

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA

Nº 025-2007-PD-OSITRAN

Lima, 23 de agosto de 2007

ENTIDAD PRESTADORA : Ferrocarril Transandino S.A.
MATERIA : Modificatoria del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A.

VISTOS:

El escrito de fecha 25 de julio de 2007 presentado por Andean Railways Corp. S.A.C. (en adelante, ANDEAN), así como los escritos de fecha 26 de julio y 10 de agosto de 2007 presentados por Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, FETRANS), y;

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES

1. El 23 de septiembre de 2003, mediante Resolución Nº 014-2003-CD-OSITRAN se aprobó el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REMA).
2. El 25 de mayo de 2004, mediante Resolución Nº 021-2004-CD-OSITRAN, se aprobó el Reglamento de Acceso de FETRANS (en adelante, REA-FETRANS).
3. El 20 de septiembre de 2005, mediante Resolución Nº 054-2005-CD-OSITRAN, se aprobó la modificación del REMA.

Al respecto, conforme a lo establecido por el Artículo 13º del REMA, cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con el fin de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso.

4. Mediante Resolución del Consejo Directivo de OSITRAN Nº 026-2006-CD-OSITRAN del 20 de abril de 2006, se aprobó el REA - FETRANS en los términos señalados en el Informe Nº 016-06-GS-GAL-OSITRAN
5. El 1 de junio de 2007, ANDEAN, en su calidad de empresa que en ese momento se encontraba tramitando su permiso de operación, solicita a OSITRAN la modificación de algunos Artículos del REA-FETRANS.

6. Como consecuencia de ello, mediante Informe N° 050-07-GS-GAL-OSITRAN del 26 de junio de 2007, las Gerencias de Supervisión y de Asesoría Legal de OSITRAN proponen, entre otras cosas, lo siguiente:
 - Modificar la metodología del calculo de la carta fianza, la cual debería ser similar a la de otros Reglamentos de Acceso en orden de homogenizar el marco regulatorio de las Entidades Prestadoras;
 - Modificar los montos de las pólizas de seguro, debido a que en la actualidad está pendiente la determinación de las mismas por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) por lo que los montos vigentes carecen de sustento técnico;
 - Modificar el Artículo 19° del REA-FETRANS con el fin de que éste contenga una formulación general que simplemente cumpla con guiar los términos de la negociación y eliminar el Artículo 21° del REA – FETRANS, por considerar que este último nivel de regulación, por su naturaleza y alcance, debe estar contenido en cada contrato de acceso.
7. Mediante Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN del 27 de junio de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el proyecto de modificación del REA-FETRANS.
8. Mediante el Oficio Circular N° 074-07-SCD-OSITRAN, el 6 de julio de 2007 se notificó dicha Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN a FETRANS y PERÚ RAIL S.A. En tanto que el 16 y 24 de julio se notificó la Resolución a ANDEAN y WYOMING RAILWAYS S.A., respectivamente.
9. El 25 de julio del 2007, ANDEAN presentó un escrito solicitando la reconsideración de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN, citando como sus principales argumentos; los siguientes:
 - Existe una incongruencia en el texto del Artículo 5° propuesto;
 - Carece de sentido exigir que los seguros ya estén contratados antes de iniciarse las negociaciones de acceso a la vía, siendo lo lógico que dichos seguros sean contratados recién en el momento que efectivamente se va a acceder a la vía;
 - Asimismo, señala que el procedimiento adoptado por OSITRAN para la tramitación de su solicitud no es el más adecuado pues el mismo, a su entender, los perjudicaría, dado que para operar a partir de enero de 2008, deberían de asegurar en noviembre de 2007, a los operadores turísticos que ya podrían operar; razón por la cual, considera que resulta de aplicación el Artículo 26° del Reglamento de OSITRAN, el cual a su entender faculta a OSITRAN a tomar acciones inmediatas sin requerir de prepublicaciones ni recabar opiniones de los interesados cuando la urgencia así lo determina;
 - Finalmente, considera necesario que OSITRAN reconsidere la modificación de los plazos del REMA y del REA – FETRANS, pues considera que sin

dichas modificaciones será imposible su acceso oportuno a la vía concesionada.

10. El 26 de julio de 2007, FETRANS presentó recurso de reconsideración en contra de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN, con el objeto que OSITRAN declare la NULIDAD de la citada resolución, citando como sus principales consideraciones; las siguientes:

- El REMA no permite que los REA's aprobados por OSITRAN puedan ser modificados de oficio o a solicitud de terceros, estableciendo como único supuesto de modificación de los mismos la solicitud efectuada por la misma entidad prestadora;
- La adecuación del REA FETRANS en el año 2006 tuvo como origen la modificación del REMA y la necesidad de adecuar el REA FETRANS a dicha modificación, siendo aquel supuesto válido según el ordenamiento jurídico. En ese sentido, considera que mientras no se modifique el REMA no existe posibilidad de realizar modificaciones de oficio o a solicitud de terceros de los REA's aprobados por OSITRAN;
- Existió una limitación al derecho de defensa de FETRANS y demás operadores ferroviarios pues consideran que la solicitud de ANDEAN debió notificarse a los administrados sobre cuyos efectos recae dicha solicitud, es decir, FETRANS y las empresas PERÚRAIL y WYOMING RAILWAYS.

11. Mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2007, FETRANS presenta una solicitud de modificación del REA -FETRANS dado que considera ***"... que existen algunos aspectos que deben adecuarse para responder a la presencia de pluralidad de operadores, a fin de resguardar el correcto desempeño de las operaciones de cada uno de ellos."***

Conforme a lo señalado en el mencionado escrito, FETRANS solicita la modificación del REA FETRANS, en las siguientes materias: Seguros, Carta Fianza, y Régimen de Infracciones y Sanciones.

II.- ANALISIS

12. De acuerdo a lo establecido en el literal p) del Artículo 7° de la Ley N° 26917, es función de OSITRAN cautelar el acceso al uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.

13. El Artículo 3° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado mediante D.S. N° 044-2006-PCM, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.

14. El Artículo 13° del REMA, dispone que cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con el fin de entregar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria

para solicitar el acceso. Asimismo, que el Artículo 14° establece el contenido mínimo del Reglamento de la Entidad Prestadora.

15. De acuerdo a lo establecido en el literal p) del Artículo 5° de la Ley N° 26917, es función de OSITRAN cautelar el Acceso en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.
16. El Artículo 3° del REGO, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación de OSITRAN deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.
17. Conforme al Artículo 51° del REMA las Entidades Prestadoras que deseen modificar su Reglamento de Acceso, deberán solicitar la aprobación de dichas modificaciones a OSITRAN, el que seguirá el procedimiento y plazos establecidos para la aprobación de los Reglamentos de Accesos, lo cual debe entenderse, en lo que resulte aplicable.

En ese sentido, de acuerdo con el Artículo mencionado en el párrafo anterior, concordante con el Artículo 46° del mismo cuerpo legal, si la Entidad Prestadora desea modificar su REA deberá presentar un proyecto de modificación de su REA.

18. En el presente caso, con fecha 14 de agosto de 2007, FETRANS presentó una solicitud de modificación de su REA, no incluyendo proyecto de modificación alguno; sin embargo, los temas sobre los que versa dicha solicitud, con excepción del tema sobre régimen de infracciones y sanciones, son los mismos que los propuestos en el proyecto de modificación del REA-FETRANS aprobado por OSITRAN mediante la Resolución N° 043-23007-CD-OSITRAN, por lo que en aplicación de los principios de informalismo y eficacia que inspiran el Procedimiento Administrativo General, según lo prescrito por los numerales 1.6 y 1.10 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 274441, el requisito de admisibilidad exigido por el Artículo 46° del REMA debe considerarse cumplido.
19. Adicionalmente a la solicitud de modificatoria del REA –FETRANS, presentado por FETRANS, actualmente existe un procedimiento de oficio en trámite en OSITRAN sobre la modificación del REA-FETRANS donde participan directamente ANDEAN y FETRANS, dichas empresas han presentado sendos escritos impugnando la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN.

¹ Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General).-

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.6. Principio de informalismo.- *Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.*

1.7. Principio de eficacia.- *Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.”*

20. De esta manera, en los procedimientos descritos en los ítems 18 y 19, existen intereses legítimos de FETRANS y ANDEAN, el primero, como administrador de la vía férrea, y obligado a tener un REA, y el segundo como potencial operador de la vía a quien se le aplicará el REA-FETRANS, de solicitar el acceso a la vía.
21. Ahora bien, el Artículo 149º de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), señala lo siguiente:

**“ Artículo 149.- Acumulación de procedimientos
La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.”**
[El subrayado es nuestro]

22. Asimismo, con relación al tema de la conexidad el Artículo 84º del Código Procesal Civil señala lo siguiente:

**“ Artículo 84.- Conexidad.-
Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas.”**

En el presente caso consideramos que existe conexidad entre las pretensiones planteadas en los dos procedimientos señalados pues ambos versan sobre el contenido que deberá tener el REA – FETRANS.

23. Al respecto, debemos recordar que, tal como lo señala MONROY GALVEZ², la acumulación es una institución regulada por el legislador para hacer efectivo el principio de economía procesal y evitar la expedición de fallos contradictorios.

En ese mismo sentido, MORON URBINA³, señala que **“[!]la acumulación de procedimientos tiene el propósito de que se les tramite en un mismo expediente de manera agregada y simultánea y concluyan en un mismo acto administrativo, evitándose traslados, notificaciones, simplifican la prueba y se limitan los recursos. Es la solución adecuada al principio de celeridad para aquellos casos de que guarden conexión prior el administrado participe o por la materia pretendida.”**

24. En consecuencia, en aplicación de las disposiciones antes invocadas, concordantes con el principio de celeridad recogido en el Numeral 1.9 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, debe declararse la acumulación del proceso de modificación del REA de FETRANS iniciado de oficio, con el iniciado a solicitud de FETRANS.

25. Por otro lado, existen razones urgentes de oportunidad que generan la necesidad de autorizar la acumulación de expedientes en el más breve plazo,

² MONROY GALVEZ, Juan: “La formación del proceso civil peruano”, 2da Edición aumentada, Palestra, Lima, 2004, página 326.

³ MORON URBINA, Juan Carlos: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Primera Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, página 326.

por cuanto los plazos para emitir un pronunciamiento en relación a los Recursos Impugnativos presentados en contra de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN están ad portas de vencerse, además que ambos procedimientos continúen tramitándose por separados, corriendo el riesgo que la adopción de criterios sea disímil.

26. En tal sentido, dada la necesidad de declarar la acumulación del proceso de modificación del REA de FETRANS iniciado de oficio, con el iniciado a solicitud de FETRANS; y, considerando que a la fecha no se han designado a los miembros del Consejo Directivo para efectos de poder sesionar válidamente, es necesario y procedente que el Presidente del Consejo Directivo ejerza la función del Artículo 56° inciso h) del Reglamento General de OSITRAN.
27. Que, el artículo 56 inciso h) del Reglamento General de OSITRAN establece que en caso no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, corresponde al Presidente del Directorio adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando a conocer la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del mismo;
28. Que, como consecuencia de ello, en ejercicio de la facultad conferida antes mencionada, corresponde al Presidente emitir una Resolución pronunciándose sobre la autorización de la acumulación de los procedimientos antes mencionados.

POR LO EXPUESTO, SE RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Declarar la admisión a trámite de la solicitud de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. sobre modificación de su Reglamento de Acceso, aprobado por Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN.

ARTÍCULO 2°.- Disponer la acumulación del procedimiento iniciado de oficio a que se refiere el Numeral 19) de la presente Resolución, con el procedimiento iniciado a petición de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., destinados a la modificación del Reglamento de Acceso de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., en un solo procedimiento administrativo.

ARTÍCULO 3°.- Encargar a la Secretaría del Consejo Directivo, dar cuenta de la presente Resolución en la Sesión más próxima de este órgano colegiado.

ARTÍCULO 4°.- Notificar la presente resolución a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C., PERÚRAIL S.A. y WYOMING RAILWAYS S.A.

Regístrese y comuníquese

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.N°PD12132-07