

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 08 de julio de 2009

Nº 023-2009-CD-OSITRAN

### VISTO:

El Informe Nº 018-09-GRE-GAL-OSITRAN de fecha 15 de junio de 2009, mediante el cual se evalúa el Recurso Administrativo de Reconsideración formulado por el Operador de Servicio Ferroviario Inca Rail S.A.C. y el Recurso Administrativo de Reconsideración Parcial formulado por el Concesionario Ferrocarril Trasandino S.A., ambos interpuestos contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 050-2008-CD-OSITRAN que interpretó la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente.

### CONSIDERANDO:

#### I.- ANTECEDENTES

1. El 01 de julio de 2008, el operador ferroviario Inca Rail S.A.C. (INCA RAIL) presentó una solicitud de interpretación del Contrato de Concesión (Circular Nº 17 y Cláusula 7.6) sustentando que, entre otras cosas, el operador ferroviario vinculado al Concesionario (PeruRail S.A., en adelante PERURAIL) no puede participar en el proceso de subasta por el acceso a la vía férrea del Ferrocarril del Sur - Oriente (FSO), dado que permitir la participación del operador vinculado sería contrario al modelo de la concesión, el cual a su entender es uno de desintegración vertical.
2. Con fecha 29 de octubre de 2008, el Consejo Directivo de OSITRAN expidió la Resolución Nº 050-2008-CD-OSITRAN, resolviendo, entre otros aspectos, interpretar la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, en los siguientes términos:

*(i) La Cláusula 7.6, inciso i), únicamente permite la participación del operador vinculado en la subasta cuando este se encuentre ocupando el horario solicitado por un nuevo operador (no vinculado).*

*Asimismo, no se desprende que el Contrato de Concesión prohíba que un operador vinculado al Concesionario pueda ser postor en un concurso por horarios o frecuencias, respecto de los horarios en los cuales viene prestando el servicio de transporte.*

*(ii) De igual forma, no se ha encontrado elementos que permitan concluir que la Circular N° 17 señalara que la actividad del operador vinculado tenga carácter temporal o provisional.*

3. Mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2008, INCA RAIL interpuso Recurso Administrativo de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo descrita en el numeral precedente.
4. Mediante escrito presentado el 25 de noviembre de 2008, Ferrocarril Trasandino S.A. (en adelante, FTSA) interpone Recurso Administrativo de Reconsideración parcial.
5. Mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2008, INCA RAIL presenta sus argumentos con relación al Recurso Administrativo de Reconsideración parcial deducido por Ferrocarril Trasandino S.A.
6. Mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2008, PERU RAIL presenta sus argumentos con relación al Recurso Administrativo de Reconsideración deducido por INCA RAIL.
7. Mediante escrito de fecha 20 de enero de 2009, FTSA remite un informe legal con relación al Recurso Administrativo de Reconsideración deducido por INCA RAIL.
8. Con fecha 25 de marzo de 2009, el Consejo Directivo de OSITRAN llevó a cabo una sesión para que las partes involucradas puedan hacer uso de la palabra, a fin de expresar sus opiniones y absolver consultas.
9. Con fecha 30 de marzo de 2009, ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C. (en adelante, ANDEAN) presenta el resumen de la exposición formulada al Consejo Directivo de OSITRAN.

## **II.- DE LA IMPUGNACIÓN DE INCA RAIL**

10. Mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2008, INCA RAIL interpuso Recurso Administrativo de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo descrita en el numeral precedente. Sus principales argumentos son los siguientes:

**Con relación a que el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 690, que estableció la prohibición de cualquier forma de monopolio en la actividad ferroviaria, quedo sin efecto con la emisión de la Constitución de 1993:**

- El Decreto Legislativo N° 690 no quedó sin efecto con ocasión de la emisión de la Constitución de 1993.
- El Art. 61 de la Constitución es complementado por la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En virtud de ello, no se puede interpretar a favor del monopolio sino a favor de la eliminación progresiva de los monopolios pre-existentes, estando el contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur Oriente dentro de estas premisas constitucionales.
- La Constitución de 1993 sigue la misma línea del Decreto Legislativo N° 690 pues ordena combatir el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, siendo una de ellas no generar condiciones para que dicho abuso sea posible a través de un monopolio.
- Una prueba irrefutable de que el Decreto Legislativo N° 690 está plenamente vigente, es que se tuvo que realizar un proyecto de Decreto de Urgencia para dejar sin efecto el Decreto Legislativo N° 690.
- Así, se tendría que modificar el Contrato de Concesión, contravenir el Artículo 61 de la Constitución y el Decreto Legislativo N° 1034 (Ley de Competencia), para permitir que PERÚ RAIL participe en la subasta.

**Respecto de la integración vertical con acceso competitivo establecida por el Contrato de Concesión**

- La verdadera intención del legislador fue impedir cualquier modelo que pudiera resultar en una integración vertical de las actividades ferroviarias.
- La separación de las actividades ferroviarias que contempla el Decreto Legislativo N° 690 significa también una división empresarial de los agentes que intervienen en dichos segmentos.

### **Con respecto a la participación del operador vinculado en la subasta**

- El Contrato de Concesión no permite la participación del operador vinculado como postor: La Cláusula 7.6, el factor de competencia y la Cláusula 7.1 (cargo de acceso) son acordes al modelo de separación estructural.
- El mecanismo de concurso (subasta) del Contrato de Concesión justamente establece como factor de competencia para adjudicar rutas y horarios a la más alta tarifa por uso de vía ofrecida por cuanto limita la participación de un operador vinculado y sólo es posible que participen operadores los cuales necesariamente deben ser independientes.
- El Contrato de Concesión no permite (ni podría permitir) la participación del operador vinculado como postor en los concursos por tramos y horarios, con la Circular 17, la intención del Contrato de Concesión fue siempre que el Concesionario se fuese desprendiendo de los servicios de transporte ferroviario tan pronto como aparecieran operadores nuevos que le solicitaran acceso a la infraestructura vial ferroviaria para prestarles los servicios de transporte de pasajeros y carga.
- Un concurso para la asignación de tramos y horarios en el Ferrocarril del Sur Oriente, sólo se daría en caso de concurrir otro operador independiente adicional solicitando el acceso a la misma ruta y horario. Sólo en este último caso se complementaría la pluralidad de interesados necesaria para el concurso.

### **III.- DE LA IMPUGNACIÓN DE FERROCARRIL TRASANDINO S.A.**

11. Mediante escrito presentado el 25 de noviembre de 2008, FTSA interpuso Recurso Administrativo de Reconsideración parcial, sobre la base de los siguientes argumentos:

#### **De los términos de la impugnación**

- Si bien concuerda con la Resolución en el extremo que reconoce que el operador vinculado no tienen carácter temporal o provisional y que efectivamente éste no tiene restricción alguna para participar de la subasta respecto de horarios en los que participa; considera que dicha posibilidad se presenta en cualquier supuesto y no únicamente respecto de los horarios en

los que el operador vinculado viene prestando el servicio de transporte.

- Formulan impugnación sin perjuicio del derecho de interpretación del Contrato de Concesión que asiste únicamente a las partes que lo suscribieron o a los árbitros, en la eventualidad que la diferencia sea sometida a arbitraje, y que primaría sobre la interpretación administrativa que pueda corresponder a OSITRAN.

### **De los fundamentos de la impugnación**

- El Contrato de Concesión y, en particular, la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, debe ser interpretada de manera conjunta con el resto de disposiciones contractuales, de manera tal que guarde coherencia con el modelo de Concesión adoptado en el Contrato.
- El modelo de Concesión adoptado en el Contrato es uno de integración vertical con acceso competitivo en el mercado de servicios de transporte ferroviario. Dicha integración vertical se da a través de una sociedad espejo al Concesionario cuya participación en el mercado de servicios de transporte ferroviario no tiene carácter temporal, por el contrario, su participación resulta esencial como parte de la estructura de negocio que fue otorgada en Concesión.
- El Contrato de Concesión, y en particular la Cláusula 7.6, obliga al Concesionario a dar un trato equivalente a todos los operadores ferroviarios sin excepción y a no discriminar a favor de la sociedad espejo constituida conforme a lo dispuesto en las Circulares N° 14 y N° 73 (PERURAIL).
- El principio de Equidad recogido en el Contrato, así como los principios de neutralidad, no discriminación y libre competencia y promoción de la inversión privada, recogidos en el REMA, presuponen la participación de PERURAIL en la Subasta en términos similares a los demás postores.
- La Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión obliga al Concesionario a permitir la participación de todos los operadores –sin distinción alguna– en el proceso de Subasta. En consecuencia, cualquier interpretación que se haga del Contrato en el sentido que éste establece una limitación a la participación

de PERURAIL en la Subasta resulta equivocada y supondría un incumplimiento del referido Contrato de Concesión.

- La obligación impuesta en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión referida a que el Concesionario debe permitir la participación de todos los operadores en los procesos de Subasta, incluyendo expresamente a PERURAIL, impide que el Regulador pretenda imponer una restricción a dicha participación.
- El REMA tiene carácter supletorio por lo que OSITRAN no puede imponer en los procesos de Subasta, limitaciones que expresamente han sido excluidas por el Contrato de Concesión.
- La Cláusula 7.6 (i) del Contrato de Concesión únicamente establece una limitación para que las Empresas Vinculadas no puedan generar la pluralidad de interesados en aquellos casos en los que se trate de horarios que no vienen siendo ocupados por ningún operador. En ese sentido, si la pluralidad la generan operadores que no califican como Empresas Vinculadas, el Concesionario estará obligado a convocar a la Subasta y a permitir la participación de todos los operadores –incluyendo a la Empresa Vinculada- como postores de dicho proceso.
- PERURAIL no califica como Empresa Vinculada, por lo que la limitación impuesta en la Cláusula 7.6 (i) del Contrato de Concesión no le resulta aplicable.
- La limitación impuesta en la Cláusula 7.6 (i) del Contrato de Concesión únicamente tiene justificación en el caso de horarios que no vienen siendo utilizados por ningún operador, a efectos de evitar que la Empresa Vinculada actúe estratégicamente impidiendo el ingreso de un nuevo operador o hacer dicho ingreso más oneroso.
- La restricción de la Cláusula 7.6 (i) del Contrato de Concesión únicamente se justifica en el caso de nuevos horarios, pero no en el caso de horarios ya asignados –vía Subasta o directamente.
- Por último, propone una fórmula de interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Propuesta de Interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.

- (i) En el caso que el horario se encuentre totalmente libre, es decir, que no se encuentre cubierto por operador de transporte alguno ni limite ni restrinja o impida el horario de cualquier otro operador, la Cláusula 7.6 permite que:
  - a. El horario sea asignado directamente al operador solicitante (vinculado o no vinculado) en caso ese horario no sea solicitado por otro operador; y

#### **IV. CUESTIONES A DETERMINAR**

12. Determinar si corresponde admitir a trámite el Recurso Administrativo de Reconsideración presentado por INCA RAIL y FTSA contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN.
13. Determinar si corresponde declarar fundado o infundado el Recurso Administrativo de Reconsideración presentado por INCA RAIL y FTSA contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, mediante el cual se interpretó los alcances de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.

#### **V. ANÁLISIS**

14. Con el fin de emitir el pronunciamiento respecto a los Recursos Administrativos de Reconsideración presentados, se ha considerado pertinente analizar:
  - Requisitos del Recurso Administrativo de Reconsideración
  - Marco Jurídico de Interpretación del Contrato de Concesión
  - Modelo de la Concesión del FSO

---

b. Si el solicitante es un operador que no es Empresa Vinculada del Concesionario según la Cláusula 7.6 (i) del Contrato de Concesión, el operador que sea Empresa Vinculada del Concesionario, "entendiendo por Empresa Vinculada a aquella definida como tal por las Bases" según expresamente manda la Cláusula 7.6 (i) del Contrato de Concesión, se encuentra prohibido de generar pluralidad de postores y de activar la Subasta. De esta manera, habrá proceso de Subasta en la medida que un nuevo operador que no califica como Empresa Vinculada del Concesionario genere la pluralidad de postores en el horario solicitado. De producirse la Subasta conforme a los términos antes señalados, un operador que sea Empresa Vinculada del Concesionario también tiene derecho a participar de dicho proceso sin limitación alguna, toda vez que la Cláusula 7.6 (i) del Contrato de Concesión no sólo no contiene limitación alguna a la participación de operadores en la Subasta sino que expresamente indica que en la Subasta "*podrán participar los Operadores antes citados y cualquier otro Operador ...*".

- (ii) En el caso que el horario cubierto por un operador de transporte no hubiese sido adjudicado por Subasta, la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión permite a cualquier operador, incluido un operador que sea Empresa Vinculada del Concesionario, solicitar la Subasta;
- (iii) En el caso que el horario cubierto por un operador de transporte hubiese sido adjudicado mediante el mecanismo de la Subasta, la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión permite a cualquier operador, incluido un operador que sea Empresa Vinculada del Concesionario, a solicitar la Subasta al vencimiento del plazo del contrato de ingreso a la Línea Férrea, el cual no podrá ser mayor de un año;
- (iv) El operador que sea Empresa Vinculada del Concesionario puede participar en las Subastas y/o generar la pluralidad necesarias para que dicha Subasta se realice respecto de aquellos horarios o frecuencias que se encuentran ocupados ya sea porque ese operador viene prestando el servicio de transporte en dicho horario o frecuencia, o porque quien lo viene haciendo es otro operador;
- (v) La Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión obliga al Concesionario a permitir la participación en la Subasta de todos los operadores ferroviarios que así lo deseen incluido un operador que sea Empresa Vinculada del Concesionario.

- De la actuación del Organismo Regulador
- Objeto de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión

**A. REQUISITOS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO DE RECONSIDERACIÓN**

15. Mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2008, INCA RAIL y FTSA interpusieron Recurso Administrativo de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN de fecha 29 de octubre de 2008.
16. Al respecto, el artículo 52° del Reglamento General del OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM<sup>2</sup>, establece que el Consejo Directivo del OSITRAN es el órgano de mayor jerarquía del OSITRAN, siendo función de éste, resolver en última instancia administrativa los recursos impugnativos que le correspondan<sup>3</sup>.
17. De otro lado, el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, LPAG, establece que el Recurso Administrativo de Reconsideración deberá interponerse dentro de los quince (15) días hábiles de notificado el acto materia de impugnación. En el presente caso, INCA RAIL y FTSA han interpuesto el Recurso Administrativo de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, dentro del plazo establecido para tal efecto, al amparo de lo establecido en el artículo 208° de la LPAG<sup>4</sup>. Asimismo, sobre el requisito de nueva prueba, el artículo 208° de la LPAG prevé que en el caso de órganos que constituyen única instancia, como es el caso del Consejo Directivo de OSITRAN, no se requiere nueva prueba.
18. En tal sentido, se concluye que procede admitir a trámite el Recurso Administrativo de Reconsideración interpuesto por INCA RAIL y FTSA contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN.

---

<sup>2</sup> Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el día 27 de julio de 2006.

<sup>3</sup> Según el numeral f) del artículo 53 del Reglamento General del OSITRAN.

<sup>4</sup> "Artículo 208.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación."



## **B. MARCO JURÍDICO DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**<sup>5</sup>

19. El Artículo 7° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN establece que es función de OSITRAN el interpretar los Contratos de Concesión<sup>6</sup>.
20. El Artículo 62° de la Constitución Política del Perú establece que los términos contractuales no podrán ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase:

*“Artículo 62.- La Libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (...)”*

21. Con relación a los criterios de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran los contratos, el Código Civil ha establecido diferentes criterios de interpretación<sup>7</sup>. De igual modo, mediante Acuerdo N° 557-154-04-CD-OSITRAN del 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas y Reconversión de Contratos de Concesión (Lineamientos), en cuyo ítem 1 se establece que los mismos “(...) tienen por objeto establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interprete los contratos de concesión (...)”.

22. De esta manera, el ítem 6.1 de los Lineamientos establece que:

*“Interpretar un Contrato de Concesión es descubrir su sentido y alcance. (...) Entre los principales métodos de interpretación de disposiciones contractuales se aceptan: el método literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empeladas [sic] en el contrato, sin restringir (...) su alcance. El método lógico*

---

<sup>5</sup> Este literal ha sido abordado ampliamente en el Informe N° 032-08-GRE-GAL-OSITRAN.

<sup>6</sup> Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

(...)”

<sup>7</sup> Artículo 168.- Interpretación objetiva

*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*

Artículo 169.- Interpretación sistemática

*Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.*

Artículo 170.- Interpretación integral

*Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.*

*resuelve qué quiso decir el punto interpretado, quiere saber cuál es el espíritu de lo pactado. El método sistemático, por comparación con otras cláusulas, busca atribuirle sentido ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato. (...)*

23. En atención a lo expuesto, queda claro que los Lineamientos recogieron expresamente los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil. Sin embargo, cabe agregar que, conforme a lo previsto en el Artículo 1362° del Código Civil<sup>8</sup>, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe.
24. Asimismo, la Cláusula 1.2 del Contrato de Concesión<sup>9</sup> describe criterios de interpretación que se aplican complementariamente, además de los criterios de interpretación establecidos en el Código Civil antes descritos.
25. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto por el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, al momento de interpretar el Contrato de Concesión debe observarse el marco normativo de orden público, debiendo la interpretación resultante encontrarse acorde con dicho marco, pues de lo contrario el acto jurídico resultaría nulo:

---

<sup>8</sup> Artículo 1362.- Buena Fe

*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*

<sup>9</sup> *“Cláusula 1.2 Reglas de Interpretación. Toda referencia efectuada en este Contrato a “Cláusulas”, “Secciones” o “Anexos” se deberá entender efectuada a Cláusulas, secciones o anexos del presente Contrato, respectivamente, salvo indicación expresan en sentido contrario. Todos los Anexos al presente Contrato forman parte del mismo.*

*Los títulos contenidos en este Contrato son referenciales y no deben ser entendidos para limitar o ampliar el contenido de este Contrato o para determinar los derechos y obligaciones de las Partes. Las definiciones de los términos en singular comprenden los mismos términos en plural y viceversa.*

*Cualquier término no definido en el Contrato tendrá el significado que le atribuyan las Bases, y en caso dicho término no esté definido en ellas, tendrá el significado que le asignen las Leyes Aplicables y, en su defecto, el significado que se le de al mismo en el curso normal de las operaciones ferroviarias en el Perú.*

*También forman parte integrante de este Contrato las Bases y Circulares así como todos y cada uno de los documentos y declaraciones presentados por el Adjudicatario, sus integrantes o sus Empresas Vinculadas, tal como estas últimas han sido definidas en las Bases, durante el desarrollo de la Licitación y en la Fecha de Cierre. Todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de dicho documentos son plenamente exigibles entre las Partes. En caso de conflicto entre lo dispuesto por las Bases o Circulares y este Contrato, primará lo establecido en este último; en caso de discrepancia entre lo dispuesto por las Bases y Circulares, prevalecerá lo establecido en estas últimas.*

(...)

*Si cualquier término o disposición del Contrato es considerado inválido o no exigible por autoridad o persona competente, dicha invalidez o inexigibilidad deberá interpretarse restrictivamente, por lo que no afectará la validez o exigibilidad de cualquier otra disposición del Contrato.”*

*Artículo V.- Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico*

*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.*

26. Por último, respecto de la función de interpretación de los Contratos de Concesión asignada a OSITRAN, queda claro que:
- i) De acuerdo al Artículo 62° de la Constitución Política del Perú, dicha función no puede implicar una modificación, directa o indirecta, de los términos contractuales establecidos en el Contrato de Concesión.
  - ii) Deberá observarse los criterios de interpretación establecidos tanto en el Código Civil (Artículos 168° a 170°), como en el Contrato de Concesión (Cláusula 1.2).
  - iii) La interpretación resultante debe guardar estricta observancia del marco legal de orden público, en virtud a lo dispuesto por el Artículo V del Código Civil.
  - iv) De acuerdo a lo dispuesto por los Artículos 168° y 1362° del Código Civil, los contratos deberán ser interpretados asumiendo que las Partes han actuado con buena fe.
27. En tal sentido, procederemos a evaluar el diseño del Contrato de Concesión, para posteriormente revisar la interpretación de la Cláusula 7.6 del referido Contrato.

## **C. MODELO DE LA CONCESIÓN DEL FSO**

### **C.1 Introducción**

28. Históricamente el mercado ferroviario ha operado de manera integrada controlando toda la infraestructura y la operación (transportes de carga y pasajeros, estaciones, vías férreas, material tractivo y rodante, etc.). Este modelo ha dejado de ser usado paulatinamente por la mayoría de los países donde se ha reestructurado la industria ferroviaria. En algunos países la reforma ha llevado a establecer dos actividades, en una de ellas (transporte), con acceso competitivo.

29. En efecto, diversos autores<sup>10</sup> relatan que en décadas pasadas la estructura del mercado ferroviario ha sido controlada únicamente por una empresa pública, sistema que generalmente devino en déficit, altos niveles de subsidios públicos, ineficiencias operativas y administrativas, bajo nivel de inversión y productividad así como poca innovación.
30. Acerca de los procesos de reestructuración, Kopicky y Thompson (1995), Beato y Laffont (2002) listan tres modelos de mercado para la industria ferroviaria, seguidos por los diferentes países, los cuales se enumeran a continuación:
- i) **Integración Vertical**<sup>11</sup>, modelo tradicional, donde la empresa monopólica presta servicios en todos los mercados sin responsabilidades diferenciadas en los distintos mercados.
  - ii) **Acceso Competitivo**, una empresa puede tener el control exclusivo sobre las vías férreas, pero debe otorgar el derecho de acceso competitivo en condiciones “justas” y de “equidad” sobre la infraestructura a otras empresas (operadores de transporte ferroviario).
  - iii) **Separación Estructural**, donde la administración de la infraestructura (monopolio natural) es separada de las operaciones de transporte ferroviario. En este último segmento, se deja abierto a otros operadores ferroviarios, distintos del operador integrado.
31. Cada una de las opciones antes descritas contiene una asignación de funciones para el administrador de las vías férreas (que puede ser el Estado o un Concesionario) y para el operador de transporte ferroviario.
32. Con relación a las opciones antes descritas, debe tenerse en consideración que el modelo de integración vertical operado por una Entidad del Estado ha ido dejándose de lado de manera progresiva, pasando a modelos de acceso competitivo y de separación estructural. Ejemplos de ello es el caso de Alemania (donde operaban dos empresas estatales: Deutsche Bundesbahn y Deutsche Reichsbahn), Argentina (Ferrocarriles Argentinos) o México (Ferrocarriles Nacionales de México). Al respecto, el Cuadro N°1 muestra algunas opciones de organización ferroviaria por países:

---

<sup>10</sup> Campos y Cantos (2003), Kessides y Willig (1995), Parry (1997) y Pittman (2007).

<sup>11</sup> Generalmente el *status quo* donde se encontraba la industria ferroviaria.

**CUADRO N°1  
ESTRUCTURA VERTICAL FERROVIARIA POR PAISES**

<b>Opciones de organización ferroviaria</b>	<b>Países</b>
i) Integración Vertical	India, China, Rusia.
ii) Acceso Competitivo	Alemania, Japón, Estados Unidos, Argentina, Brasil, Chile, Perú.
iii) Separación Estructural	Australia, Suecia, Inglaterra.

Fuente: Galenson y Thompson (1993), Kopicky y Thompson (1995)

Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

33. En nuestro país, y tal como se mencionó en la Resolución N° 050-2008-CD OSITRAN, la administración del FSO fue otorgada en exclusividad a una sola empresa (FTSA), mientras que la actividad del transporte ferroviario de carga y pasajeros quedó bajo el régimen de libre competencia, con la posibilidad que en dicho mercado actúe la empresa concesionaria mediante un operador vinculado. Es decir, se eligió el modelo de integración vertical con acceso competitivo, tal como se detallará en la siguiente parte de la Resolución.

**C.2 FSO: Integración vertical con acceso competitivo**

34. Según lo expuesto en la Resolución N°050-2008-CD-OSITRAN y en literal c.1 precedente, nos encontramos ante un modelo de organización ferroviaria de integración vertical con régimen de acceso competitivo. Ello se desprende de la Circular N°17 de CEPRI-ENAFER donde se estableció que el Concesionario deberá contar con un Operador Ferroviario. Asimismo, la Cláusula 12.2 del Contrato de Concesión exige al Concesionario permitir el acceso a cualquier Operador Ferroviario, en condiciones de no discriminación (incluido en la Cláusula de “equidad en servicios”<sup>12</sup>):

<sup>12</sup> **Contrato de Concesión, Cláusula 7.6:**

*“Equidad en Servicios. El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes (...)”*

**CUADRO N°2  
MODELO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

<b>Integración vertical (...)</b>	<b>(...) con régimen de acceso competitivo</b>
<b>Circular N° 17</b>	<b>Cláusula 12.2 del Contrato</b>
<p>“... garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.”</p> <p>“... contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. (...)”</p>	<p>“Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario. El Concesionario se obliga a permitir el ingreso a la Línea Férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones previstas en este Contrato y en las Leyes Aplicables.”</p>

Fuente: Contrato de Concesión y Circulares

Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

35. En síntesis, reiteramos que el Contrato de Concesión obligaba a FTSA que tenga como operador de transporte ferroviario a una empresa vinculada (en este caso Perú Rail), y con ello operar como una firma verticalmente integrada; pero al mismo tiempo el Contrato le obligaba a no restringir la competencia<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Al respecto, Barrantes (2008) señala lo siguiente:

“a.- El CC presenta contradicciones entre los objetivos de desarrollo de la infraestructura y los servicios que transcurren sobre ella y la promoción de la competencia. Esto puede ser claramente apreciado en los siguientes cuatro aspectos:

- Al mismo tiempo que ordena al concesionario a no prestar directamente servicios de transporte de pasajeros y carga, durante el proceso de concesión y mediante una circular, se le exigió crear una sociedad espejo en aras de garantizar la continuidad de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y carga.
- Al mismo tiempo que ordena una subasta por horarios, promoviendo así mecanismos de mercado para resolver la escasez, establece que el criterio de competencia sea la tarifa máxima de acceso, en lugar del precio por el servicio de transporte al consumidor final.
- Al mismo tiempo que libera los precios de los servicios de transporte transcurrido un año de vigencia de la concesión, establece la caducidad del contrato si se plasma competencia intermodal.
- Al mismo tiempo que deja libertad para que el operador vinculado alquile completamente el MTR al concesionario, reduciendo los costos hundidos de ingreso al mercado únicamente para el operador vinculado, establece que la vigencia de la subasta por horario es de un año, es decir, que se puede dar la situación de un ingreso exitoso con altos costos hundidos de los entrantes, pero que queda trunco en un plazo innecesariamente corto.

b.- Ninguna disposición en el CC o en el marco normativo impide que la firma integrada participe de la subasta por horarios. Si el CEPRI hubiera tenido por finalidad implementar una separación estructural efectiva, lo hubiera prohibido expresamente en aras de fomentar la competencia en medio de la integración vertical efectiva que consagra el CC.

c.- El criterio de competencia de la subasta es la tarifa por acceso a la vía, lo que maximiza los ingresos del Estado pero pone a los competidores en desventaja. La desventaja es mayor cuanto mayor sea la diferencia entre la rentabilidad en la concesión comparada con la rentabilidad en los servicios de transporte. La firma integrada tiene mayor flexibilidad para fijar sus posturas ya que, por un lado, tiene más que perder por dejar que otros operen y, por otro lado, lo que es costo para el operador (la postura en la subasta por acceso) es ingreso para el concesionario (lo que sale de un bolsillo se va al otro). Esto no es cierto para los entrantes, ya que el cargo de acceso a la vía solamente es costo. Este mecanismo de subasta, de hecho, no coloca en igualdad de condiciones a los participantes en presencia de una firma integrada verticalmente.”

36. En el caso de la administración de las vías férreas (o mercado “aguas arriba”), en la Cláusula 7.1 del Contrato de Concesión (ver siguiente cita) se fijó un cargo de acceso para los Usuarios Intermedios, la cual se ajustaría periódicamente por la inflación.

**Contrato de Concesión, Cláusula 7.1:**

*“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 No.7 de este Contrato. (...)”*

37. Ahora bien, en el mercado de transporte ferroviario (o mercado “aguas abajo”), no se fijaron tarifas (que en este caso serían los pasajes) para los Usuarios Finales<sup>14</sup>. En lugar de ello, el diseño de la Concesión considera el régimen de acceso competitivo como mecanismo para “disciplinar” los precios finales: sería la competencia entre operadores ferroviarios lo que determinaría los precios del transporte por ferrocarril.
38. En concordancia con ello, el Contrato de Concesión precisó que sólo por motivos de índole legal u operativo, el Concesionario podría negar el acceso a los nuevos operadores ferroviarios. De esta forma, la Cláusula 12.2 lista aquellas causales para impedir el acceso a las vías férreas<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Salvo para el primer año de la concesión, donde se fijaron determinadas tarifas para los Usuarios Finales. Al respecto, la Cláusula 7.2 del Contrato de Concesión estipula lo siguiente:

*“7.2. Libertad de tarifas. El Concesionario determinará a su discreción las tarifas a ser cobradas por los Servicios de Transporte Ferroviarios que puede desarrollar conforme a lo previsto en este Contrato y/o por los Servicios Complementarios y/o por cualquier otra materia vinculada a la explotación de la Concesión, con excepción de:*

- (i) *La tarifa indicada en el numeral 7.1. de este Contrato; y*
- (ii) *Las tarifas para los servicios turísticos de pasajeros en las rutas y montos que a continuación se indican, las mismas que el Concesionario se obliga a incluir en los contratos de ingreso a la Línea Férrea que celebre con los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario, y a que éstos las mantengan vigentes hasta el 15 de enero del 2000:  
(...)”*

<sup>15</sup> **Contrato de Concesión, Cláusula 12.2**

*“(...)”*

*El Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en caso que:*

- (i) *No cuente con el respectivo Permiso de Operación vigente extendido por el MTC; o*
  - (ii) *Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su Material Tractivo o Material Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en este Contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7.; o*
  - (iii) *No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables.*
- (...)”*

39. Sobre el particular, cabe mencionar que existe la posibilidad que tiene el Concesionario de alquilar el material tractivo y rodante entregado en concesión a operadores distintos de su empresa vinculada; y con ello facilitar la participación de los nuevos operadores ferroviarios. Este factor ayudaría a superar la valla que implica en términos de costo de inversión el contar con el material tractivo y rodante ad hoc para las vías férreas del FSO.
40. En el Anexo 1 de la presente Resolución, se describe el modelo de la concesión del FSO. Sobre el particular, la aplicación sistemática del Contrato privilegia y protege el acceso de nuevos operadores a las vías férreas, en pos de lograr el objetivo de generar competencia y con ello asegurar en última instancia el bienestar de los consumidores finales.
41. Por otra parte, debe mencionarse que la importancia de lograr el acceso competitivo se evidencia al observarse que la penalidad para FTSA en caso afecte las condiciones de competencia en el mercado de transporte ferroviario es la caducidad de la concesión, tal como se lee en las siguientes citas de las Cláusulas 7.6 y 20 del Contrato<sup>16</sup>.
42. En conclusión, la concesión del FSO fue entregada bajo la estructura de integración vertical con acceso competitivo, donde los cargos de acceso fueron fijados contractualmente, mientras que las tarifas finales quedaron sujetas al régimen de competencia entre los operadores ferroviarios.

---

<sup>16</sup> **Contrato de Concesión, Cláusula 7.6**

*“(...) El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato.(...)”*

**Contrato de Concesión, Cláusula 20**

**CLÁUSULA VIGÉSIMA: CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN**

20.1. Causales. La Concesión caducará por las siguientes causales:

(...)

20.1.3 Si el Concesionario incumple cualquiera de sus obligaciones establecidas en el numeral 12.2 de este Contrato.

(...)”



## D. DE LA ACTUACIÓN DEL ORGANISMO REGULADOR

### D.1 Marco Normativo

43. El numeral 3.1 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley N° 26917<sup>17</sup>, establece que la misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los Contratos de Concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios, garantizando la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.
44. En el ejercicio de sus funciones, y con relación al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público - REMA y al Reglamento de Acceso a la infraestructura otorgada en Concesión en favor de FTSA, OSITRAN ejerce su función normativa, dictando reglamentos autónomos, cautela el acceso universal en el uso de la infraestructura, así como regula la coordinación de las relaciones entre distintas entidades prestadoras y otros agentes vinculados a la actividad<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Publicada en el Diario Oficial "EL Peruano" el día 22 de enero de 1998.

<sup>18</sup> (i) **Ley de Creación del OSITRAN**

#### **Artículo 6.- Atribuciones**

6.1. El 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 del 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.

[El subrayado es nuestro]

#### **Artículo 7.- Funciones**

7.1. *Las principales funciones del OSITRAN son las siguientes:*

*m) Regular la coordinación de las relaciones entre distintas Entidades Prestadoras y otros **agentes vinculados a la actividad**.*

*p) Cautelar el acceso universal 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**.*

[El subrayado es nuestro]

(ii) **La Ley Marco de los Reguladores, modificado por la Ley 27631, establece lo siguiente:**

#### **Artículo 3.- Funciones**

3.1 *Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:*

45. Ahora bien, teniendo en consideración dicho marco, el Artículo 4º del REMA - señala que constituye objeto de dicho cuerpo normativo, establecer las reglas y procedimientos aplicables para garantizar el derecho de ACCESO a las FACILIDADES ESENCIALES, determinando, entre otros, los criterios legales a los cuales deberán sujetarse:

- a) *Los contratos de acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración; y,*
- b) *Los mandatos de acceso y demás pronunciamientos que emite OSITRAN sobre el Acceso a la Facilidad Esencial.*

[El subrayado es nuestro]

46. Sobre el particular, conforme a lo establecido en el Anexo N° 1 del REMA, constituyen Facilidades Esenciales de la Vía Férrea: la línea férrea, los patios de maniobras y sus correspondientes desvíos, los desvíos y las estaciones ferroviarias de carga y descarga de mercancías y embarque y desembarque de pasajeros.

De otro lado, de acuerdo a lo establecido por el Anexo N° 2 del REMA, entre los **Servicios Esenciales** sujetos a la aplicación del REMA, se encuentra el **uso de la vía férrea**.

47. Adicionalmente, conforme a lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria del REMA, dicho Reglamento es de aplicación supletoria a lo establecido en el Contrato de Concesión, en la medida que éste último no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para el Acceso o si existieran aspectos no previstos de manera expresa en el respectivo Contrato<sup>19</sup>.

48. En ese sentido, el Artículo 6º del REMA señala que dicho Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras<sup>20</sup> que tienen la titularidad

---

*“c) Función Normativa: comprende la **facultad de dictar** en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los **reglamentos**, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;*

*(...)*

[El subrayado es nuestro]

<sup>19</sup> *Las Entidades Prestadoras que cuenten con un Contrato de Concesión se rigen, en cuanto a las reglas de procedimiento para otorgar el derecho de Acceso a Facilidades Esenciales, por lo estipulado en el presente Reglamento, salvo que dicho contrato contenga normas específicas diferentes. En consecuencia, el presente Reglamento será de aplicación supletoria a lo establecido en el respectivo Contrato de Concesión si éste no regulara en su totalidad el procedimiento y condiciones necesarias para el Acceso, o si regulado ello parcialmente, existieran aspectos no previstos de manera expresa en el Contrato de Concesión para resolver cierta situación o determinar la forma de tratamiento de una materia relativa al procedimiento para otorgar el derecho de Acceso.*

[El subrayado es nuestro]

<sup>20</sup> REMA, Artículo 3.- Definiciones:

legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público.

49. De esta manera, observamos que el Artículo 8° del REMA instituye los principios que deben sustentar las reglas para brindar el acceso a una facilidad esencial y, del mismo modo, dichos principios, establecen los límites y lineamientos de OSITRAN para la emisión de mandatos y otros pronunciamientos sobre el Acceso.
50. Así, entre los principios establecidos por el Artículo 8° del REMA, encontramos el Principio de NEUTRALIDAD y el Principio de NO DISCRIMINACIÓN:

***b) Principio de neutralidad***

*La Entidad Prestadora debe tratar a los usuarios intermedios no vinculados a ella de la misma manera que trata a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, o como se trata a sí misma en condiciones iguales o equivalentes.*

(...)

***c) Principio de no discriminación***

*Bajo condiciones equivalentes, la Entidad Prestadora debe tratar de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia.*

[El subrayado y negrilla son nuestros]

51. Ahora bien, dado que el Principio de Equidad establecido en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión tiene por objeto garantizar la equidad en la prestación de SERVICIOS que el Concesionario brinda a los Operadores<sup>21</sup>; consideramos que el tratamiento equitativo por parte del Concesionario a los Postores, es decir, a los Operadores que participen en la subasta por horarios, se encontrará garantizado por el Principio de Neutralidad establecido en el REMA<sup>22</sup>.

---

(...)

*k) Entidad Prestadora*

*Son las empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, sean empresas públicas o concesionarias...*

<sup>21</sup> Contrato de Concesión:

*7.6 Equidad de Servicios. El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. (...)*

<sup>22</sup> Contrato de Concesión:

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

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

52. Ahora bien, el Artículo 10° del Reglamento de Acceso a la infraestructura dada en Concesión a favor de FTSA, establece que el factor de competencia en la subasta se determinará con arreglo al Contrato de Concesión, conforme a las normas regulatorias y de competencia que resulten aplicables<sup>23</sup>.
53. De otro lado, las Reglas de la Subasta para el acceso a las facilidades esenciales se describen en los Artículo 78°, 81° y 82° del REMA<sup>24</sup>.
54. Cabe resaltar que, de acuerdo al artículo 92° del REMA, OSITRAN puede observar las Bases o requerir la inclusión de elementos de evaluación adicionales<sup>25</sup>.

---

[El subrayado es nuestro]

23.2 **Ley Aplicable.** Las Partes declaran expresamente que el presente Contrato de Concesión, está siendo sometido a las leyes de la República del Perú y, en especial, a las normas indicadas en los antecedentes.

<sup>23</sup> **Artículo 10°.- Procedimiento de Acceso por Subasta**

10.1 De conformidad con lo previsto en el REMA, en caso de escasez de infraestructura, es decir, cuando el número de solicitantes de acceso excede a la capacidad de la infraestructura disponible, se debe realizar una subasta para asignar dicha infraestructura.

En caso de acceso a la vía férrea, el procedimiento de acceso por subasta se regula por lo previsto en la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión.

(...)

(iii) El Factor de Competencia se determinará con arreglo al Contrato de Concesión, conforme con las normas regulatorias y de competencia que resulten aplicables.

(...)

[El subrayado es nuestro]

<sup>24</sup> **Artículo 78°.- Criterios para elaborar las Bases.**

Las Entidades Prestadoras deberán considerar que las Bases respeten y permitan alcanzar la finalidad del Acceso, y el cumplimiento de los principios y criterios establecidos en este Reglamento, garantizando el Acceso al mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre los postores.

**Artículo 81°.- Reglas de la subasta.**

Las Bases de la subasta deberán respetar y contener lo siguiente:

a) Los criterios, normas y procedimientos establecidos en este Reglamento.

b) Los mecanismos de información que permitan a los postores conocer las condiciones existentes en la infraestructura, los servicios que se prestan y otra información que sea relevante.

c) Podrán limitar la participación como postores de empresas vinculadas.

**Artículo 82°.- Reglas de subasta en contratos de concesión.**

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, en caso que el contrato de concesión hubiera incorporado las reglas que regulan la subasta, éstas deberán incorporarse a las Bases y serán de cumplimiento obligatorio para el desarrollo del proceso. Si el contrato de concesión ya incorporara un modelo de Bases, la subasta se desarrollará de acuerdo a dicho modelo.

[El subrayado es nuestro]

<sup>25</sup> **Artículo 92°.- Observaciones a las Bases por OSITRAN.**

OSITRAN podrá realizar de oficio, en un plazo de cinco (05) días de culminado el proceso de consultas, observaciones a las Bases. Asimismo, podrá requerir a la Entidad Prestadora absolver las observaciones de los postores que así lo solicitaron. En tal caso, OSITRAN podrá requerir a la Entidad Prestadora, para que en el plazo de cinco (05) días, efectúe las modificaciones a las Bases a que hubiera lugar.

El incumplimiento de la obligación de subsanación a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, está sujeto a que dicha disposición no genere efecto legal alguno para los postores y sea considerada como no válida.

55. Adicionalmente, debe tenerse presente que tanto FTSA<sup>26</sup> como PERURAIL<sup>27</sup> han señalado lo siguiente:

*... el REMA establece que en caso OSITRAN pudiese tener alguna observación respecto a la participación de empresas vinculadas o filiales en tanto la misma afectara los principios de neutralidad o no – discriminación, el Regulador se encuentra habilitado para requerir la inclusión de las condiciones necesarias a fin de cautelar el cumplimiento de dichos principios ...*

[El subrayado es nuestro]

56. En ese sentido, en el Informe adjunto al escrito de PERURAIL se señala que:

*“(...) el artículo 92º tercer párrafo del REMA permite a OSITRAN requerir la inclusión en las Bases, de condiciones que estime necesarias para que el vinculado de la prestadora que participe no tenga tratamiento privilegiado o violatorio de los principios de neutralidad o de no discriminación (...)”<sup>28</sup>*

57. Como puede observarse, tanto FTSA como el operador de servicios vigente han reconocido expresamente las atribuciones de OSITRAN en materia de acceso a la facilidad esencial.

58. Por lo tanto, queda claro que tanto el REMA como el Reglamento de Acceso han previsto:

- (i) Que el proceso de subasta debe garantizar el mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre postores, debiéndose observar los principios de neutralidad y de no discriminación.

---

*OSITRAN podrá observar las Bases o requerir a las Entidades Prestadoras, la inclusión de elementos de evaluación adicionales, especialmente en casos que estime que por condiciones de mercado, el servicio para el cual se solicita el Acceso no pueda brindarse en condiciones suficientemente competitivas. En ese supuesto, OSITRAN podrá requerir a las Entidades Prestadoras que incluyan como un factor de competencia el Cargo de Acceso que el usuario intermedio propone cobrar por el servicio, o requerir la inclusión de condiciones que sean necesarias para que la participación de los usuarios intermedios que sean filiales o vinculados a la Entidad Prestadora no obtengan un tratamiento privilegiado o violatorio de los principios de neutralidad o de no-discriminación. El incumplimiento de esta obligación será sancionado conforme el Reglamento de Infracciones y Sanciones.*

[El subrayado es nuestro]

<sup>26</sup> Página 18 de su escrito de fecha 31 de julio de 2008.

<sup>27</sup> Página 14 de su escrito de fecha 31 de julio de 2008.

<sup>28</sup> Página 25 del Informe elaborado por el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, por encargo de PERURAIL, adjunto al escrito de fecha 31 de julio de 2008.

- (ii) Una actuación efectiva del Organismo Regulador, que permita la participación activa de los postores, mediante una supervisión constante, así como participar en el proceso de subasta, en base a las normas antes citadas.

## **D.2 Formas de acceder las facilidades esenciales**

- 59. La actuación del Regulador está orientada a garantizar a los Usuarios Intermedios el libre acceso a la prestación de servicios, y a las facilidades esenciales administradas por las Entidades Prestadoras, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.
- 60. El “acceso” debe entenderse como la utilización de la infraestructura de transporte de uso público (calificada como facilidad esencial) por parte de los Usuarios Intermedios<sup>29</sup>. En este caso, la infraestructura de transporte de uso público son las vías férreas, mientras que los Usuarios Intermedios son los operadores ferroviarios de transporte de pasajeros. Cabe mencionar que el REMA define el concepto de acceso en su Artículo 7° de la siguiente manera:

*“Se entiende por Acceso, el derecho que tiene un usuario intermedio de utilizar una Facilidad Esencial como recurso necesario para brindar Servicios Esenciales que se integran a la Cadena Logística. En tal virtud, el presente Reglamento regula el fenómeno económico relativo a la insustituible utilización de las Facilidades Esenciales por parte de los usuarios intermedios.”*

- 61. Ahora bien, la forma cómo los Usuarios Intermedios logran el acceso a las vías férreas se da mediante dos mecanismos: la negociación directa y la subasta. Mediante la negociación directa, el Usuario Intermedio y la Entidad Prestadora pueden llegar a un acuerdo en los términos en los cuales el primero puede realizar sus actividades en la infraestructura administrada por la segunda. De no ponerse de acuerdo, el Regulador debe “suplir” la voluntad de las partes y emitir un Mandato de Acceso. En dicho documento se establecen aquellas condiciones en las cuales las partes no se pusieron de acuerdo, como por ejemplo, en la contraprestación monetaria por el uso de la facilidad esencial (cargo de acceso).

---

<sup>29</sup> El término “intermedio” hace referencia a que estos agentes utilizan la infraestructura como insumo para brindar un servicio final.

62. En los casos donde haya limitaciones para el uso de la facilidad esencial involucrada, como por ejemplo cuando dos operadores desean utilizar un mismo horario en un mismo segmento de la vía férrea, la Entidad Prestadora debe convocar a una subasta<sup>30</sup>.
63. En este caso particular, existen operadores ferroviarios que han solicitado acceder a algunos horarios ocupados por el operador económicamente vinculado al Concesionario. Por tanto, nos encontramos en el supuesto b) del artículo 19° del REMA, siendo aplicable los mecanismos regulatorios para el caso de una subasta.
64. Esto último se condice con lo establecido en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del FSO, toda vez que en éste se estipula que de darse el caso en que dos o más operadores ferroviarios pretendan un mismo horario, el Concesionario se encuentra obligado a realizar una subasta, a fin de seleccionar a qué operador se le otorga dicho horario.
65. Como puede advertirse, si bien el Contrato de Concesión señala que debe realizarse una subasta de horarios, no establece cómo debe llevarse ésta a cabo, salvo lo siguiente:
- Que la convocatoria a concurso deberá publicarse en un diario de circulación nacional, antes de diez días de la fecha en que se realice la subasta.
  - Que la subasta se realizará ante Notario Público. Este deberá levantar un acta correspondiente a la subasta en la que identifique a los interesados, sus ofertas y al ganador del concurso.
  - Que el Concesionario está obligado a enviar al Concedente y a OSITRAN, respectivamente, una copia certificada del acta notarial antes mencionada.
  - Que el ganador de la subasta será aquél que oferte la tarifa por uso de vía más alta.

---

<sup>30</sup> "Artículo 19. Formas de acceder a las Facilidades Esenciales.

Las formas de acceder a las Facilidades Esenciales administradas por las Entidades Prestadoras, son las siguientes:

a) Mediante Contrato de Acceso celebrado como consecuencia de una negociación directa. El derecho de Acceso se otorgará mediante negociación directa, cuando la disponibilidad de infraestructura permita atender todas las solicitudes de Acceso declaradas procedentes. Se

procederá de igual manera, si el número de bases entregadas o vendidas en un procedimiento de subasta, es menor o igual al número de espacios de que dispone la infraestructura.

b) Mediante Contrato de Acceso celebrado como consecuencia de una subasta convocada por la Entidad Prestadora. El derecho de Acceso se otorgará mediante el mecanismo de subasta si la disponibilidad de la Facilidad Esencial no permite atender todas las solicitudes declaradas procedentes, salvo que el contrato de concesión hubiera previsto un mecanismo diferente.

c) Mediante la emisión de un Mandato de Acceso que emita OSITRAN, en los supuestos a que se refiere el Artículo 44 en este Reglamento."

- Que el horario materia de concurso se adjudicará al ganador por un plazo no mayor a un año.
66. En tal sentido, el REMA es la norma regulatoria bajo la cual deberá llevarse este proceso. Para mayor abundamiento, reiteramos lo señalado en el literal E.3 de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN. Asimismo, en el Anexo 2 de esta Resolución se especifican aquellos posibles problemas de acceso que podrían darse y las herramientas regulatorias con las que cuenta OSITRAN según el REMA. De igual modo, en el Anexo 3 se presenta la tipificación y calificación de cada una de las infracciones al acceso a la infraestructura previstas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones – RIS de OSITRAN.

**D.3 Finalidad del acceso y consistencia con la interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.**

67. La finalidad del acceso, en los términos del REMA, es la de generar el bienestar a los usuarios finales por la vía de una mayor competencia, o por la utilización de mecanismos de mercado mediante los cuales se obtenga resultados similares a los de una situación competitiva.
68. Si bien el acceso a la infraestructura es uno de los objetivos del REMA, ello no es un fin en sí mismo. El acceso a la infraestructura es un medio para lograr más competidores en un mercado, y con ello generar beneficio, en última instancia, a los consumidores finales.
69. Ahora bien, para que haya competencia en el mercado, es evidente que deben haber competidores en éste. Por ello, el REMA asegura el acceso de los Usuarios Intermedios, en este caso, en el mercado de transporte ferroviario de pasajeros.
70. En el caso materia de interpretación, podría esbozarse, de manera teórica y sin ceñirse al Contrato de Concesión, dos alternativas o escenarios en lo concerniente a la conformación de la pluralidad de interesados para que se efectúe la subasta de horarios:
- I. Que el Operador Vinculado no puede conformar la pluralidad de interesados para la realización de la subasta de horarios
  - II. Que el Operador Vinculado si pueda conformar la pluralidad de interesados para la realización de la subasta de horarios.
71. Visto las dos posibles alternativas, conviene preguntarse cuál de las dos es la que más se ajusta o aproxima al diseño del Contrato, y por ende, que logre el acceso competitivo. Asimismo, será importante analizar



también los efectos sobre el mercado final de cada una de las alternativas o escenarios propuestos, a fin de asegurar que la decisión tomada sea aquella que redunde, en última instancia, en un mayor beneficio a los Usuarios Finales.

72. Cabe mencionar que el término “beneficio a los usuarios” es observable, por ejemplo, cuando hay una reducción de precios en el mercado. Así, el consumidor paga un menor precio por un bien o servicio que lo que estaba dispuesto a pagar, y con ello aumenta su excedente -en comparación con el escenario sin reducción de precios-. No solo eso, existe la posibilidad que reciba un servicio de mejor calidad producto del esfuerzo de los competidores en captar más clientes, lo que significará que los consumidores reciban una mayor utilidad por el servicio adquirido. Bajo el mismo objetivo, la competencia podría incentivar a los operadores a ofrecer más y mejores servicios, así como descuentos, promociones, etc.
73. En atención al modelo teórico propuesto, y aplicando los mecanismos establecidos por el REMA es probable alcanzar determinadas condiciones equitativas en el proceso de subasta.
74. En el caso en particular, el sustento para adoptar una decisión debe basarse en los criterios de racionalidad y eficacia: Racionalidad porque la interpretación debe guardar estricta relación con una aplicación sistemática del Contrato de Concesión; y eficaz porque la decisión tomada puede traer como efectos en el mercado un mayor grado de competencia, lo que redundará –como ya hemos visto- en menores precios al consumidor final, mejor calidad, mayor variedad de servicios.
75. Así, vemos que la existencia de un mayor nivel de competencia en el mercado final garantizaría la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios de transporte ferroviario: la competencia incentiva que se provea mejor calidad y la presencia de varios operadores garantiza la continuidad del servicio de transporte ferroviario. En base a la interpretación del Contrato de Concesión, la administración podrá promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de transporte ferroviario, porque se incentivará que haya más competidores en el mismo.
76. Por último, se garantiza el acceso al uso de la infraestructura, toda vez que el REMA provee los mecanismos necesarios para que no se restrinja o limite el ingreso de los nuevos operadores a las vías férreas.

## **E. OBJETO DE LA CLÁUSULA 7.6 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.**

### **E.1 Cuestión Previa: Con relación al Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 690**

77. El 06 de noviembre de 1991 se publicó el Decreto Legislativo N° 690, norma que, entre otras cosas, dividió la actividad ferroviaria en:

- **Servicios a la Infraestructura Vial Ferroviaria**
- **Servicios de Transporte Ferroviario**

78. Sobre el particular, dicha norma también declaró de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria, razón por la cual, entre otras cosas: (i) estableció la prohibición de cualquier forma de monopolio en la actividad ferroviaria (Art. 1), (ii) estableció la prohibición de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria (Art. 1); y, (iii) señaló que los operadores del servicio de transporte ferroviario están facultados para fijar libremente sus tarifas y fletes, de acuerdo a las reglas de la oferta y la demanda (Art. 5).

79. La prohibición del establecimiento de monopolios en la Actividad Ferroviaria (lo cual incluía los Servicios a la Infraestructura Vial Ferroviaria como los Servicios de Transporte Ferroviario), guardaba concordancia con lo señalado por el Artículo 133° de la Constitución de 1979, la cual instauraba una prohibición general del establecimiento de monopolios en el mercado peruano<sup>31</sup>.

80. Sin embargo, al día siguiente de la emisión del Decreto Legislativo N° 690, es decir, el 07 de noviembre de 1991 se publicó el Decreto Legislativo N° 701<sup>32</sup>, norma que mediante su Artículo 3° estableció lo siguiente:

*“Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o*

---

<sup>31</sup> “Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad industrial y mercantil. La Ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.”

<sup>32</sup> Con fecha 25 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo N° 1034, que aprobó la **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**. Al respecto, la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 701 derogó el Decreto Legislativo N° 701.

*que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.”*

81. Como puede observarse, con la emisión del Decreto Legislativo 701, la prohibición de realizar prácticas anticompetitivas establecidas en el Decreto Legislativo N° 690, pasó de ser una prohibición de carácter sectorial a una de carácter general aplicable a todo el mercado peruano.
82. Posteriormente, el 30 de diciembre de 1993, se publicó la Constitución Política del Perú, la misma que entró en vigencia a partir del 31 de diciembre de dicho año. Al respecto, el Artículo 61° la Constitución Política de 1993 estableció lo siguiente:

*Artículo 61.- Libre competencia*

*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.*

*(...)*

[El subrayado es nuestro]

83. Como puede advertirse, el artículo 61° de la Constitución Política no prohíbe el monopolio, sino el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia.
84. En consecuencia, con la emisión de la Constitución de 1993 quedó sin efecto el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 690, en el extremo que prohibía el establecimiento de monopolios en la actividad ferroviaria.
85. Por último, en el supuesto negado que INCA RAIL considere que, a su criterio, el marco legal prohibía que el Estado adopte el diseño de Contrato de Concesión existente, a saber, uno con una estructura de integración vertical con acceso competitivo; no corresponde que dicha pretensión sea discutida en vía de interpretación.

## **E.2 Sobre la problemática del acceso y retos actuales**

86. Los efectos del diseño del Contrato de Concesión podría alentar la participación única del Operador de Servicios de Transporte Ferroviario vinculado constituido en base a la Circular 17 y Circular 73 de las Bases. Como consecuencia de ello, podría dejarse “desprotegidos” a los Usuarios Finales frente a un monopolio integrado. Es evidente que dicha información es relativa, toda vez que no considera la participación del

Organismo Regulador. No obstante lo expuesto, debe resaltarse que en los hechos, en el tramo Ollanta-Machu Picchu<sup>33</sup>, no existe competencia intermodal (por ejemplo, Carretera vs Ferrocarril), situación que no habilita que los pasajeros tengan otras opciones de transporte para acceder a Machu Picchu<sup>34</sup>.

87. De otro lado, la teoría económica señala que la firma integrada genera eficiencias, así también tiene fuertes incentivos para erigir barreras de acceso a nuevos operadores y así mantener su posición monopólica en el mercado de transporte ferroviario<sup>35</sup>. Sin embargo, este hecho no nos lleva a concluir que una firma integrada, bajo la supervisión del organismo regulador, pueda comportarse en competencia. Ahora bien, en los hechos, podemos advertir que a la fecha, no se ha logrado que exista competencia en el mercado de transporte ferroviario durante todo el periodo de la concesión (aproximadamente 10 años), a pesar de la aparición de nuevos operadores. Por el contrario, lo que se aprecia es la existencia de condiciones monopólicas (ver Cuadro N°3):

**CUADRO N° 3  
RESULTADOS RESPECTO AL ACCESO COMPETITIVO**

Variable	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Número de operadores ferroviarios	1	1	1	0	0	3	3
Número de horarios otorgados	0	0	0	0	0	0	0
<b>Resultados respecto al acceso competitivo</b>							
Persistencia de condiciones monopólicas	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Competencia en el mercado	0	0%	0%	0%	0%	0%	0%

Fuente: OSITRAN

Elaboración: Gerencia de Regulación

88. Ahora bien, los efectos generados por la situación existente en el mercado de transporte ferroviario (y con ello la ausencia de incentivos a reducir precios a los Usuarios Finales) es que los ingresos unitarios (en US\$) por pasajero percibidos por PERÚ RAIL aumentaron en 73% entre

<sup>33</sup> Mediante la Circular N°065 (de fecha 15 de julio del año 1999), CEPRI-ENAFER estableció que la construcción de una carretera a Machu Picchu podría otorgarle el derecho a resolver el Contrato a FTSA.

<sup>34</sup> Según un estudio sobre los problemas de competencia en dicho tramo, se evaluó la viabilidad del transporte en helicóptero, al no existir infraestructura vial, no siendo considerado como sustituto del transporte en tren, por sus altos precios y no constituir un transporte máximo comparable con la capacidad que brinda un ferrocarril.

<sup>35</sup> Como se mencionó en el Informe N° 032-08-GRE-GAL-OSITRAN, el hecho que el mercado "aguas arriba" sea significativamente más rentable que el mercado "aguas abajo" explicaría los incentivos de la firma integrada de excluir a nuevos operadores en las vías férreas (ver cuadro siguiente).

Indicador	Empresa	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Rentabilidad sobre activos <sup>1/</sup>	Perurail	-7%	21%	18%	24%	22%	29%	24%
	FTA	-2%	-2%	4%	2%	7%	9%	3%
Rentabilidad sobre patrimonio <sup>2/</sup>	Perurail	21%	-122%	349%	98%	89%	74%	68%
	FTA	-31%	-24%	39%	20%	40%	35%	17%

<sup>1/</sup> Utilidad neta sobre activos

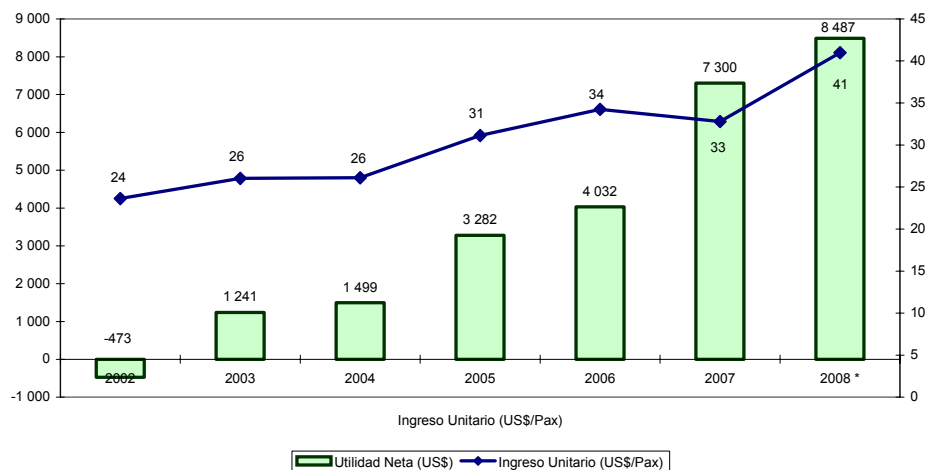
<sup>2/</sup> Utilidad neta sobre patrimonio

Fuente: Estados Financieros Auditados de Perurail S.A. y Ferrocarril Transandino S.A.

Elaboración: Gerencia de Regulación-OSITRAN

los años 2002 y 2008<sup>36</sup>; mientras que las Utilidades (Pérdidas) Netas aumentaron de -473 (miles de US\$) a 8 487 (miles de US\$), tal como se puede observar en el siguiente gráfico:

**GRAFICO N° 1  
INGRESO UNITARIO POR PASAJERO Y UTILIDADES NETAS de PERU  
RAIL  
AÑOS 2002-2008**



\* Información financiera no auditada.  
Fuente: Estados Financieros de Perú Rail S.A.  
Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

89. De igual modo, es probable que un monopolio integrado aguas arriba y aguas abajo actúe estratégicamente con los Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, toda vez que éste tiene cierta ventaja comercial y de información sobre los potenciales entrantes, debido a los siguientes hechos:

- El Concesionario tiene información (técnica y operacional) de todos los operadores, lo que incluye a los no vinculados, y que serían competencia de su empresa vinculada.
- El Concesionario es quien elabora las bases del proceso de subasta. Asimismo, es quien lleva a cabo dicho proceso.
- Los beneficios deben ser entendidos y podrían ser medidos como el beneficio conjunto de FTSA y PERU RAIL y que por tanto sus decisiones dependen de una maximización conjunta de los mismos.

<sup>36</sup> Datos obtenidos respecto al tramo relevante: Cusco-Machu Picchu. Cabe mencionar que entre los años 2002 y 2008, el IPC aumentó en 18%.

- El Operador de Servicios de Transporte Ferroviario constituido en base a la Circular 17 y Circular 73 de las Bases cuenta con información cierta sobre la demanda.

90. En suma, la situación actual en el mercado de transporte ferroviario podría llevar a concluir que existen restricciones para completar la pluralidad de interesados, ya sea a través de limitar el acceso de nuevos operadores y con ello las condiciones de mercado para disciplinar los precios al Usuario Final. Sin embargo, este hecho no puede llevar a OSITRAN a modificar las Cláusulas Contractuales por la existencia de problemas como los descritos precedentemente, menos aún éste puede variar el diseño del Contrato de Concesión, debiendo hacer efectiva sus funciones en el caso concreto para garantizar la competencia y participación de los interesados en el mercado aguas abajo, aun cuando bajo subasta, sobre la base de la mayor tarifa de acceso, la ventaja la tenga la empresa vinculada.

### **E.3 Sobre la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. Prohibición de completar la pluralidad<sup>37</sup> de interesados**

91. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN de fecha 29 de octubre de 2008, el Consejo Directivo de OSITRAN ha resuelto, entre otros, que: (i) no se ha encontrado elementos que permitan concluir que la Circular N° 17 señalara que la actividad del operador vinculado tenga carácter temporal o provisional; y, (ii) no se desprende que el Contrato de Concesión prohíba que un operador vinculado al Concesionario pueda ser postor en un concurso por horarios o frecuencias, respecto de los horarios en los cuales viene prestando el servicio de transporte.

92. Con relación a lo resuelto por el Consejo Directivo en los extremos descritos en el punto 91 precedente, y en base a lo descrito en la presente Resolución, no existen nuevos argumentos presentados por las Partes que determinen que la administración cuestione el razonamiento adoptado, así como su validez. Incluso, conforme a lo descrito en la presente Resolución, se confirma lo resultado por la Administración.

93. De otro lado, hemos advertido que la controversia respecto a lo resuelto por el Consejo Directivo de OSITRAN reside en el extremo que la Cláusula 7.6, inciso i), únicamente permite la participación del operador vinculado en la subasta cuando este se encuentre ocupando el horario

---

<sup>37</sup> Se entiende por pluralidad, según la Real Academia Española, a la cualidad de ser más de uno o a un número grande de cosas o al mayor número de ellas. En el caso en particular, el cuestionamiento consiste en sí el operador de servicios ferroviarios vinculado constituido en base a las circulares 17 y 73 puede completar la pluralidad de interesados, es decir, participar en la subasta en caso un horario esté libre u ocupado por un operador no vinculado.

solicitado por un nuevo operador (no vinculado). En tal sentido, corresponde evaluar esta pretensión.

94. En primer lugar, hemos indicado que la interpretación, conforme a lo previsto en los Lineamientos, busca aclarar o explicar el sentido y significado del Contrato de Concesión. Así, la interpretación tiene por finalidad determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las Cláusulas Contractuales, a fin de posibilitar su aplicación.
95. Ahora bien, no podemos dejar de mencionar que, los contratos ayudan a generar confianza en los inversionistas, ya que el Estado asume, en principio, similares compromisos a los contenidos en cualquier otro contrato celebrado entre privados, y no reclama, salvo excepciones, poderes o facultades especiales.
96. Dicho contratos se rigen por el Principio de buena fe previsto en el artículo 168° del Código Civil, que aplicado a una relación contractual, implica que la conducta de las partes debe regirse por los valores de la lealtad, de fidelidad, equidad y confianza recíproca y razonable. En tal sentido, las estipulaciones de un contrato deben interpretarse en consonancia con estos valores. Siendo este el caso, debe darse al texto contractual el sentido de lo que resulta usual y ordinario para una persona diligente en las circunstancias del caso (Artículo 168° del Código Civil).
97. En atención a lo expuesto, la interpretación no debe conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente estimado por las partes. Por ello, el contrato debe ser interpretado asumiendo que la intención de las partes es colaborar entre ellas de manera leal para conseguir los fines que persiguen. Una interpretación que conduzca a concluir que una engañó a la otra, y ampare ese engaño, debe ser descartada. Asimismo, tampoco es objetivo de la interpretación descubrir que quiso cada uno en su fuero interno, sino que quisieron en común.
98. En el caso que nos aborda, aplicaremos los criterios de interpretación antes citados, así como una interpretación sistemática de las Cláusulas Contractuales. Sobre el particular, el Dr. José A. Llontop Bustamante<sup>38</sup> señala lo siguiente:

---

<sup>38</sup> Según Informe Legal elaborado por el Dr. José A. Llontop Bustamante con relación a la interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente.

*“La interpretación sistemática de las cláusulas contractuales supone que no deberían interpretarse aisladamente, sino en función de sus correlaciones con otras cláusulas del Contrato, y documentos que han servido para la formación de la voluntad contractual y/o que la han modificado; tales como las Bases de la Licitación, Adendas, Circulares, Anexos, entre otros. En función de ello, el intérprete debe preferir aquella interpretación que dé consistencia al todo.”*

99. En segundo lugar, y vinculado con los criterios de interpretación antes descritos, hemos mencionado que la interpretación busca aclarar o explicar el sentido y significado del Contrato de Concesión, no debiendo ésta conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente estimado por las partes. En ese orden de ideas, si existiera una Cláusula Contractual que otorga derecho alguna a una de las Partes, vía la interpretación no puede establecerse restricción alguna al derecho otorgado.
100. En tercer lugar, hemos señalado en el numeral 42 de la presente Resolución que, la concesión del FSO fue entregada bajo la estructura de integración vertical con acceso competitivo, donde los cargos de acceso fueron fijados contractualmente, mientras que las tarifas finales quedaron sujetas al régimen de competencia entre los operadores ferroviarios. En este mismo sentido, el Dr. José A. Llontop Bustamante señala:

*“Sin lugar a dudas, el Contrato estableció como obligación contractual que el Concesionario pudiera actuar como Operador del Servicio de Transporte Ferroviario, lo cual implicó que el modelo de privatización sea uno de acceso competitivo o integración vertical limitada”.*

101. En cuarto lugar, la Circular 17 de las Bases establece que el Concesionario está en la obligación de contratar una persona jurídica que actúa como Operador de Servicios, precisándose posteriormente, mediante Circular 73 de las Bases, que dicho Operador “deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario”. En ese orden de ideas, existía una obligación de participar en el mercado del servicio de transporte ferroviario. Sobre el particular, el Dr. José A. Llontop Bustamante señala:

*“En consecuencia, el Concesionario estaba obligado a participar directamente en dicho mercado del servicio de transporte ferroviario, vía la contratación o constitución con una empresa vinculada que tuviera su misma composición accionaria.”*



102. En quinto lugar, la definición de Operador de Servicio de Transportes Ferroviario no permite colegir que exista restricción alguna para que el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario vinculado pueda participar en un proceso de subasta, tampoco que pueda completar la pluralidad de interesados. Al respecto, la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión señala:

*“Operador de Servicios de Transporte Ferroviario: es cualquier persona constituida o establecida en el país, que cuente con el Permiso de Operación correspondiente emitido por el MTC y que desarrolle Servicios de Transportes Ferroviario. De acuerdo con lo previsto en la Circular 17, en la Fecha de Cierre el Concesionario deberá contratar con una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario”.*

103. Por último, el propio Contrato de Concesión reconoce la posibilidad de que el Concesionario pueda participar sólo con un Operador de Servicios de Transportes Ferroviarios vinculado constituido en base a la Circular 17 y 73, excluyéndose cualquier otra posibilidad de hacerlo con otro Operador de Servicios de Transportes Ferroviarios. Sobre el particular, la Cláusula 12.2 del Contrato de Concesión establece:

*“(…)  
De otro lado, el Concesionario se obliga a no participar, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de las Empresas Vinculadas a ellos o al Concesionario, en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por ferrocarril comprendido en este Contrato o en un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario que desarrolle actividades en un ferrocarril no comprendido por este Contrato.  
(…)”*

104. En atención a lo expuesto, corresponde examinar si el literal (i) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión permite la participación del operador vinculado en la subasta cuando este se encuentre ocupando el horario solicitado por un nuevo operador (no vinculado).
105. Al respecto, el literal (i) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión establece que el Concesionario, a partir del segundo año de la Concesión, debe desarrollar un concurso para seleccionar, en caso se presenten dos o más Operadores de Servicio de Transporte Ferroviario, a cuál de ellos se adjudica el horario solicitado.

106. Sobre el particular, el referido literal precisa que “podrán participar los Operadores antes citados y cualquier otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario”. Al respecto, cuando el referido literal hace mención a los “Operadores antes citados”, podemos advertir que no establece restricción alguna en la participación de los operadores de servicio, por lo que resulta aplicable la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, la que habilita a que participe, entre otros, al Operador de Servicio de Transportes vinculado.
107. En ese orden de ideas, la posibilidad de que un Operador de Servicios de Transportes Ferroviarios vinculado participe de la subasta, se ve reforzado con lo señalado en la Circular 17 y 73, así como en lo previsto en la Cláusula 12.2 del Contrato de Concesión, mediante la cual expresamente se habilita la participación de un Operador de Servicios de Transporte vinculado, constituido en base a la Circular 17 y 73, a la fecha de iniciar operaciones. En tal sentido, la interpretación sistemática de las Cláusulas refuerza este argumento.
108. Ahora bien, con relación a la expresión “cualquier otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario”, el objetivo de dicha referencia es permitir la participación de diversos Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario, bajo el supuesto que éstos no hayan solicitado directamente el concurso, es decir, una vez que, por lo menos, dos operadores de servicios de transporte ferroviario activen el concurso; terceros Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario podrán participar en él.
109. Es evidente que, resulta aplicable en el numeral 108 precedente, la restricción al Concesionario para que éste participe en el Concurso, mediante otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario vinculado distinto del constituido en base a la Circular 17 y 73, conforme a la aplicación sistemática de la Cláusula 12.2 del Contrato de Concesión.
110. En este sentido es que debe entenderse el literal (i) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, que establece que “*la convocatoria a concurso deberá efectuarse (...) tan pronto el Concesionario reciba una comunicación escrita de cualquier Operador, que no sea una Empresa Vinculada del Concesionario entendiendo por Empresa Vinculada a aquella definida como tal por las Bases, con la que complete la pluralidad de interesados por el mismo horario (...)”*”, ya que sobre la base de la Circular 17 y 73, así como de la aplicación sistemática de la Cláusula 1.1 y Cláusula 12.2 del Contrato de Concesión, corresponde entender que para completar la pluralidad de interesados en el mismo horario no cabe considerar al Operador de Servicios de Transporte Ferroviario vinculado distinto del constituido en base a la Circular 17 y

73, independiente de su constitución accionaria que actualmente tenga o en el futuro pudiera tener.

111. En efecto, de la lectura de la Cláusula 12.2 del Contrato de Concesión se advierte que el Concesionario se obliga a no participar, directa o indirectamente, en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. Por ende, se deduce, con meridiana claridad, que ésta cláusula habilita a que el Concesionario participe con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario vinculado. Así, guarda coherencia lógica la imposición de una obligación al Concesionario, conforme a la Circular 17 y Circular 73 de las Bases, para que éste contrate una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios, y cuya conformación accionaria en ese momento fuera idéntica a él, independiente de la conformación accionaria que actualmente tenga o en el futuro pudiera tener.
112. Como puede advertirse, la interpretación propuesta aclara el significado del Contrato de Concesión, dilucidándose puntualmente cuál es el sentido de sus Cláusulas, sin contravenir la rigurosidad de los criterios de interpretación de los Contratos, y estando acorde con lo previsto en el artículo 62º de la Constitución Política. Además, debe señalarse que, la referida interpretación resulta coherente con el diseño de la Concesión del FSO, el cual cuenta con una estructura de integración vertical con acceso competitivo, conforme a lo previsto en el numeral 42 de la presente Resolución.
113. Cabe agregar que, la interpretación propuesta es consistente con el esquema económico de la concesión, toda vez que no existen argumentos que restrinjan la participación del operador vinculado ya sea para completar la pluralidad de interesados, y con ello participar de la subasta de horarios o promoviendo la misma, situación que podría, con una participación activa de OSITRAN, generar los efectos en el mercado deseados que corresponden al acceso competitivo.
114. Además, la interpretación que arriba la administración cumple con el objetivo propuesto, a saber, aclarar o explicar el sentido y significado del Contrato de Concesión, eliminándose cualquier resultado forzado sobre el mismo, y en particular, aquel que busque restringir derecho alguno de las Partes por la vía de la interpretación.
115. De otro lado, a modo de ejemplo, en el caso hipotético que un horario sea operado por un operador no vinculado y no existiera otro de igual naturaleza, de existir un operador de servicios vinculado (en base a la Circular 17 y 73) que tenga interés de ofrecer el servicio a menores precios (o mejor calidad); su oferta no sería posible en caso se interprete

que se encuentra impedido de completar la pluralidad. Este caso, no sería congruente con las características de un modelo de acceso competitivo, lo que puede afectar el bienestar de los usuarios finales. Por eso, el Contrato de Concesión habilitaría su participación.

116. De otro lado, la existencia o no de futuros problemas para el acceso a los servicios de transporte ferroviario, no constituye elemento suficiente ni criterio interpretativo alguno para que OSITRAN varíe las Cláusulas Contractuales vigentes, o de ser el caso, establezca restricción alguna al derecho otorgado a las Partes.
117. Sobre este particular, debemos recordar que el primero, segundo y tercer párrafo de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, establecen una restricción general para el Concesionario y los Operadores de Servicios, en caso éstos realicen actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea.
118. De igual modo, el artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, aspecto que no ha sido cuestionado, resuelve que OSITRAN tiene facultades necesarias para garantizar que durante el proceso de subasta por el acceso a la línea férrea, el Concesionario brinde un trato equitativo a los postores no vinculados con relación al tratamiento que dicho Concesionario le otorgue al operador vinculado. En tal sentido, existen las garantías necesarias para afrontar el proceso de subasta correspondiente.

**POR LO EXPUESTO** y en virtud del Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7° de 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; el Literal d) del Artículo 53° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 057-2006-PCM; a lo dispuesto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; estando a lo acordado en la Sesión del Consejo Directivo de fecha 17 de junio de 2009 y, al Informe N° 018-09-GRE-GAL-OSITRAN;

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- ADMITIR** a trámite el Recurso Administrativo de Reconsideración interpuesto por INCA RAIL y FTSA contra la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN.

**SEGUNDO.- DECLARAR** infundado el Recurso Administrativo de Reconsideración interpuesto por INCA RAIL, y por ende, ratificar la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, sobre la base de los argumentos expuestos en la presente Resolución.

**TERCERO.- DECLARAR** fundado en parte el Recurso Administrativo de Reconsideración interpuesto por FTSA, en base de los argumentos expuestos en la presente Resolución, en el extremo referido a la interpretación de la Cláusula 7.6 inciso i), del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente referido a la prohibición de completar la pluralidad de interesados. En tal sentido, sustitúyase el literal (i) del artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN la interpretación de la Cláusula 7.6 inciso i) del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, en los siguientes términos:

*<<(i) La Cláusula 7.6, inciso i) del Contrato de Concesión permite la participación del operador de servicios vinculado en la Subasta, cuando éste ha sido constituido sobre la base de las Circulares N° 17 y N° 73 de las Bases, independiente de la composición accionaria que actualmente tenga o en el futuro pudiera tener. En tal sentido, es el único operador de servicios vinculado que puede participar y completar la pluralidad de interesados en la Subasta, en caso el horario lo venga ocupando y lo solicite un operador de servicio (no vinculado), o cuando el horario sea ocupado por un operador de servicios (no vinculado), o cuando éste se encuentre libre.>>*

**CUARTO.- DECLARAR** que la participación del operador de servicios de transporte ferroviario en el proceso de subasta quedará sujeta al cumplimiento de las reglas y procedimientos establecidos tanto en el Contrato de Concesión como en el REMA.

**QUINTO.- DAR** por agotada la vía administrativa en lo relativo a la interpretación de la Cláusula 7.6 inciso i), del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, estando expeditos para hacer valer su derecho a través del proceso contencioso administrativo dentro del plazo de 3 meses de notificada la presente Resolución.

**SEXTO.- NOTIFICAR** la presente Resolución y el Informe N° 018-09-GRE-GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A., así como a Inca Rail S.A., Perú Rail S.A., Andean Railways Corp. S.A.C., Ferrovías Central Andina S.A., Ferrocarril Central Andino S.A., y Wyoming Railways S.A.; y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.

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

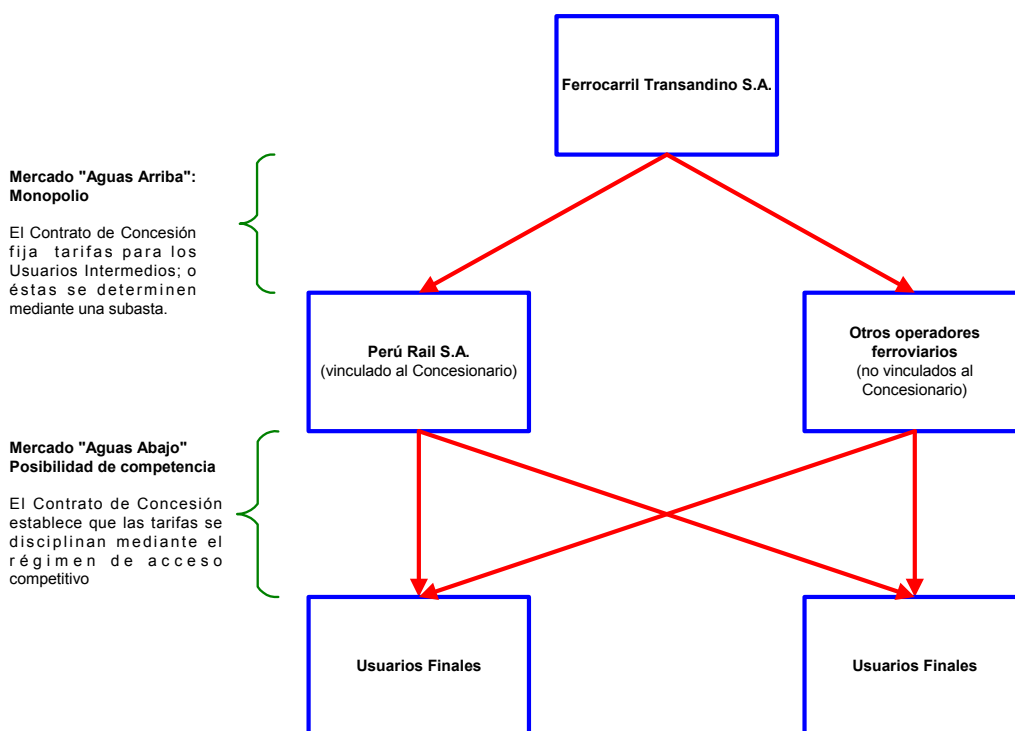
Regístrese, comuníquese y publíquese.

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

Reg. Sal. PD 12584-09

**ANEXO I**  
**(RCD N° 023-2009-CD-OSITRAN)**

**MODELO DE LA CONCESIÓN DEL FERROCARRIL DEL SUR Y SUR-ORIENTE**



Fuente: Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur-Oriente  
Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

**ANEXO II**  
**(RCD N° 023-2009-CD-OSITRAN)**  
**Mecanismos regulatorios del REMA para enfrentar los**  
**posibles problemas de acceso**

<b>Tipo de problema</b>	<b>Mecanismo Regulatorio</b>	<b>Ejemplo de acción*</b>
<p><b><u>De Información</u></b></p> <p>Los solicitantes del acceso no cuentan con la información necesaria para evaluar y negociar las condiciones de acceso a la facilidad esencial, con el fin de que puedan tomar la decisión de entrar al mercado respectivo.</p>	<p>El REMA establece que las EEPP deberán contar con sus respectivos Reglamentos de Acceso, donde entre otros deben informar sobre los requisitos y condiciones requeridos para el acceso a las facilidades esenciales (art. 13°, 14°).</p> <p>Asimismo, la EEPP debe hacer pública, entre otros, la siguiente información:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Requisitos o manuales técnicos, ambientales y de seguridad específicos a la infraestructura donde se solicita Acceso.</li> <li>• El grado de utilización de la infraestructura, incluyendo la frecuencia y horarios donde sea pertinente.</li> <li>• Las condiciones de contratación, así como las políticas comerciales y operativas de la EEPP (art. 20°).</li> </ul>	<p>Se supervisa de manera continua que la EEPP publique toda la información relevante de acuerdo al REMA en sus respectivas páginas web.</p>
<p><b><u>De no equidad y</u></b></p>	<p>OSITRAN podrá aprobar</p>	<p>El CD de OSITRAN</p>



<p><b><u>discriminación</u></b></p> <p>Las bases han sido elaboradas sin respetar los criterios de equidad y no discriminación.</p>	<p>Bases tipo aplicables a subastas para asignar determinadas Facilidades Esenciales, para la prestación de determinados tipo de Servicios Esenciales. En tales supuestos, su uso será obligatorio (art. 79°).</p>	<p>aprueba bases tipo para la subasta.</p>
<p><b><u>Restricción del acceso</u></b></p> <p>Se exigen requisitos a los Usuarios Intermedios que no guardan razonabilidad con el proceso de subasta.</p>	<p>Los requisitos que se les exijan a los postores sólo deberán referirse a aspectos que guardan relación con los que resultan razonablemente necesarios para participar en la subasta y otorgar Acceso, y en ningún supuesto, podrán generar discriminación entre postores. En ese sentido, las Entidades Prestadoras no podrán exigir en las Bases requisitos mayores a los señalados en sus Reglamentos de Acceso (art. 80°).</p>	<p>Se requiere a la EEPP que elimine o modifique aquellas condiciones de las bases que no guarden proporción con el proceso de subasta.</p>
<p><b><u>No neutralidad</u></b></p> <p>Las empresas vinculadas ostentan determinadas ventajas en la subasta respecto a los Usuarios Intermedios no vinculados.</p>	<p>Las Bases de la subasta podrán limitar la participación como postores de empresas vinculadas a la empresa concesionaria (art. 81°).</p>	<p>Se requiere a la EEPP incluir condiciones en las bases para asegurar el cumplimiento de las restricciones para la participación de la subasta, conforme al Contrato de Concesión.</p>
<p><b><u>Información incompleta</u></b></p> <p>Las bases de subasta no contienen información suficiente para la toma de decisiones de los</p>	<p>Las Bases de la subasta contendrán información sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El procedimiento a seguir para la realización de la subasta.</li> </ul>	<p>Se requiere a la EEPP que cumpla con incluir toda la información relevante para el proceso de subasta.</p>

<p>postores.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cronograma general del proceso, que incluirá una fase de consultas.</li> <li>• Las características y condiciones que deberán cumplirse para ser postor.</li> <li>• Los requisitos que deberán cumplirse para presentar la propuesta.</li> <li>• El Cargo de Acceso base, de ser el caso.</li> <li>• El factor de competencia.</li> <li>• Los criterios de calificación para adjudicar la buena pro.</li> <li>• Procedimiento de impugnación.</li> <li>• El modelo del Contrato de Acceso a ser suscrito por los ganadores de la buena pro (art. 83°).</li> </ul>	
<p><b><u>Limitar el acceso</u></b></p> <p>Se imponen limitaciones de acceso a las facilidades esenciales.</p>	<p>La subasta deberá ser convocada de modo tal que se otorgue el Acceso al máximo número de solicitantes que sea posible de acuerdo con la infraestructura disponible (art. 85°).</p>	<p>Se requiere a la EEPP que incorpore variables que hagan posible el acceso al máximo número de Usuarios Intermedios; o que elimine condiciones que afecten tal propósito.</p>
<p><b><u>Obstaculizar el acceso</u></b></p> <p>Se dilata el proceso de acceso a las facilidades esenciales.</p>	<p>La EEPP debe convocar a la subasta en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha en que se realice la comunicación a los interesados del mecanismo de Acceso a la Facilidad Esencial.</p>	<p>Se supervisa que la EEPP realice el proceso de subasta en los plazos establecidos.</p>

	En determinados casos, los Usuarios Intermedios podrán solicitar a OSITRAN que formule las Bases a ser utilizadas en la subasta (art. 87°).	
<p><b><u>Obstaculizar el acceso</u></b></p> <p>No se brinda información completa a los postores de la subasta, o no se atiende debidamente las consultas a las bases.</p>	La EEPP está obligada a dar respuesta a las consultas formuladas por los postores de la subasta, así como a levantar las observaciones dentro de los plazos establecidos, remitiendo copia de sus respuestas a OSITRAN (art. 88°).	Se supervisa que la EEPP dé respuesta a los postores y que levante las observaciones realizadas por OSITRAN.
<p><b><u>Información incompleta</u></b></p> <p>Las bases de subasta no contienen información suficiente para la toma de decisiones de los postores.</p>	Las EEPPs deben remitir a OSITRAN la relación de las empresas filiales y vinculadas a ella que participarán en la subasta (art. 89°).	Se supervisa que la EEPP remita dicha información.
<p><b><u>De no neutralidad y discriminación</u></b></p> <p>Las bases contienen condiciones que otorgan ventajas a los Usuarios Intermedios vinculados al Concesionario sobre los Usuarios Intermedios no vinculados.</p>	OSITRAN podrá realizar de oficio observaciones a las Bases. Asimismo, podrá requerir a la EEPP absolver las observaciones de los postores que así lo solicitaron. OSITRAN podrá requerir a las EEPPs la inclusión de elementos de evaluación adicionales, especialmente en casos que estime que por condiciones de mercado, el servicio para el cual se solicita el Acceso no pueda	Se incluye condiciones tales que permitan lograr los objetivos de neutralidad y no discriminación:

	<p>brindarse en condiciones suficientemente competitivas.</p> <p>En ese supuesto, OSITRAN podrá requerir la inclusión de condiciones que sean necesarias para que la participación de los Usuarios Intermedios que sean filiales o vinculados a la Entidad Prestadora, no obtengan un tratamiento privilegiado o violatorio de los Principios de neutralidad o de no discriminación (art. 92°).</p>	
<p><b><u>Obstaculizar el acceso</u></b></p> <p>A pesar de haber ganado el proceso de subasta, la EEPP se niega a impedir el acceso.</p>	<p>En caso que la EEPP se negara a suscribir el Contrato de Acceso, el beneficiario de la buena pro podrá solicitar a OSITRAN que emita un Mandato de Acceso (art. 95°).</p>	<p>Se supervisa que la EEPP suscriba el Contrato de Acceso con el ganador de la subasta.</p>

\* Todos los incumplimientos están sujetos a sanción según el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (RIS)

Elaboración: Gerencia de Regulación de OSITRAN

Fuente: REMA

**ANEXO III**  
**(RCD N° 023-2009-CD-OSITRAN)**  
**RIS, Capítulo II, Infracciones Relativas Al Acceso A La Infraestructura**

*“Artículo 21°.- Infracciones relativas a la obligación de brindar Acceso*

*21.1 La Entidad Prestadora incurrirá en infracción muy grave cuando:*

*21.1.1 No presente el Proyecto de Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora para su aprobación por OSITRAN en los plazos y condiciones definidos en el REMA;*

*21.1.2 No incorpore las observaciones formuladas por OSITRAN al Proyecto de Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora en los plazos establecidos por el REMA;*

*21.1.3 Realice acciones para demorar o impedir el otorgamiento de Acceso a Facilidades Esenciales (maniobras dilatorias);*

*21.1.4 No acredite por escrito al solicitante, en los plazos y condiciones establecidos en el REMA, las razones por las que no cabe atender en todo o en parte la solicitud de Acceso;*

*21.1.5 Limite la capacidad de los usuarios intermedios para brindar Servicios Esenciales, sin contar con motivos razonables;*

*21.1.6 No publique la solicitud de Acceso en la forma y condiciones a que se refiere el REMA;*

*21.1.7 No notifique a los solicitantes el mecanismo de Acceso a adoptarse en los plazos y condiciones a que se refiere el REMA;*

*21.1.8 Establezca en las bases condiciones prohibidas por el REMA;*

*21.1.9 No inicie la negociación directa o no convoque a la subasta en los plazos y condiciones establecidos en el REMA;*

*21.1.10 No remita la relación de las empresas filiales vinculadas a ella que participarán en la subasta, en el plazo y condiciones establecidos en el REMA;*

*21.1.11 No incorpore las observaciones formuladas por OSITRAN a las bases de la subasta en los plazos y condiciones establecidos por el REMA;*

21.1.12 *No suscriba el contrato de Acceso en el caso de que se hubiese otorgado la buena pro en la subasta o culminada la negociación directa;*

21.1.13 *No convoque a la subasta de modo tal que se otorgue el Acceso al máximo número de solicitantes que sea posible de acuerdo con la infraestructura disponible;*

21.1.14 *No cumpla con los mandatos de Acceso temporal y/o definitivo emitidos por OSITRAN; o,*

21.1.15 *No otorgue el Acceso en los casos señalados en el REMA.*

21.2 *La Entidad Prestadora incurrirá en Infracción grave cuando:*

21.2.1 *No registre y/o difunda, en la forma y condiciones establecidas por el REMA o por OSITRAN: a) El Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora; b) Los requisitos o manuales técnicos, ambientales y de seguridad específicos a la infraestructura donde se solicita Acceso; c) El grado de utilización de la infraestructura, según los estándares relevantes para cada una, incluyendo la frecuencia y horarios donde sea pertinente; d) Las condiciones de contratación, así como las políticas operativas de la Entidad Prestadora; e) Los proyectos de contratos de Acceso presentados a OSITRAN; f) Los Contratos de Acceso suscritos con los usuarios intermedios; o g) Los mandatos de Acceso emitidos por OSITRAN;*

21.2.2 *No facilite a los solicitantes de Acceso, la información necesaria para evaluar y negociar las posibilidades de Acceso a la Facilidad Esencial;*

21.2.3 *No registre y/o difunda en su página Web la base de datos que contenga la información general y relevante referida a los contratos de Acceso, mandatos y cualquier otro dato adicional referido al Acceso en los plazos y condiciones establecidos en el REMA;*

21.2.4 *Exija a los solicitantes de Acceso requisitos distintos a los permitidos por el REMA;*

21.2.5 *Aplique criterios no contemplados en el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora aprobado por OSITRAN, o en las modificaciones de dicho Reglamento de Acceso aprobadas por OSITRAN;*

21.2.6 *Otorgue a los usuarios intermedios no vinculados un tratamiento diferente al que se confiere a sí misma o a su filial o empresa vinculada operadora de servicios competitivos, en condiciones iguales o equivalentes;*

21.2.7 *No trate de la misma manera a todos los operadores de servicios en competencia, bajo condiciones equivalentes;*

21.2.8 *No entregue el proyecto de contrato de Acceso a OSITRAN en la forma y condiciones establecidas por el REMA y OSITRAN;*

21.2.9 *No remita las actas de negociación y la documentación cursada durante el período de negociación directa solicitada por OSITRAN, en los plazos establecidos en el REMA;*

21.2.10 *Establezca en los contratos de Acceso cláusulas de exclusividad u otras con efecto análogo a favor de algún o de un conjunto de usuarios intermedios;*

21.2.11 *No adecue los contratos de Acceso preexistentes a los cambios en los cargos de Acceso o a las mejores condiciones económicas pactadas con otros usuarios intermedios a través de negociación directa;*

21.2.12 *No explicita en el contrato de Acceso o en los actos posteriores los criterios en base a los que se otorgan los descuentos a los cargos de Acceso;*

21.2.13 *No incluya en las bases el contenido mínimo a que hace referencia el REMA;*

21.2.14 *Incumpla con el cronograma de la subasta;*

21.2.15 *No responda las consultas y/o no levante las observaciones sobre las bases en los plazos y condiciones establecidos en el REMA;*

21.2.16 *No remita a OSITRAN la copia de las respuestas a las consultas o del levantamiento de las observaciones sobre las bases en los plazos y condiciones establecidos en el REMA;*

21.2.17 *No informe a OSITRAN y a los usuarios intermedios con los que tenga contratos de Acceso, los cambios que vaya a introducir en su infraestructura que afecten el Acceso u otro servicio público de transporte, en los plazos y condiciones establecidos en el REMA; o,*

21.2.18 *No eleve los expedientes de apelación en las condiciones y plazos establecidos en el REMA.*

21.3 *La Entidad Prestadora incurrirá en Infracción leve cuando:*

*21.3.1 No lleve actas de las reuniones de negociación en la forma y condiciones establecidas por el REMA y OSITRAN;*

*21.3.2 No use los contratos tipo aprobados por OSITRAN en los casos que corresponda; o,*

*21.3.3 No utilice los formatos de bases tipo aplicables a las subastas, para la prestación de Servicios Esenciales, en los casos que corresponda.”*