra copia de la **Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN**, de fecha 02 de diciembre de 2002, por el que se declara que la demandante ha incumplido los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del contrato de concesión, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley 26917 e impone como sanción el pago de una multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior.
- e. A fojas 33 a 58 de autos, obra copia del **recurso de apelación** interpuesto contra la citada resolución.

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000228



- f. A fojas 60 a 68 de autos, obra copia de la **Resolución de Concejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN**, de fecha 07 de marzo de 2003, por la que se resuelve confirmar la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG.

**SEPTIMO:** De la revisión del contrato de concesión que obra como acompañado a los presentes autos, se desprende que el mismo fue celebrado entre el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y Ferrocarril Trasandino Sociedad Anónima, con fecha 19 de julio de 1999. Dicha concesión se otorgó para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación del Ferrocarril del Sur y del Sur Oriente, así como para la construcción de obras de infraestructura vial – ferroviaria, para la prestación de servicios de transportes ferroviario y de servicios complementarios en el área matriz.


La **Cláusula Quinta** del contrato en cuestión, establece las condiciones de pago de la concesión:

- a. **Numeral 5.1.** que regula el pago de la retribución principal, que equivale al porcentaje de los ingresos brutos propuesto en la oferta económica, no considerándose en la base de cálculo a los ingresos que provengan de la explotación del material tractivo y/o rodante, ni el impuesto general a las ventas.
- b. **Numeral 5.2.** que regula el pago de la retribución especial, que equivale al 50% de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos por la explotación del material tractivo y/o rodante, excluyendo el impuesto general a las ventas.
- c. **Numeral 5.7.** que prescribe el pago de la tasa de regulación, por el que el concesionario queda obligado al pago de dicha tasa a favor de OSITRAN.

La **Cláusula Séptima** del contrato de concesión, establece las condiciones del servicio de transporte ferroviario, siendo pertinente mencionar lo establecido en:

- **Numeral 7.1.** que regula el cobro de la tarifa por uso de vía, que se debe cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la línea férrea

La **Cláusula Vigésima** del contrato, establece la caducidad de la concesión, y respecto a las penalidades establecidas se precisa en:

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000229




- **Numeral 20.2. que regula las penalidades por incumplimiento**, que en caso que el concesionario incumpliera con alguna de las obligaciones impuestas en el contrato, OSITRAN podrá aplicar las penalidades previstas en el Anexo N° 9. La repetición de la falta facultará a OSITRAN a duplicar el monto de la última penalidad aplicada por ese mismo concepto.

**OCTAVO:** Conforme se desprende de fojas 214 a 220 del expediente administrativo, el Informe de Auditoría de Tráfico a la Empresa Ferrocarril Transandino S.A. por el periodo del 21 de setiembre de 1999 al 31 de diciembre de 2000, con la selección de una muestra de siete meses, concluyó entre otras cosas, que la información proporcionada por la parte demandante no coincide con lo declarado por el concesionario a OSITRAN y muestra inconsistencias en su contenido en todos los meses auditados, además de evidenciarse deficiencias en el registro de datos. A fojas 193 del expediente administrativo, obra el Informe N° 035-02-GS-V-OSITRAN, de fecha 26 de agosto de 2002, por el que se concluye, entre otros, que el concesionario ha efectuado una menor declaración de los ingresos que corresponde, lo que implica afectación de lo dispuesto en los numerales 5.1, 5.2, 5.7 y 7.1 del contrato de concesión.

Ahora bien, la parte demandante ha referido en su escrito de demanda, ver folio 99, que en efecto se ha declarado un ingreso menor al que corresponde, pero que sin embargo ello no constituye un incumplimiento del contrato de concesión sino un error de cálculo. Siendo así, resulta claro que no es materia de controversia la existencia de ingresos no declarados, sino como deben considerarse para efectos de establecer las consecuencias de dicha omisión.

**NOVENO:** Para estos efectos es preciso traer a colación que se entiende por procedimiento administrativo sancionador, en el entendido que la parte demandante alega que al imponerle la Administración la sanción referida, está afectando los principios de razonabilidad, legalidad y tipicidad que inspiran dicho procedimiento.

En este contexto, debemos precisar que con la entrada en vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, se consagra la sistematización de reglas y principios tendientes a regular la potestad sancionadora de la Administración Pública, siendo que conforme se precisa en el artículo 229°, referente al ámbito de aplicación del procedimiento sancionador, dicho procedimiento disciplina la facultad que

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000236

PODER JUDICIAL  
192  
KAREN M. BUSTOS  
191






se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

Ahora bien, el caso que nos ocupa no proviene de un procedimiento sancionador regulado por la Ley 27444, iniciado contra la parte demandante por incumplimiento de las normas vigentes y que por tanto deba expresamente cautelarse los principios de la potestad sancionadora administrativa previstos en el artículo 230° de la Ley 27444, sino que trata de la imposición de penalidades establecidas en una relación contractual entre el Estado y la empresa concesionaria, ante el incumplimiento por parte de ésta de las obligaciones establecidas en el contrato de concesión tantas veces citado, tal como puede advertirse del Informe N° 035-02-GS-V-OSITRAN y de las resoluciones materias de cuestionamiento en el presente proceso.

**DECIMO:** En cuanto a la penalidad contractual, cabe precisar que ello importa que las partes que celebran un contrato convienen en penar el incumplimiento de las obligaciones contraídas. En ese sentido, es preciso traer a colación lo previsto por el artículo 1341° del Código Civil que al regular las obligaciones con cláusula penal, precisa que el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento de esta prestación y a que se devuelva la contraprestación si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.

Siendo así, de determinarse que la concesionaria incumplió con el Contrato de Concesión de los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente, debe aplicársele la penalidad establecida de manera expresa en el referido contrato de concesión.

En el caso de autos ha quedado acreditado con los documentos de fojas 193, 214 a 221 del expediente administrativo, que la omisión en la declaración de ingresos percibidos, no negado por la parte demandante, trata de un caso de incumplimiento contractual y no de un error de cálculo como alega la concesionaria, no sólo porque las irregularidades advertidas versan por ejemplo sobre información proporcionada por la propia demandante que no coincide con lo declarado por ésta a OSITRAN, la base de datos del SOF no registra algunos lugares o puntos geográficos, generándose con ello distorsión en el cálculo de las distancias, existen recorridos de vagones y coches no registrados en el sistema, entre otros, lo que generó que la no declaración de tráfico ferroviario ocasionara el incumplimiento de lo previsto en el numeral 7.1, así como que la no declaración de todos los ingresos implicó el incumplimiento de lo establecido en el numeral 5.1, 5.2 y 5.7

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000231



del referido contrato de concesión, sino también porque pese habersele ya aplicado la cláusula penal contractual por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2001-CD/OSITRAN y Resolución de Gerencia General N° 003-2001-GG-OSITRAN, se continuó declarando ingresos menores a los que realmente correspondían.


Es preciso agregar, que la parte demandante no ha acreditado en el presente proceso, que ya se le habría impuesto penalidad por los mismos hechos a través de las dos últimas resoluciones antes citadas, esto es, no ha desvirtuado lo señalado por la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, en el sentido de que se trata de hechos distintos, por un lado primigeniamente se sancionó a la concesionaria por omitir en los pagos tráfico que fue declarado y en el caso que nos ocupa por omitir en los pagos tráficos que nunca fue declarado.

Por último, en cuanto a la suscripción del compromiso de cese, cabe señalar que el literal a) del artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, condiciona el mismo a la no verificación del incumplimiento de una obligación sustantiva de índole contractual, por lo que no resultaba aplicable al caso de autos dado que, como ya se ha señalado, la concesionaria incumplió el contrato de concesión tantas veces aludido.

**DECIMO PRIMERO:** Que de lo expuesto en los considerandos precedentes, se puede concluir que la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, que es objeto de cuestionamiento, no contiene causal alguna que de lugar a declarar su nulidad, deviniendo en infundada la demanda.

**FALLO:**

Por tales fundamentos y en aplicación de las normas legales glosadas; la Magistrada del Décimo Quinto Juzgado Contencioso Administrativo, impartiendo justicia a nombre de la Nación, declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta; Debiéndose notificar al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 14 de la Ley 27584. Notifíquese.-

	PROCURADURÍA PÚBLICA
N°	00000232





NOTIFICACION N° 101253-2014-SP-CA

EXPEDIENTE	00927-2003-0-1801-JR-CA-02	SALA	1° SALA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA
RELATOR	SANTOME SANDOVAL, ANA CECILIA	SECRETARIO DE SALA	TORRELIO LAMBRUSCHINI MARIA DEL PILAR
MATERIA	INEFICACIA DE RESOLUCION O ACTO ADMINISTRATIVO		
DEMANDANTE	: FERROCARRIL TRANSANDINO SA,		
DEMANDADO	: OSITRAN,		
DESTINATARIO	OSITRAN		

DIRECCION LEGAL: AV. REPUBLICA DE PANAMA N° 3659 - 3663 URB. EL PALOMAR - LIMA / LIMA / SAN ISIDRO

Se adjunta Resolucion DIEZ de fecha 25/08/2014 a Fjs: 8

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

RES. N° 10 ( SENTENCIA DE VISTA ) : DOBLE CARA + RES. N° 09

8 DE SETIEMBRE DE 2014





PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO**

Expediente N° 00927-2003

Demandante : Ferrocarril Transandino S.A.  
Demandado : Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de  
Transporte de Uso Público - OSITRAN  
Materia : Acción Contencioso Administrativa

**SUMILLA:**

En el presente caso se solicita la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, de fecha siete de marzo del año dos mil tres, mediante la cual se confirmó la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN mediante la cual se impuso a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. una sanción equivalente al pago de una multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior, por incumplimiento de los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del Contrato de Concesión correspondiente al Ferrocarril de Sur y Sur Oriente, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 28917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Debemos precisar que de autos y de los descargos efectuados por la demandante en sede administrativa, no se ha podido acreditar que efectivamente, FETRANS haya realizado inversiones por el monto faltante que señala OSITRAN, o que en todo caso dichas inversiones hayan sido superiores al monto que determinó la Administración a fin que se pueda cubrir la diferencia señalada, asimismo, cabe precisar que la empresa demandante conocía los criterios indicados por la administración respecto al cumplimiento de las obligaciones en el Contrato de Concesión, en tanto dichas obligaciones no solamente se basaban en el pago de la retribución principal y especial, sino que también significaba un cálculo correcto de las mismas, entender que podía incurirse en error respecto a éste, lo que implica una interpretación que no se ajusta al cumplimiento de una obligación, más aún si previamente la administración ha señalado como criterio que el pago para que se entienda efectuado, debe realizarse de manera correcta, sin omitir valores o información que permita determinar el monto total a pagar, por lo tanto, lo alegado por el representante de la empresa demandante no resulta atendible.

**RESOLUCIÓN N° 10**

Lima, veinticinco de agosto  
del año dos mil catorce.-

PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN  
LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Devuelto a Relatoría

Fecha

29/8/14


**VISTOS:**

Con los tres tomos de expediente administrativo que vienen acompañados;  
Interviniendo como ponente la Señora Jueza Superior Beltrán Pacheco, con lo



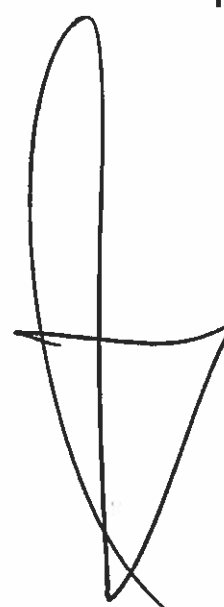

expuesto por el Señor Fiscal Superior en su Dictamen obrante en las páginas cuatrocientos uno a cuatrocientos siete;

**ASUNTO:**



Es materia en grado de apelación, la sentencia expedida mediante Resolución número once, de fecha tres de setiembre del año dos mil doce, obrante en las páginas trescientos dieciséis a trescientos veinticuatro, a través de la cual se declaró infundada la demanda; en los seguidos por Ferrocarril Transandino S.A. con el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público- OSITRAN, sobre Acción Contencioso Administrativa;

**ANTECEDENTES:**

- 
1. Por escrito obrante en las páginas sesenta y nueve a ciento siete, el representante de la empresa Ferrocarril Transandino S.A., interpuso una demanda contenciosa administrativa contra el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público –en adelante OSITRAN–, postulando como pretensión principal que se declare la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, de fecha siete de marzo del año dos mil tres, mediante la cual se confirmó la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN mediante la cual se impuso a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. una sanción equivalente al pago de una multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior, por incumplimiento de los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del Contrato de Concesión correspondiente al Ferrocarril de Sur y Sur Oriente, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
  2. Mediante Resolución número uno, de fecha quince de mayo del año dos mil tres, obrante en la página ciento ocho, se admitió a trámite la demanda interpuesta, corriéndose traslado al OSITRAN y al Procurador Público de la Presidencia de Consejo de Ministros.
  3. Por escrito obrante en las páginas ciento trece a ciento quince, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, se apersonó a la instancia e interpuso excepción de incompetencia; asimismo, mediante escrito obrante en las páginas ciento diecisiete a ciento
- 

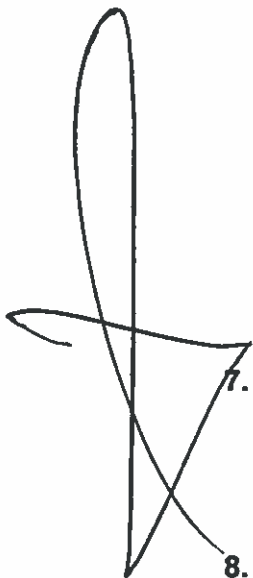
treinta y cinco, contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicitando que la misma sea declarada infundada y/o improcedente por los fundamentos que expuso; formulando denuncia civil a efectos que intervenga en el presente proceso OSITRAN.



4. Mediante Resolución número tres, de fecha veinticuatro de octubre del año dos mil tres, obrante en la página ciento treinta y seis, se declaró fundada la denuncia civil, entendiéndose el proceso contra el OSITRAN.

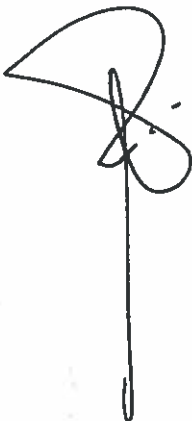
5. Por escrito obrante en las páginas ciento cincuenta y dos a ciento sesenta y cinco, el representante de OSITRAN se apersonó al proceso y contestó la demanda en los términos que ahí expuso, solicitando que la misma se declare infundada en su oportunidad.

6. Mediante Resolución número cinco, de fecha catorce de octubre del año dos mil cuatro, obrante en las páginas doscientos cinco a doscientos siete, se declaró infundada la excepción formulada por el Procurador Público del Consejo de Ministros; asimismo, se declaró saneado el proceso, fijándose los puntos controvertidos, en torno a los cuales se admitieron los medios probatorios, por lo que habiéndose anexado el expediente administrativo, se dispuso la remisión de los autos al despacho del representante del Ministerio Público a efectos de que se pronuncie de acuerdo a sus atribuciones.



7. Mediante Resolución número once, de fecha tres de setiembre del año dos mil doce, obrante en las páginas trescientos dieciséis a trescientos veinticuatro, se declaró infundada la demanda.

8. Por escrito obrante en las páginas trescientos cuarenta y tres a trescientos cincuenta y nueve, el representante de la empresa Ferrocarril Transandino S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia recaída en la Resolución número once, de fecha tres de setiembre del año dos mil doce, el cual fue concedido con efecto suspensivo mediante Resolución número trece, de fecha tres de diciembre del año dos mil doce, obrante en la página trescientos sesenta a trescientos sesenta y uno;



9. Con fecha diez de enero del año dos mil catorce, la Sexta Fiscalía Superior Civil de Lima remitió el expediente conteniendo el Dictamen número 053-2014, opinando que la sentencia se declare nula;



10. Con fecha doce de agosto del año en curso se llevó a cabo la vista de la causa, por lo que el estado del mismo es de expedir sentencia dentro del plazo concedido por Ley;



#### ANALISIS Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION JUDICIAL:

**Primero:** De conformidad con lo previsto en el artículo primero de la Ley número 27584, la Acción Contencioso Administrativa a que se refiere el artículo ciento cuarenta y ocho de la Constitución tiene por finalidad el control jurídico por parte del Poder Judicial, de la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y a la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados;

**Segundo:** La cuestión a dilucidar se concreta en determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, de fecha siete de marzo del año dos mil tres, mediante la cual se confirmó la Resolución de Gerencia General N° 034-2002-GG-OSITRAN a través de la cual se impuso a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. una sanción equivalente al pago de una multa ascendente al 2% de los ingresos brutos del mes anterior, por incumplimiento de los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del Contrato de Concesión correspondiente al Ferrocarril de Sur y Sur Oriente, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público.

**Tercero:** La representante de la empresa demandante mediante el escrito de apelación de sentencia<sup>1</sup>, argumentó como fundamentos de agravio lo siguiente: 1) Que, la sentencia de primera instancia considera que FETRANS incumplió con los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del Contrato de Concesión, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, al determinar incorrectamente el monto de las retribuciones principal y especial, a pesar que dicha obligación no se encuentra prevista contractualmente ni legalmente, menos aún en las cláusulas indicadas en la sentencia. En ese sentido, señala que el Contrato de Concesión prevé la posibilidad que el concesionario incurra en un error de cálculo en la determinación de las retribuciones a su cargo, pero no considera ello como un incumplimiento contractual, toda vez que ninguna cláusula del contrato lo contempla y, por el contrario, prevé la forma de conciliar pagos cuando hubiera alguna diferencia a

<sup>1</sup> Ver páginas 343 a 359 de autos.



favor del concedente o del concesionario, dando la oportunidad a FETRANS de pagar la diferencia a favor del concedente; 2) FETRANS cumplió con cobrar la tarifa correspondiente al Operador Ferroviario Perurail S.A. conforme a lo establecido en la cláusula 7.1 del Contrato de Concesión, por lo que la determinación equívoca del importe de la retribución no implica un incumplimiento a dicha cláusula; 3) Que, el juez de primera instancia sin expresar el fundamento alguno, señaló que el no pago oportuno y correcto de la retribución principal y especial es susceptible de ser sancionado con las penalidades y sanciones previstas en el contrato y en las leyes aplicables y además aplicarse la tasa de interés compensatorio; 4) Que, FETRANS no tiene ninguna obligación pendiente de pago, ya que el monto faltante pudo ser cubierto por el saldo acreedor que mantiene el concesionario en virtud de las inversiones efectuadas. Añade que, en virtud del mecanismo de liberación de pago FETRANS no debía efectuar ningún desembolso, pudiendo aplicar el saldo a favor en razón de las inversiones efectuadas en la infraestructura concesionada que cubren en exceso dicha diferencia; 5) La sanción impuesta es ilegal, al contravenir los principios de legalidad y tipicidad establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, lo cual implica un vicio de nulidad. Asimismo, señala que resulta errónea la afirmación en el considerando noveno de la sentencia, en el sentido que tratándose de un procedimiento sancionador no regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General, no debe expresamente cautelarse los principios de la potestad sancionadora administrativa previstos en el artículo doscientos treinta de la misma ley, al tratarse de la imposición de penalidades contractuales; por lo que OSITRAN debió considerar las garantías y principios establecidos en el Capítulo II de la Ley N° 27444.

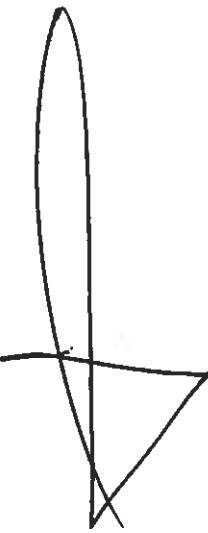
Cuarto: Resolviendo el primer y segundo argumento de agravio señalado por la parte demandante, referido a que *"la sentencia de primera instancia considera que FETRANS incumplió con los numerales 5.1, 5.2 y 7.1 del Contrato de Concesión, así como el literal a) del artículo 14° de la Ley N° 26917, al determinar incorrectamente el monto de las retribuciones principal y especial, a pesar que dicha obligación no se encuentra prevista contractualmente ni legalmente, menos aún en las cláusulas indicadas en la sentencia. En ese sentido, señala que el Contrato de Concesión prevé la posibilidad que el concesionario incurra en un error de cálculo en la determinación de las retribuciones a su cargo, pero no considera ello como un incumplimiento contractual, toda vez que ninguna cláusula del contrato lo contempla y, por el contrario, prevé la forma de conciliar pagos cuando hubiera alguna diferencia a favor del concedente o del concesionario, dando la oportunidad a FETRANS de pagar la diferencia a favor del concedente".* Asimismo, señala que






FETRANS cumplió con cobrar la tarifa correspondiente al Operador Ferroviario Perurail S.A. conforme a lo establecido en la cláusula 7.1 del Contrato de Concesión, por lo que la determinación equívoca del importe de la retribución no implica un incumplimiento a dicha cláusula"; debemos precisar que:

Del argumento señalado por FETRANS en el párrafo anterior, se evidencia que la propia empresa demandante, señala que en efecto existieron errores en la determinación del pago de las retribuciones principal y especial. En ese sentido, se debe revisar en primer término, si del propio contrato de concesión se infiere que dichos errores de cálculo al que hace referencia la recurrente constituyen o no un incumplimiento de obligaciones, y posteriormente se debe verificar si en efecto, en el contrato de concesión se precisa alguna forma de conciliación de pago cuando existiera alguna diferencia a favor del concedente o concesionario.



**Quinto:** De la revisión del cuadernillo espiralado, se observa el Contrato de Concesión celebrado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción con la empresa Ferrocarril Transandino S.A., el ocho de noviembre del año mil novecientos noventa y nueve, cuya cláusula quinta señala **"Condiciones de Pago de la Concesión"**, numeral 5.1. ***Retribución Principal. El Concesionario está obligado al pago de la Retribución Principal la misma que equivale al porcentaje de Ingresos Brutos propuesto en su Oferta Económica, (...). Para efectos de la Retribución Principal no se considera en la base de cálculo a los ingresos que provengan de la explotación del material tractivo y/o material rodante incluido en el anexo 3, ni el Impuesto General a las Ventas. La Retribución Principal deberá pagarse al concedente por año vencido, el veinte de enero o el siguiente día hábil, de no efectuarse el pago oportunamente y sin perjuicio de lo previsto en los numeral 20.2 y 20.3 de este Contrato, el Concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente y a favor del concedente el interés compensatorio. (...)."***; asimismo, el numeral 5.2 señala: ***"Retribución Especial. El Concesionario también queda obligado a pagar semestralmente a favor del concedente la Retribución Especial equivalente al 50% de los ingresos del semestre inmediatamente anterior (...). En cualquier caso, de no efectuarse el pago oportunamente y sin perjuicio de lo previsto en el pago 20.2 y 20.3 de este contrato, el concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente y a favor del concedente el interés compensatorio (...)."*** (El resaltado es nuestro).



Asimismo, el numeral 5.4 del acotado contrato señala: "Conciliación de pagos". (...). En caso que del balance y estados financieros auditados se derivara alguna diferencia favor del concedente respecto de la ya pagado por el concesionario, dicha diferencia deberá ser cancelada conjuntamente con la remisión del citado balance y estados financieros. Si la diferencia fuera a favor del concesionario, éste podrá compensarla con los siguientes pagos de la Retribución Principal y de la Retribución Especial, según corresponda por el origen de la diferencia hasta extinguirla. (...). En el caso se produjeran diferencias entre las partes respecto de los resultados presentados en el balance y estados financieros auditados, ellas deberán ser resueltas conforme a lo previsto en la Cláusula Vigésimo Segunda de este contrato, sin perjuicio del derecho de OSITRAN de realizar a su costo, una auditoría para verificar la conciliación de pagos (...)." Por otro lado, el numeral 7.1 del Contrato de Concesión señala: "Tarifa por uso de vía. El Concesionario deberá cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la Línea Férrea, cargada o descargada, la tarifa por uso de vía cuyo monto máximo y mecanismo de ajuste automático se detallan en el Anexo 7 de este Contrato. (...)".

**Sexto:** Cabe precisar que del análisis de las cláusulas del contrato antes citadas, no se evidencia que éste, prevea la posibilidad que el concesionario incurra en un error de cálculo, por el contrario, no disgrega dicha circunstancia, como bien señala el OSITRAN en el fundamento décimo del Rubro V. Análisis de las Cuestiones Controvertidas, de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, de fecha siete de marzo del año dos mil tres<sup>2</sup>, el mecanismo de Conciliación de Pagos busca armonizar la información financiera y contable presentada por el Concesionario al momento de efectuar los pagos de las retribuciones correspondientes a un determinado ejercicio con la información financiera y contable auditada de dicho ejercicio, que si bien es cierto pueden existir diferencias, éstas deben ser subsanadas en dicho momento, de lo contrario se aplicará el interés moratorio.

Asimismo, interpreta OSITRAN que el mecanismo de conciliación de pagos, no excluye la obligación de pagar correctamente las retribuciones en las fechas previstas en el Contrato de Concesión, tampoco se deriva de dicha cláusula que el concesionario pueda incurrir en errores, lo que se ha precisado es que a través de la "Conciliación de Pagos", el concesionario pueda cubrir las diferencias entre los montos derivados de estados financieros no auditados con información que se derive de estados financieros auditados; lo que no ha sucedido en el presente caso,

<sup>2</sup> Ver páginas 216 a 237 del expediente administrativo.

puesto que conforme es de verse del Informe N° 058-02-GS-V-OSITRAN, de fecha veinticinco de noviembre del año dos mil dos<sup>3</sup>, se ha señalado en el punto 3.3 lo siguiente:

*JP*

**“Con respecto a que el cálculo no adecuado de la Retribución al Estado no implica incumplimiento en el pago de las mismas, debido a que el concesionario cuenta con un saldo a su favor, el contrato establece en su cláusula 10.1.5 una conciliación de pagos que permite al OSITRAN verificar el cálculo de retribuciones y en cuanto a que el contrato no menciona este hecho como un incumplimiento.”** En ese sentido, señala el órgano supervisor lo siguiente: *“Con respecto a estas afirmaciones debemos mencionar que de acuerdo a la Resolución de Gerencia General N° 001-2001-GG-OSITRAN, confirmada parcialmente mediante Resolución de Consejo Directivo N° 10-2001-CD/OSITRAN y de la Resolución de Gerencia General N° 008-2000-GG-OSITRAN, que fueron emitidas con ocasión a dos procesos de sanción al Ferrocarril Transandino S.A. por incurrir en incumplimientos similares, se establece lo siguiente: Para que se entienda cumplida la obligación contenida en la cláusula 5.1 del Contrato de Concesión, deben de haberse cumplido los siguientes deberes (o actuaciones): Presentación de la Declaración de la Retribución Principal adjuntando el balance y estados financieros no auditados en que se identifique en detalle sus ingresos brutos y la base sobre la que se ha calculado la Retribución Principal; **Determinación y liquidación adecuada del monto a pagar por concepto de la Retribución Principal, de conformidad con lo dispuesto por el Contrato de Concesión, precisando todos los ingresos brutos sujetos al cálculo de dicha retribución, sin efectuar deducciones prohibidas por el propio contrato; (...). En consecuencia, dado el precedente conocido por el concesionario ya que inclusive se refiere a un proceso de sanción efectuado al mismo, no se puede afirmar que el hallazgo materia del presente proceso no es un incumplimiento contractual ya que el concesionario no cumplió con determinar y liquidar adecuadamente los montos a pagar por los conceptos de retribución a pagar por los conceptos de retribución principal, retribución especial y tasa de regulación.”***

*JP*

**Séptimo:** Siendo ello así, conforme se ha señalado precedentemente, la empresa demandante conocía los criterios indicados por la administración respecto al cumplimiento de las obligaciones en el Contrato de Concesión, en tanto que dichas obligaciones no solamente se basaban en pago de la retribución principal y especial, sino que también significaba un cálculo correcto de las mismas, entender

<sup>3</sup> Ver páginas 111 a 125 del expediente administrativo.

que podía incurrirse en error respecto de dicho, significaría una interpretación que no se ajusta al cumplimiento de una obligación, más aún si previamente la administración ha señalado como criterio que el pago para que se entienda efectuado, debe realizarse de manera correcta, sin omitir valores o información que permita determinar el monto total a pagar; por lo tanto, lo alegado por el representante de la empresa demandante no resulta atendible.

**Octavo:** Por otro lado, respecto al tercer argumento de agravio referido a que *"el juez de primera instancia sin expresar el fundamento alguno, señaló que el no pago oportuno y correcto de la retribución principal y especial es susceptible de ser sancionado con las penalidades y sanciones previstas en el contrato y en las leyes aplicables y además aplicarse la tasa de interés compensatorio"*; debemos indicar que de la revisión de la sentencia apelada<sup>4</sup>, - véase en el considerando décimo, segundo párrafo-, el juez señala que: *"En el caso de autos, ha quedado acreditado con los documentos de páginas ciento noventa y tres, doscientos catorce a doscientos veintiuno del expediente administrativo, que la omisión en declaraciones de ingresos percibidos, no negado por la parte demandante, trata de un caso de incumplimiento contractual y no de un error cálculo como agrega la concesionaria, no solo porque las irregularidades advertidas versan por ejemplo sobre información proporcionada por la propia demandante que no coincide con lo declarado por ésta a OSITRAN, sino que además la base de datos del SOF no registra lugares o puntos geográficos, generándose con ello distorsión en el cálculo de las distancias, (...)."*

En ese sentido, se advierte que el juez de primera instancia ha señalado los motivos por los cuales el pago incorrecto y no oportuno de las obligaciones efectuadas por la concesionaria generó la correspondiente sanción, en efecto, se trata de incumplimiento de contrato, y el error en el cálculo que señala la recurrente, también configura un incumplimiento, en tanto que como se ha precisado previamente, para que una obligación de pago se entienda debidamente efectuada, el cálculo de la misma debe ser correcta y no así como lo ha efectuado la empresa FETRANS; siendo menester precisar que el pago de la tasa de interés compensatorio lo precisa el propio Contrato de Concesión al señalar que ante "cualquier caso, de no efectuarse el pago oportunamente, el concesionario quedará automáticamente obligado a pagar adicionalmente y a favor del concedente el interés compensatorio".

<sup>4</sup> Ver en las páginas 316 a 324 de autos.

**Noveno:** Por otro lado, alega el representante de FETRANS en el escrito de apelación de sentencia, que la empresa demandante no tiene ninguna obligación pendiente de pago, ya que el monto faltante pudo ser cubierto por el saldo acreedor que mantiene el concesionario en virtud de las inversiones efectuadas. Añade que, en virtud del mecanismo de liberación de pago FETRANS no debía efectuar ningún desembolso, pudiendo aplicar el saldo a favor en razón de las inversiones efectuadas en la infraestructura concesionada que cubren en exceso dicha diferencia.

Respecto a la afirmación efectuada por la empresa demandante, debemos precisar que de autos y de los descargos efectuados por la demandante en sede administrativa<sup>5</sup>, no se ha podido acreditar que efectivamente, FETRANS haya realizado inversiones por el monto faltante que señala OSITRAN, o que en todo caso dichas inversiones hayan sido superiores al monto que determinó la Administración a fin que se pueda cubrir la diferencia señalada;

**Décimo:** Por otro lado, el numeral 10.1 del Contrato de Concesión señala "Liberación del Pago de la Retribución Principal de la Retribución Especial. El Concesionario podrá dejar de pagar la Retribución Principal y la Retribución Especial en mérito a sus Inversiones, de acuerdo a las siguientes reglas: (...). 10.1.4. En las oportunidades que corresponda el pago de la Retribución Principal y en las que corresponda el pago de la Retribución Especial, el Concesionario deberá comunicar al Concedente y a OSITRAN su decisión ejercer las facultades que le conceden los numerales 10.1.1 y 10.1.2 de este contrato. En caso decida emplearlas, deberá presentar al Concedente y a OSITRAN toda la información y/o documentación sustentatoria que resulte necesaria o que le sea solicitada 10.1.5. OSITRAN está facultado para verificar la existencia y/o prestación de las inversiones que el Concesionario plantea utilizar como sustento de su derecho a dejar de pagar, parcial o totalmente, la Retribución Principal y/o la Retribución Especial. OSITRAN también está facultado para revisar y aprobar la liquidación que presente el Concesionario en cada oportunidad de pago de la Retribución Principal o de la Retribución Especial en que haga uso de las facultades otorgadas en los numerales precedentes. (...). Si el remanente fuera a favor del Concesionario, dicho saldo podrá ser empleado como justificativo para dejar de pagar las siguientes cuotas de la Retribución Especial o de la Retribución Principal, hasta donde alcance dicho remanente. El remanente deberá ajustarse.

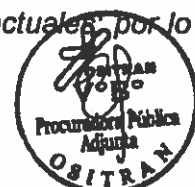
<sup>5</sup> Véase en las páginas 102 a 106 y 78 a 85 del expediente administrativo.

según las normas vigentes para el ajuste de estados financieros por inflación para efectos contables, hasta su cancelación. (...):"

**Décimo Primero:** Que conforme lo expresa, el incentivo de inversión al concesionario, le permite dejar de pagar en efectivo las retribuciones en las oportunidades que le corresponde pagar y efectuar el pago con las inversiones que acredite haber realizado en la línea férrea.

En ese sentido, - véase en los fundamentos 26 y siguientes de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-2003-CD/OSITRAN, se señala que "26. En el caso específico del pago de las retribuciones con inversiones, el Concesionario al emplear el mecanismo de la liberación de pago tiene la obligación de señalar y determinar el monto que le corresponde pagar y en ese momento manifiesta su voluntad de pagar dicho monto con las inversiones que presenta. 27. Cuando presenta mayor cantidad en inversiones que las que afirma que el corresponde pagar, de acuerdo al Contrato de Concesión, está imputando inversiones por el monto determinado por el Concesionario para el pago de las retribuciones y está imputando el saldo a su favor para futuras inversiones." (El subrayado es nuestro). De lo que se entiende que, si la empresa demandante ha determinado de forma incorrecta el monto a pagar por concepto de retribuciones y señala que paga dicho monto con inversiones, por más que éstas haya sido de mayor cantidad, se concluye que éstas han sido canceladas incorrectamente, imputándose un saldo incorrecto a su favor. Asimismo, la acotada Resolución de Consejo, señala que además se debe corroborar que **estas inversiones realizadas a la línea férrea, en efecto cubren el monto determinado correctamente**; sin embargo, conforme se ha precisado previamente, el monto de las retribuciones antes mencionadas han sido realizados de forma errónea; por lo tanto, lo alegado por el representante de la empresa demandante en dicho extremo no resulta atendible.

**Décimo Segundo:** Señala el presentante de la empresa demandante como otro de sus fundamentos de agravio que, "la sanción impuesta es ilegal, al contravenir los principios de legalidad y tipicidad establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, lo cual implica un vicio de nulidad. Asimismo, señala que resulta errónea la afirmación en el considerando noveno de la sentencia, en el sentido que tratándose de un procedimiento sancionador no regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General, no debe expresamente cautelarse los principios de la potestad sancionadora administrativa previstos en el artículo doscientos treinta de la misma ley, al tratarse de la imposición de penalidades contractuales, por lo que



OSITRAN debió considerar las garantías y principios establecidos en el Capítulo II de la Ley N° 27444."

Al respecto, el considerando noveno de la sentencia apelada señala: "(...). (...), el caso que nos ocupa no proviene de un procedimiento sancionador regulado por la Ley N° 27444, (...), y que por tanto deba cautelarse los principios de la potestad sancionadora administrativa previstos en artículo doscientos treinta de la Ley N° 27444, sino que se trata de la imposición de penalidades establecidas en una relación contractual entre el Estado y la empresa concesionaria, ante el incumplimiento por parte de ésta de sus obligaciones, (...)".

**Décimo Tercero:** En ese sentido, mediante la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, se señaló en el artículo sexto las Atribuciones de OSITRAN: "6.1. OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, normativa, fiscalizadora y de resolución de controversias. 6.2. Las atribuciones reguladoras y normativas de OSITRAN comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios. 6.3. La atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de importar sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión y a las licencias correspondientes. (...)". (El resaltado es nuestro).

Por otro lado, el artículo 229° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala lo siguiente: "Ámbito de aplicación de este Capítulo. 229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados. 229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. (...)".

**Décimo Cuarto:** De lo expuesto, se colige que también los procedimientos administrativos sancionadores tramitados por leyes especiales, deben observar los



principios del procedimiento sancionador estipulados en el artículo 230 ° de la Ley N° 27444; por lo que se debe evaluar si en el presente caso se ha cumplido específicamente con la observancia del principio de legalidad y de tipicidad.

Por su parte el numeral 1 artículo 230° de la Ley N° 27444 hace referencia al Principio de Legalidad que señala: ***“Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.”*** (El resaltado es nuestro). En el presente caso, se ha determinado la norma específica por la cual el Estado le atribuye a OSITRAN la potestad sancionadora, para aplicar sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión; y, siendo que en el Contrato de Concesión en análisis se señala en el Anexo 9° - página ciento cincuenta y cuatro del cuaderno espiralado – el Cuadro de Régimen de Penalidades aplicables a los incumplimientos del Concesionario, señala como infracción grave, aquella que sea reiterada, la sanción a imponerse será del 2% del Impuesto Bruto del Mes Anterior, OSITRAN en atribución de su función fiscalizadora encomendada por ley, determinó el incumplimiento del Contrato de Concesión que se discute; por lo tanto, no se observa que se haya infringido dicho principio establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General; por el contrario, la actuación de la administración ha sido dentro del margen del principio de legalidad en mención. En consecuencia, dicho argumento alegado por la demandante no resulta amparable.

**Décimo Quinto:** También señala la empresa demandante que se habría vulnerado el principio de tipicidad previsto en el numeral 4 de la Ley N° 27444 que señala: ***“Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.*** Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. (...).”

Al respecto, debemos precisar que si bien señala el acotado numeral 4 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que las conductas sancionables administrativamente deben estar previstas en una norma con rango





de ley, también lo es que el presente procedimiento sancionador, no fue iniciado por infracciones respecto a una norma en específico, vale decir, las sanciones impuestas por el órgano regulador no se derivan de un actuar directo del administrado (FETRANS) contra una norma con rango de ley, sino de una penalidad que debe ser considerada como acto administrativo; es decir, que en aquellos contratos de concesión de infraestructura de transporte, la penalidad es impuesta por el regulador. En ese sentido, es el órgano regulador quien determina el incumplimiento de la obligación en ejercicio de su función de evaluación y fiscalización; por lo tanto, el principio de tipicidad que alega la recurrente no resulta aplicable al presente caso, toda vez que las obligaciones que debía cumplir la concesionaria derivan de un contrato que tiene efectos inter partes y ante el incumplimiento de lo estipulado en él se generan penalidades y no así infracciones las cuales derivan de normas; por lo que la administración, representada en este caso por el órgano regulador, debía velar en cumplimiento del contrato suscrito dentro del ámbito de su funciones de fiscalización, la cual le fue atribuida por ley.

Por las consideraciones expuestas, y habiendo resuelto los agravios señalados por el representante de la empresa demandante<sup>6</sup>; en ejercicio de las atribuciones conferidas por ley;

**SE RESUELVE:**

**CONFIRMAR** la sentencia recaída en la Resolución número once, de fecha tres de setiembre del año dos mil doce, obrante en las páginas trescientos dieciséis a trescientos veinticuatro, que declaró **Infundada** la demanda, conforme a los términos de la presente resolución; en los seguidos por la empresa Ferrocarril Transandino S.A. con el Organismo Supervisor de la Inversión Privada de en Infraestructura de Transporte de Uso Público- OSITRAN y otro, sobre Acción Contencioso Administrativa. **Notifíquese.-**

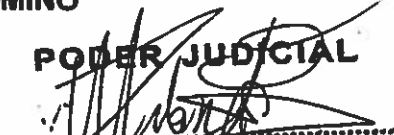
**SS.**

  
BELTRÁN PACHECO

  
REYES RAMOS

  
NIÑO PAZOMINO

**PODER JUDICIAL**

  
MARIA DEL PILAR TORRELIO LAMBRUSCHINI  
SECRETARIA (a)  
Primera Sala Especializada en lo  
Contencioso Administrativo  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



PBP/Kns

<sup>6</sup> Ver páginas 343 a 359 de autos.

02 SEP 2014

LIMA

Sede Alzamora Valdez

Esq Abancay y Colmena S/N Cercado de Lima

Nº 0169281



420142757232003009271801232000115

NOTIFICACION Nº 275723-2014-JR-CA

EXPEDIENTE	00927-2003-0-1801-JR-CA-02	JUZGADO	15º JUZGADO PERMANENTE
JUEZ	BONILLA CAVERO, SUSANA	ESPECIALISTA LEGAL	CONDORI SALAS, LUIS
MATERIA	INEFICACIA DE RESOLUCION O ACTO ADMINSITRATIVO		

PODER JUDICIAL  
Servicio de Notificación

11 DIC 2014

DEMANDANTE : FERROCARRIL TRANSANDINO SA,  
DEMANDADO : OSITRAN,

R. CENTENO -

DESTINATARIO OSITRAN

RECIBIDO

DIRECCION LEGAL : AV. REPUBLICA DE PANAMA Nº 3659 - 3663 URB. EL PALOMAR - LIMA / LIMA / SAN ISIDRO

Se adjunta Resolucion DIECIOCHO de fecha 04/12/2014 a Fjs : 1

ANEXANDO LO SIGUIENTE:  
SIN ANX,EXOS

OSITRAN  
MESA DE PARTES  
10 DIC 2014  
74825  
Firma: [Signature] Hora: 11:04

9 DE DICIEMBRE DE 2014



15° JUZGADO PERMANENTE

EXPEDIENTE : 00927-2003-0-1801-JR-CA-02

MATERIA : INEFICACIA DE RESOLUCION O ACTO

ADMINSITRATIVO

ESPECIALISTA : CONDORI SALAS, LUIS

DEMANDADO : OSITRAN ,

DEMANDANTE : FERROCARRIL TRANSANDINO SA ,

**RESOLUCIÓN N°: DIECIOCHO**

**Lima, tres de diciembre**

**de dos mil catorce.—**

**PUESTO A DESPACHO**, en la fecha los autos provenientes de la **PRIMERA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LIMA** recepcionado por CDG el 27 de noviembre de 2014: **POR DEVUELTO LOS AUTOS, ESTANDO A LO RESUELTO POR LA INSTANCIA SUPERIOR, CÚMPLASE LO EJECUTORIADO**, con conocimiento de las partes del proceso para los fines pertinentes; en consecuencia **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** los autos, devuelto que sean los cargos de la presente resolución. Interviniendo el especialista legal que da cuenta por disposición superior.

OSITRAN  
OSITRAN  
OSITRAN

