

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 06 de agosto de 2009

Nº 028-2009-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Informe N° 017-09-GS-GAL-OSITRAN de fecha 04 de agosto de 2009, mediante el cual se analiza la solicitud de excepción presentada por Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, FTSA) a las etapas y plazos establecidos en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público¹ (en adelante, REMA) y el Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, REA-FTSA) en relación a las Solicitudes de Acceso presentadas por Andean Railways Corp. S.A.C. (en adelante, Andean), Inca Rail S.A.C. (en adelante, Inca Rail) y Perurail S.A. (en adelante, Perurail), de acuerdo a lo señalado en el Artículo 67° del REMA; así como el proyecto de Resolución;

CONSIDERANDO:

1. El día 10 de julio de 2009, Inca Rail presentó a FTSA una Solicitud de Acceso a las Facilidades Esenciales del Ferrocarril del Sur Oriente (en adelante, FSO) con la finalidad de brindar el servicio de transporte de pasajeros en el tramo comprendido entre Ollanta y MachuPicchu.
2. Mediante comunicación de fecha 13 de julio de 2009, Andean presentó una Solicitud de Acceso a las Facilidades Esenciales del Ferrocarril del FSO con la finalidad de brindar el servicio de transporte de pasajeros en el tramo comprendido entre Ollanta y Machu Picchu.
3. Con fecha 13 de julio de 2009, el operador vinculado Perurail presentó una Solicitud de Acceso a las Facilidades Esenciales del FSO con la finalidad de brindar el servicio de transporte de pasajeros en el tramo comprendido entre Ollanta y Machu Picchu.

¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN (Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 25 de septiembre de 2003), y modificado por Resoluciones de Consejo Directivo N° 054-2005-CD-OSITRAN y N° 006-2009-CDOSITRAN (Publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" los días 24 de septiembre de 2005 y 11 de febrero de 2009, respectivamente).

4. Mediante la Carta N° 021-GG-2009/FETRANS, el día 17 de julio de 2009, FTSA remitió a Inca Rail la comunicación mediante la cual declara procedente la Solicitud de Acceso al FSO presentada por este operador.
5. A través de la Carta N° 022-GG-2009/FETRANS, el día 17 de julio de 2009 FTSA declaró procedente la Solicitud de Acceso al FSO presentada por Andean.
6. Con fecha 24 de julio de 2009, mediante la Carta N° 023-GG-2009/FETRANS, FTSA comunicó a Perurail que la Solicitud de Acceso al FSO presentada es procedente.
7. El día 24 de julio de 2009, FTSA publicó en el diario oficial “El Peruano” y en “El Diario del Cusco”, los extractos de las Solicitudes de Acceso presentadas por Andean, Inca Rail y Perurail.
8. Con fecha 24 de julio de 2009, FTSA remitió a OSITRAN una comunicación mediante la cual solicita una excepción a las etapas y plazos establecidos en el REMA y REA-FTSA, al amparo de lo señalado en el artículo 67° del REMA.

I. MARCO LEGAL

9. El artículo 67° del REMA, sobre la base del cual FTSA solicita la exoneración del cumplimiento de las etapas y plazos del procedimiento de acceso establecidos en el REMA y REA-FTSA, señala lo siguiente:

“Artículo 67.- Excepción al procedimiento.

*Sin perjuicio de la calificación de la Facilidad Esencial de conformidad con lo establecido con el Artículo 9, **OSITRAN podrá aprobar, de oficio o a pedido de parte, por acuerdo de su Consejo Directivo, la existencia de excepciones generales o particulares al desarrollo del procedimiento y reglas previstas en este Capítulo**, en caso que considere que la aplicación del procedimiento resulta innecesaria para garantizar Acceso a las Facilidades Esenciales por la existencia de mecanismos más eficientes. Esto es sin perjuicio de que, a falta de acuerdo, OSITRAN pueda emitir los mandatos correspondientes.*

Cualquier excepción al procedimiento que sea solicitada por una Entidad Prestadora será sometida a consulta de los usuarios intermedios. Cuando la excepción sea solicitada por uno o más usuarios intermedios, la misma será sometida a consulta de los otros usuarios intermedios y de la Entidad Prestadora. Las solicitudes correspondientes deberán fundamentar o acreditar las razones por las cuales debe aprobarse una excepción.

Los usuarios intermedios y las Entidades Prestadoras tendrán un plazo de diez (10) días para efectuar sus comentarios a las excepciones solicitadas, contados a partir de la notificación que haga OSITRAN o de la publicación en su página web.

La aprobación de las excepciones las realiza el Consejo Directivo, y se sujetan a la aplicación de los principios señalados en el Artículo 8.”

(el resaltado es nuestro)

10. Como se puede apreciar, el artículo 67° del REMA antes citado, contempla la aprobación por parte del Consejo Directivo de OSITRAN a excepciones al desarrollo del procedimiento establecido en el Capítulo 2 de dicho Reglamento, dicho Capítulo se denomina Procedimiento para la Solicitud de Acceso.
11. Al respecto, es importante señalar que el Capítulo 2 del REMA comprende la etapa del Procedimiento de Solicitud de Acceso que va desde la presentación de la Solicitud de Acceso hasta la notificación del mecanismo de acceso a la Facilidad Esencial (si corresponde a Negociación Directa o Subasta), mientras que el Capítulo 3 se refiere al Procedimiento de Acceso por Negociación Directa y el Capítulo 4 al Procedimiento para el Acceso por Subasta.

IV. ANÁLISIS

12. En virtud de lo establecido en el REMA y el REA-FTSA, corresponde evaluar lo siguiente:
 - A. Solicitud de exoneración de las etapas y plazos del procedimiento de acceso formulada por FTSA.
 - B. Análisis de procedencia de lo solicitado por FTSA.
 - C. Los plazos establecidos en el REMA y REA-FTSA sobre los cuales FTSA ha solicitado la exoneración.

A. Solicitud de exoneración de las etapas y plazos del procedimiento de acceso formulada por FTSA.

13. En el sexto párrafo de la comunicación recibida el 24 de julio del año en curso, FTSA solicita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 67° del

REMA, la exoneración del cumplimiento de las siguientes etapas y plazos del procedimiento de acceso²:

- (i) Plazo establecido en los artículos 8.8 del REA y 58° del REMA para la negociación directa y exoneración de la elaboración de las actas de negociación correspondientes.
- (ii) Plazos establecidos en los artículos 9.4 del REA y 72° del REMA para la remisión de los Proyectos de Contratos de Acceso y exoneración de la publicación de dichos Proyectos en la web, de acuerdo a lo establecido en el artículo 73° del REMA.
- (iii) Recepción de comentarios de terceros, de acuerdo a lo establecido en el artículo 73° del REMA y del plazo para los mismos establecido en dicho artículo.
- (iv) Aprobación de los Proyectos de Contratos de Acceso a la vía férrea con los operadores Inca Rail y Andean Railways y addenda al Contrato de Acceso a la vía férrea con el operador Perurail, con la tácita sustitución o exoneración de los plazos establecidos en el artículo 74° del REMA.

14. Como se puede apreciar, las exoneraciones solicitadas por FTSA contenidas en los numerales (ii), (iii) y (iv) del párrafo anterior, corresponden al Capítulo 3 del REMA y artículo 9° del REA-FTSA, que en ambos casos se refieren al Procedimiento de Acceso por Negociación Directa.

15. En cuanto a la primera parte del numeral (i) de la solicitud de exoneración referida al plazo establecido en los artículos 8.8 del REA y 58 del REMA para la negociación directa, dicho plazo se encuentra establecido en el Capítulo 2 del REMA y artículo 8° del REA-FTSA, que corresponde al Procedimiento para la Solicitud de Acceso. En cuanto a la exoneración contenida en la segunda parte del mencionado literal a, sobre la elaboración de las actas de negociación, esta corresponde a lo señalado en el artículo 69° del REMA y 9.1. del REA-FTSA, contenidas en el Capítulo 3 del REMA y artículo 9° del REA-FTSA, en ambos casos referidos al Procedimiento de Acceso por Negociación Directa.

16. Adicionalmente, debe tenerse presente que FTSA señala que, de acuerdo al REA-FTSA y el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, las únicas empresas que pueden solicitar el Acceso a vía férrea son aquellas que cuentan con Permiso de Operación con Eficacia

² FTSA solicita la excepción de las etapas y plazos aplicables al procedimiento de acceso luego de cumplido el plazo establecido en los artículos 8.7 del REA y 55 del REMA para la recepción de solicitudes de terceros. El plazo para la presentación de solicitudes por parte de terceros, como se señala en el extracto de las solicitudes publicadas, es de cinco (5) días hábiles de realizadas dichas publicaciones, plazo que vence el 05 de agosto de 2009.

Restringida Vigente³; en ese sentido, señala FTSA que siendo las únicas empresas que cuentan con Permiso de Operación con Eficacia Restringida vigente, Andean, Inca Rail y Perurail son las únicas empresas legalmente habilitadas para solicitar el Acceso a la vía férrea del FSO, por lo que de acuerdo a lo indicado por el Concesionario, no existe ninguna persona o entidad que pueda verse perjudicada con las supresión de las etapas y plazos del procedimiento de acceso solicitada.

17. Finalmente, es importante mencionar que la solicitud de exoneración del cumplimiento de las etapas y plazos del procedimiento de acceso presentada por FTSA es firmada por los operadores Perurail, Inca Rail y Andean, y que dicha comunicación señala que mientras se aprueba total o parcialmente lo solicitado, FTSA continuará tramitando el acceso a través del procedimiento regular establecido en el REMA y REA-FTSA.

B. Análisis de procedencia de lo solicitado por FTSA.

18. Como se señalara en los párrafos anteriores, el artículo 67° del REMA contempla la aprobación por parte del Consejo Directivo de OSITRAN a excepciones al desarrollo del Procedimiento para la Solicitud de Acceso establecido en el Capítulo 2, que comprende desde la presentación de la Solicitud de Acceso hasta la notificación del mecanismo de acceso a la Facilidad Esencial.
19. En virtud de ello, resultarán improcedentes las excepciones solicitadas por FTSA contenidas en la segunda parte del numeral (i), los literales (ii), (iii) y (iv), ya que las mismas corresponden al Capítulo 3 del REMA y artículo 9° del REA-FTSA, referidos al Procedimiento de Acceso por Negociación Directa, y no al Capítulo 2 a los que se refiere la aprobación de excepciones por parte del Consejo Directivo de OSITRAN contempladas en el artículo 67° del REMA.
20. De otro lado, con relación a los plazos establecidos en los artículos 8.8 del REA-FTSA y 58° del REMA para la negociación directa, sobre los que FTSA solicita la exoneración contenida en la primera parte del numeral (i), cabe señalar que en el caso de ambos Reglamentos se establece un plazo máximo de cinco (05) días para que el Concesionario notifique a los solicitantes si el Acceso a la Facilidad Esencial corresponde a Subasta o Negociación Directa, y en este último caso establece que el Concesionario señalará el lugar, la fecha y la hora de inicio de negociaciones, que no deberá exceder de cinco (05) días desde notificado el mecanismo de Acceso a la Facilidad Esencial.

³ Permiso que emite el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

21. Como se puede apreciar, los plazos establecidos en los artículos 8.8 del REA-FTSA y 58° del REMA para la negociación directa sobre los que FTSA solicita la excepción son plazos máximos. En tal sentido, si lo que se busca es la exoneración de las formalidades como señala FTSA en su comunicación, o el objetivo de las exoneraciones solicitadas es la abreviación del plazo para la tramitación del procedimiento, tales exoneraciones no son necesarias pues, como se mencionara anteriormente, los plazos señalados son plazos máximos lo cual no impide que FTSA abrevie los plazos comunicando a la brevedad el mecanismo de acceso a la Facilidad Esencial y estableciendo en el más breve plazo la fecha de inicio de negociaciones.

22. En consecuencia, respecto del extremo de la solicitud de exoneración efectuada por FTSA en los numerales (i) segunda parte (exoneración de elaboración de las actas de negociación), (ii), (iii) y (iv), del sexto párrafo del documento remitido con fecha 24 de julio de 2009, corresponde declarar la IMPROCEDENCIA de lo solicitado por el Concesionario.

23. Asimismo, respecto de la primera parte del numeral (i) del párrafo sexto del documento remitido por FTSA con fecha 24 de julio de 2009, consideramos que si bien es cierto, por lo analizado precedentemente, en estricto no resulta improcedente dicho pedido, la declaración de exoneración carece de eficacia dado que el Concesionario goza plenamente de la facultad necesaria para acelerar el trámite de las solicitudes de acceso presentadas por las empresas operadoras en vista que nos encontramos ante un supuesto de plazos máximos, tal como puede observarse del análisis efectuado en el literal C de la presente Resolución.

C. Los plazos establecidos en el REMA sobre los cuales FTSA ha solicitado la exoneración.

24. A continuación se presenta una comparación entre los plazos máximos establecidos en el REMA y REA-FTSA y los plazos mínimos por los que podría optar el Concesionario FTSA con la finalidad de agilizar el procedimiento de acceso, en caso el mismo corresponda a Negociación Directa.

Cuadro N° 1
Plazos máximos y plazos mínimos por lo que podría optar el
Concesionario en el caso de la Negociación Directa

N°	ETAPAS	PLAZO MÁXIMO		PLAZO MÍNIMO	
		N° DE DÍAS	VENCIMIENTO	N° DE DÍAS	VENCIMIENTO
1	Presentación de Solicitudes por parte de cualquier interesado en contar con Acceso a la misma infraestructura	5	05/08/2009	5	05/08/2009
2	Notificación del mecanismo de Acceso (Subasta o Negociación Directa)	5	12/08/2009	1	06/08/2009
3	Fecha de inicio de Negociación Directa (de ser el caso)	5	19/08/2009	1	07/08/2009
4	Etapas de Negociación	10 ^{1/}	02/09/2009	1	10/08/2009
5	Remisión de Proyecto de Contrato de Acceso y publicación en la página web	5	09/09/2009	1	11/08/2009
6	Comentarios de Usuarios Intermedios y Finales ^{2/}	5	16/09/2009	5	18/08/2009
7	Revisión de Proyecto de Contrato de Acceso por parte de OSITRAN ^{2/}	25 ^{3/}	18/09/2008	5	20/08/2009
PLAZO TOTAL		55 DÍAS		14 DÍAS	

^{1/} Plazo estimado para negociar un Contrato, ya que no se estipula un plazo máximo.

^{2/} Los plazos de las Etapas 6 y 7 transcurren en paralelo.

^{3/} El plazo máximo establecido es de 10 días, prorrogables por 15 días adicionales.

Fuente: REMA y REA- FTSA
 Elaboración: OSITRAN

25. Como se puede apreciar, el plazo para la tramitación del Procedimiento de la Solicitud de Acceso en caso corresponda a Negociación Directa puede ser abreviado hasta en cuarentaiún (41) días hábiles respecto de los plazos máximos establecidos, encontrándose al alcance del Concesionario la reducción de los plazos en veintiún (21) días hábiles.

26. Es importante señalar que la Etapa N° 1 del Cuadro N° 1, referido a la presentación de Solicitudes por parte de cualquier interesado en contar con Acceso a la misma infraestructura, se daría por cumplida el 05 de agosto de 2009. Para dar cumplimiento a la Etapa N° 2, basta una comunicación simple de FTSA a las empresas solicitantes del Acceso indicando si el mecanismo de Acceso corresponde Negociación Directa o Subasta, por lo que el cumplimiento de esta etapa podría realizarse en un (1) día.

27. Una vez cumplida la Etapa N° 2, se entendería por cumplido el trámite de las Etapas N° 3 y 4, toda vez que el Concesionario junto con su comunicación de fecha 22 de julio del año en curso en la que solicita la excepción a las etapas y plazos del REMA y REA-FTSA, ha remitido una copia de los Proyectos de Contratos de Acceso que suscribiría con Inca Rail, Andean y Perurail⁴, faltando cumplirse las Etapas N° 5, 6 y 7 del Procedimiento de Acceso.

⁴ De acuerdo a lo señalado por FTSA en su comunicación recibida con fecha 24 de julio de 2009 en la que solicita la excepción a las etapas y plazos del REMA y REA- FTA, Inca Rail,

28. En resumen, la Etapa N° 1 se cumple el 05 de agosto del año en curso, mientras que el cumplimiento de la Etapa N° 2 podría realizarse en un (1) día, luego de lo cual se daría por cumplido el trámite de las Etapas N° 3 y 4, toda vez que el Concesionario ha remitido una copia de los Proyectos de Contratos de Acceso que suscribiría con Inca Rail S.A.C., Andean Railways Corp S.A. y Perurail S.A.. De esta manera, faltarían cumplirse las Etapas N° 5, 6 y 7 del Procedimiento de Acceso
29. De otro lado, corresponde señalar que debe respetarse el plazo de cinco (5) días hábiles establecido en el artículo 73° del REMA para la recepción de comentarios al Proyecto de Contrato de Acceso por parte de terceros, pues además de los usuarios intermedios también se encuentran facultados para remitir sus comentarios los usuarios finales, debiendo respetarse el derecho de este último tipo de usuarios.
30. Asimismo, es importante señalar que deben elaborarse las actas de negociación correspondientes (de ser el caso)⁵, y que los Proyectos de Contrato de Acceso que remita FTSA deben estar debidamente visados por los solicitantes del acceso, para cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 71° del REMA. Esto último resulta de especial relevancia, en tanto los Proyectos de Contrato de Acceso que remitiera FTSA junto con la solicitud de exoneración presentada no cumplen con dicha formalidad.

Que, corresponde al Consejo Directivo pronunciarse sobre la aprobación de las excepciones al desarrollo del procedimiento establecido en el Capítulo 2 del REMA, de conformidad con lo establecido en el Artículo 67° del REMA; y estando a lo acordado en la Sesión N° 326-2009-OSITRAN de fecha 06 de agosto de 2009;

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** los Numerales (i) segunda parte (exoneración de elaboración de las actas de negociación), (ii), (iii) y (iv), del sexto párrafo de la Solicitud presentada por el Concesionario, con fecha 24 de

Andean y Perurail serían las únicas empresas legalmente habilitadas para solicitar el acceso a la vía férrea del FSO, pues el Permiso de Operación con Eficacia restringida constituye un requisito para solicitar el Acceso y tales empresas son las únicas con dicho permiso vigente a la fecha.

⁵ El artículo 69° del REMA señala que en las reuniones de negociación se llevarán actas, en las que se hará constar los acuerdos, y en su caso los desacuerdos producidos entre las partes, así como la fecha de la siguiente reunión. Dicho artículo señala además que en caso de no existir desacuerdos, se podrá elaborar directamente el Proyecto de Contrato de Acceso.

julio de 2009, referidos a la exoneración del cumplimiento de las siguientes etapas y plazos del procedimiento de acceso:

- (i) Plazo establecido en los artículos 8.8 del REA y 58 del REMA para la exoneración de la elaboración de las actas de negociación correspondientes.
- (ii) Plazos establecidos en los artículos 9.4 del REA y 72 del REMA para la remisión de los Proyectos de Contratos de Acceso y exoneración de la publicación de dichos Proyectos en la web, de acuerdo a lo establecido en el artículo 73° del REMA.
- (iii) Exoneración a la recepción de comentarios de terceros, de acuerdo a lo establecido en el artículo 73° del REMA y del plazo para los mismos establecido en dicho artículo.
- (iv) Aprobación de los Proyectos de Contratos de Acceso a la vía férrea con los operadores Inca Rail y Andean Railways y addenda al Contrato de Acceso a la vía férrea con el operador Perurail con la tácita sustitución o exoneración de los plazos establecidos en el artículo 74° del REMA.

SEGUNDO: DECLARAR que el Concesionario goza plenamente de la facultad necesaria para acortar el trámite de las solicitudes de acceso presentadas por las empresas operadoras. Lo antes señalado, puede observarse en el Cuadro N° 1 desarrollado en la presente Resolución, en donde se aprecia que en caso corresponda a Negociación Directa, el plazo para la tramitación del procedimiento de Solicitud de Acceso puede ser abreviado por el Concesionario hasta en veintiún (21) días hábiles respecto de los plazos máximos establecidos.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 017-09-GS-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.

CUARTO.- PONER EN CONOCIMIENTO la presente Resolución y el Informe N° 017-09-GS-GAL-OSITRAN a las empresas Inca Rail S.A.C., Perú Rail S.A., Andean Railways Corp. S.A.C. Wyoming Railways S.A. y Ferrocarril Central Andino S.A.

QUINTO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. N° PD 14335-09