



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 031-2019-CD-OSITRAN

Lima, 19 de junio de 2019

VISTOS:

El Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF), de las Gerencias de Asesoría Jurídica, Regulación y Estudios Económicos, y Supervisión y Fiscalización de Ositrán; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 19 de julio de 1999, se suscribió el Contrato de Concesión de la Administración del Ferrocarril Sur y Sur Oriente (en adelante Contrato de Concesión) entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante El Concedente o MTC) y la empresa Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante FETRANSA);

Que, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, de fecha 27 de noviembre de 2018, se dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de la Administración del Ferrocarril Sur y Sur Oriente;

Que, se otorgó un plazo máximo de diez (10) días hábiles para que FETRANSA y el MTC, en su condición de Partes del Contrato de Concesión, remitan su posición al Ositrán, de considerarlo pertinente;

Que, de igual forma, se otorgó un plazo máximo de diez (10) días hábiles para que PeruRail S.A. (en adelante PERURAIL), Inca Rail S.A. (en adelante INCA RAIL), Ferrovías Central Andina S.A. (en adelante FVCA) y Ferrocarril Central Andino S.A. (en adelante FCCA), en su condición de terceros interesados, remitan su posición a Ositrán, de considerarlo pertinente;

Que, mediante el Escrito s/n, recibido el 11 de diciembre de 2018, PERURAIL remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos;

Que, por medio del escrito s/n, recibido el 11 de diciembre de 2018, FCCA remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN;

Que, a través del escrito s/n, recibido el 11 de diciembre de 2018, FVCA remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN;

Que, mediante Carta N° 140-2018/DL, de fecha 11 de diciembre de 2018, INCA RAIL remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos;

Que, por medio del Escrito N° 1, recibido el 11 de diciembre de 2018, FETRANSA remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos;

Que, a través del Oficio N° 0039-2019-MTC/25, recibido el 04 de enero de 2019, el MTC remitió el Informe N° 009-2019-MTC/25 en el que emite su opinión en relación a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN;

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

Que, mediante Carta N° 003-2019/DL, recibida el 08 de enero de 2019, INCA RAIL remitió el Informe denominado “Análisis de la Interpretación del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente acerca de la intervención del OSITRAN en el proceso de subasta” elaborado por Apoyo Consultoría, y el Informe denominado “Informe sobre la interpretación del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente” elaborado por Macroconsult;

Que, con fecha 09 de enero de 2019, a las 10:30 horas, se realizó la audiencia de uso de la palabra de INCA RAIL;

Que, por medio del escrito s/n, recibido el 18 de enero de 2019, PERURAIL remitió argumentos complementarios a los previamente presentados en su oportunidad;

Que, a través de la Carta N° 015-2019/DL, recibida el 23 de enero de 2019, INCA RAIL remitió el Informe elaborado por Shoschana Zusman;

Que, con fecha 23 de enero de 2019, a las 12:10 horas, se realizó la audiencia de uso de la palabra de PERURAIL. Asimismo, a las 12:30 horas del mismo día, se realizó la audiencia de uso de la palabra de FETRANSA;

Que, a través de los Oficios N° 009, 010, 011, 012, 013 y 014-2019-SCD-OSITRAN, de fecha 28 de enero de 2019, se comunicó al MTC, FETRANSA, INCA RAIL, PERURAIL, FVCA y FCCA, respectivamente, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2158-660-19-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el Informe N° 004-2019-GAJ-OSITRAN, en la que se sustenta la determinación del plazo del procedimiento administrativo de interpretación de oficio del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión;

Que, mediante Carta N° 040-2019/DL, recibida el 19 de febrero de 2019, INCA RAIL presentó alegaciones adicionales a los presentados en su oportunidad;

Que, por medio del escrito s/n presentado en fecha 21 de febrero de 2019, PERURAIL remitió sus alegatos finales, adjuntando como medio probatorio, el Informe denominado “El concepto de equidad para el acceso contenido en el contrato de concesión del Ferrocarril Sur Oriente”, elaborado por el economista José Luis Bonifaz;

Que, a través del escrito N° 2 presentado en fecha 22 de febrero de 2019, FETRANSA remitió argumentos adicionales, adjuntando el Informe Complementario elaborado por Alonso & Muñoz, así como la opinión legal del Dr. Eduardo Benavides Torres;

Que, mediante los Oficios N° 047, 048, 049, 050, 051 y 052-2019-SCD-OSITRAN, de fecha 07 de marzo de 2019, se comunicó al MTC, FETRANSA, INCA RAIL, PERURAIL, FVCA y FCCA, respectivamente, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2168-665-19-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el Informe N° 031-2019-GAJ-OSITRAN, en el que se sustenta la ampliación de plazo para la remisión de informe a fin de resolver el procedimiento administrativo de interpretación de oficio del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. Dicha ampliación de plazo obedeció a la complejidad del caso materia de análisis, puesto que durante el presente procedimiento, los administrados han presentado diversos informes de orden económico y legal;

Que, por medio de la Carta N° 089-2019/DL, recibida el 8 de abril de 2019, INCA RAIL presentó alegatos complementarios;

Que, a través del Oficio N° 1505-2019-MTC/19, recibido el 6 de mayo de 2019, el MTC remitió documentación presentada por FETRANSA ante la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes del MTC, a fin que sea tomada en cuenta en la evaluación correspondiente;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

Que, mediante escrito s/n recibido el 10 de mayo de 2019, PERURAIL remitió un resumen de los principales argumentos que sustentan su posición;

Que, de acuerdo al Informe de Vistos, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, Supervisión y Fiscalización, y Asesoría Jurídica de Ositrán, concluyen lo siguiente:

- En las resoluciones de los años 2008 y 2009, se deja establecida la posibilidad de aplicar el REMA al proceso de subasta en el cual podría participar el operador vinculado al Concesionario.
- En el presente procedimiento, lo que es materia de evaluación es, si de la lectura del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, dicha cláusula admite algún tipo de excepción al factor de competencia previsto en el mismo y, además, si el Regulador puede ejercer todas sus facultades previstas en el REMA, para los casos de subastas en los que participa el operador vinculado al Concesionario.
- La lectura propuesta por el Concedente carece de asidero, por cuanto, independientemente del operador que participe (vinculado o no al Concesionario), la tarifa por uso de vía más alta siempre será el factor que determine al ganador de la subasta.
- La intención de la redacción del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, fue la de establecer la tarifa por uso de vía más alta como el único factor de competencia posible para determinar la adjudicación en los casos de subastas, no previéndose excepciones a dicha regla.
- Lo argumentado por el MTC respecto a incluir un factor de equiparamiento aplicable a la evaluación de la propuesta del operador vinculado, así como lo argumentado por INCA RAIL respecto a establecer un precio de reserva o tope, contravendría los términos y condiciones pactados por las Partes, ya que con ello, si bien no se está modificando de manera directa el factor de competencia, sí genera que la oferta económica que presente el postor se vea relativizada.
- La primera posible lectura prevista en la Resolución N° 034-2018-CD-OSITRAN debe ser descartada, por cuanto la misma prevé que el factor de competencia "*tarifa por uso de vía más alta*" garantiza por sí misma un tratamiento equitativo a los postores que participan en la subasta, lo cual, no necesariamente es correcto.
- La segunda lectura del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión contenida en la Resolución N° 034-2018-CD-OSITRAN relativa a la incorporación de condiciones adicionales a las bases del procedimiento de subasta, que sin modificar el factor de competencia, genere competencia en los procedimientos de subasta en los que participen un operador vinculado al Concesionario, es la que se ajusta al marco normativo y contractual vigente.

Que, luego de revisar y discutir el Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF), el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho informe, constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las facultades previstas en el numeral 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2015-PCM y sus modificatorias, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N°



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público

Presidencia del Consejo Directivo

674-2019-CD-OSITRAN, y sobre la base del Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF);

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Interpretar el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de la Administración del Ferrocarril Sur y Sur Oriente, en los siguientes términos:

“El numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión es aplicable para cualquier proceso de subasta en el que participen el operador vinculado u operadores no vinculados al Concesionario.

El único factor de competencia para asignar un mismo segmento de línea férrea es la tarifa por uso de vía más alta. Dicha regla no admite excepciones.

Si bien dicha cláusula señala que la selección del ganador de una subasta entre Operadores se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, ello no impide al Regulador que, en aplicación de la regla de Equidad en servicios establecida en el Contrato de Concesión, en aquellos procesos en los que participa el operador vinculado al Concesionario, establezca condiciones que, sin modificar el factor de competencia, permitan garantizar un tratamiento igualitario de los postores y el acceso a la facilidad en condiciones competitivas.

Para tal efecto, el Regulador: i) no debe llegar a impedir al operador vinculado a participar en la subasta; y, ii) no debe contravenir las reglas del procedimiento de subasta estipuladas expresamente en el Contrato de Concesión.”

Artículo 2°.- Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF), a Ferrocarril Transandino S.A., Ministerio de Transportes y Comunicaciones, PERURAIL S.A., INCA RAIL S.A., Ferrovías Central Andina S.A. y Ferrocarril Central Andino S.A.

Artículo 3°.- Autorizar la difusión de la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF) en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), conforme a lo dispuesto en la normatividad vigente.

Artículo 4°.- Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019048197



Calle Los Negocios 182, piso 2
Surquillo - Lima
Central Telefónica: (01) 500-9330
www.ositran.gob.pe

INFORME CONJUNTO N° 0088-2019-IC-OSITRAN

(GAJ-GRE-GSF)

A : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **RICARDO QUESADA ORÉ**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Interpretación de oficio del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de los Ferrocarriles Sur y Sur Oriente

Fecha : 19 de junio de 2019

I. OBJETO

1. El objeto del presente informe es emitir opinión respecto del procedimiento de interpretación de oficio del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de los Ferrocarriles Sur y Sur Oriente, (en adelante Contrato de Concesión) a efectos de determinar si para la selección del ganador de la subasta entre Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario se pueden considerar criterios adicionales al establecido en la referida disposición contractual.

I. ANTECEDENTES

2. Con fecha 19 de julio de 1999 se suscribió el Contrato de Concesión entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante El Concedente) y la empresa Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante FETRANSA o el Concesionario).
3. Mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN de fecha 29 de octubre de 2008, se interpretó el numeral i) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de acuerdo a lo siguiente:

*“**Artículo 3°.- INTERPRETAR** la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, suscrito por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano, con Ferrocarril Transandino S.A., en los términos siguientes:*

- (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.”*

4. Por medio de la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN se resolvió el recurso de reconsideración presentado en contra de la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, sustituyéndose el numeral (i) del artículo 3 de ésta conforme a lo siguiente:

“(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.”

5. Con fecha 19 de junio de 2017, INCA RAIL S.A. (en adelante INCA RAIL) mediante escrito s/n, formuló a FETRANSA una solicitud de acceso a la vía férrea, en las siguientes frecuencias adicionales en la ruta Ollantaytambo – Machupicchu: 4:32-5:55 y 5:44-7:08 (rumbo norte); y, 14:03-15:33 (rumbo sur).
6. Con fecha 11 de julio de 2017, mediante Carta N° 055-2017/DL dirigida a FETRANSA, INCA RAIL modificó su solicitud de acceso a las frecuencias adicionales: 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur) en el tramo Ollantaytambo – Macchupicchu.
7. Mediante la Carta N° 559-GL-2017/FETRANSA, de fecha 08 de setiembre de 2017, FETRANSA declaró improcedente la primera y segunda solicitud de acceso presentadas por INCA RAIL, mediante escrito s/n del 19 de junio de 2017 y Carta N° 055-2017/DL.
8. Mediante escrito s/n, recibido por FETRANSA el 15 de setiembre de 2017, INCA RAIL nuevamente, formula al Concesionario una solicitud de acceso a la vía férrea y facilidades esenciales, en las siguientes frecuencias adicionales en la ruta Ollantaytambo – Machupicchu: 5:44-7:08 y 9:38-11:32 (rumbo norte); y, 14:03-15:33 y 20:03-21:34 (rumbo sur).
9. Mediante Carta N° 602-GL-2017/FETRANSA, de fecha 29 de setiembre de 2017, FETRANSA declaró procedentes las frecuencias adicionales 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur), y declaró improcedentes las frecuencias adicionales 9:38-11:32 (rumbo norte) y 20:03-21:34 (rumbo sur) por razones técnicas y de seguridad.
10. A través de la Carta N° 081-2017/DL, de fecha 05 de octubre de 2017, INCA RAIL manifestó su conformidad con lo resuelto por FETRANSA con relación a la procedencia de las frecuencias adicionales 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur) en la ruta Ollanta – Machupicchu.
11. Con fecha 06 de octubre de 2017, FETRANSA publicó en el Diario Oficial El Peruano y en el diario La República la solicitud de acceso presentada por INCA RAIL a las frecuencias 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur) en la ruta Ollanta – Machupicchu.
12. Según lo señalado en la Carta N° 649-GL-2017/FETRANSA, de fecha 20 de octubre de 2017, PERURAIL S.A. (en adelante PERURAIL) manifestó su interés en las frecuencias antes indicadas mediante comunicación de fecha 13 de octubre de 2017.
13. Por medio de las Cartas N° 648 y 649-GL-2017/FETRANSA, de fecha 20 de octubre de 2017, FETRANSA informó a INCA RAIL y PERURAIL que el mecanismo de acceso era el de subasta, al no ser factible atender las dos solicitudes con la infraestructura disponible, ya que tratándose de las mismas frecuencias no había posibilidad operativa y de infraestructura, de otorgar el acceso a dichas frecuencias a distintos operadores.
14. Mediante Carta N° 088-2017/DL, de fecha 27 de octubre de 2017, INCA RAIL cuestionó que PERURAIL decidiera sumar frecuencias adicionales a la lista de frecuencias que viene operando y que sea FETRANSA quien organice y conduzca la subasta.
15. Mediante Carta N° 090-2017-DL, recibida por OSITRAN el día 03 de noviembre de 2017, INCA RAIL solicitó la intervención del Organismo Regulador en el procedimiento de subasta

de horarios, en el contexto de su Solicitud de Acceso a la Vía Férrea y Facilidades Esenciales, que pretende organizar FETRANSA.

16. A través de la Carta N° 711-GL-2017/FETRANSA, de fecha 03 de noviembre de 2017, FETRANSA elevó al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN la objeción de INCA RAIL como apelación al mecanismo de acceso.
17. Por medio de la Carta N° 106-2017/DL, de fecha 18 de diciembre de 2017, INCA RAIL solicitó al Tribunal de Solución de Controversias encauzar de oficio el expediente y derivarlo al Consejo Directivo y a las autoridades de libre competencia, a fin que dispongan las medidas que resulten necesarias para incorporar reglas de participación a PERURAIL antes de continuar con el proceso de subasta.
18. Mediante Resolución N° 1 del Expediente N° 153-2017-TSC-OSITRAN, de fecha 15 de enero de 2018, el Tribunal de Solución de Controversias declaró el sobreseimiento de lo actuado en el referido expediente, ordenando remitir el mismo al Consejo Directivo de OSITRAN a efectos que evalúe los hechos reseñados en la Resolución y actúe conforme a sus atribuciones.
19. A través de la Carta N° 015-2017/DL, de fecha 05 de febrero de 2018, INCA RAIL señaló que es imprescindible que el Ositrán intervenga directamente en el proceso de subasta, a fin de incorporar algún factor de ajuste que permita equiparar el costo del operador no vinculado con el costo neto del grupo económico de FETRANSA u otras condiciones que garanticen la participación equitativa de los postores en el proceso de subasta, o incluso la conducción de la subasta.
20. Con fecha 07 de febrero de 2018, FETRANSA publicó en el Diario Oficial El Peruano y en el diario La República la convocatoria a la subasta.
21. Por medio de las Cartas N° 019-2017/DL y N° 025-2018/DL, de fecha 09 y 21 de febrero de 2018, respectivamente, INCA RAIL solicitó al Regulador suspender el procedimiento de subasta convocado por FETRANSA hasta que el Consejo Directivo adopte las decisiones y defina los mecanismos correspondientes para que el Ositrán intervenga directamente en el procedimiento de subasta y garantice las condiciones de competencia óptimas evitando afectaciones a la libre competencia.
22. Mediante escrito s/n recibido en fecha 28 de febrero de 2018, FETRANSA señaló que el Contrato de Concesión es claro en definir cuál es el mecanismo de subasta y el factor de competencia aplicable, así como en establecer la obligación de dar un trato igualitario a todos los postores, incluyendo al operador ferroviario vinculado.
23. A través del escrito s/n recibido en fecha 01 de marzo de 2018, PERURAIL indicó entre otros, que en caso OSITRAN adoptara cualquier medida, ello contravendría abiertamente el modelo de concesión otorgado por el Estado Peruano, afectando las actividades económicas de PERURAIL.
24. Por medio del escrito s/n recibido en fecha 02 de marzo de 2018, INCA RAIL señaló, entre otros, que de la interpretación del Contrato de Concesión y teniendo en consideración que el factor de competencia previsto para la subasta regulada en el mismo es la tarifa por uso de vía más alta, es necesario incluir un factor de ajuste aplicable a la evaluación de la propuesta del operador vinculado al Concesionario, con la finalidad de mantener el principio de equidad contenido en el Contrato de Concesión.
25. Mediante el Oficio N° 1985-2018-GSF-OSITRAN de fecha 06 de marzo de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización comunicó a FETRANSA la suspensión del procedimiento de subasta hasta que el Ositrán emita el correspondiente pronunciamiento declarando subsanadas las observaciones planteadas a las Bases del proceso de subasta.

26. A través de la Carta N° 037-2018/DL recibida en fecha 16 de marzo de 2018, INCA RAIL remitió el primer informe “Evaluación Económica de la Equidad del Proceso de Subasta por Acceso a la infraestructura de Fetransa”, señalando que el proceso de subasta actual no garantiza competencia equitativa y que el regulador debe evaluar alternativas en el marco de su facultad de inclusión de condiciones en las bases.
27. Por medio del Oficio N° 2480-2018-GSF-OSITRAN de fecha 20 de marzo de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización comunicó a FETRANSA que el Ositrán viene evaluando que las bases de la subasta garanticen la observancia de lo dispuesto por el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN, en especial de los principios de neutralidad y de no discriminación, precisando que el procedimiento de subasta se encontrará suspendido hasta que el Regulador emita pronunciamiento final.
28. Mediante el escrito s/n recibido en fecha 22 de marzo de 2018, FETRANSA indicó, entre otros, que el Contrato de Concesión es claro respecto a cuál es el procedimiento de subasta que debe seguirse y cuál es el factor de competencia que debe aplicarse, y que el Contrato de Concesión no contempla la posibilidad de establecer condiciones distintas que pudieran afectar la participación de PERURAIL, como puede ser la aplicación de un “factor de ajuste”.
29. Mediante escrito s/n, recibido el 03 de mayo de 2018, PERURAIL solicitó al organismo regulador el levantamiento de la suspensión del proceso de subasta sin incorporar modificaciones en las Bases que contravengan lo dispuesto en el Contrato de Concesión.
30. A través de la Carta N° 063-2018/DL, recibida el 24 de mayo de 2018, INCA RAIL remitió el Informe Final “Evaluación Económica de la Equidad de Servicio en la Competencia del Proceso de Subasta por Acceso a la Infraestructura de Fetransa” y el Informe Final “Análisis de la Subasta de Horarios del Ferrocarril Sur Oriente y sus Efectos sobre la Competencia”, señalando que los mismos analizan y concluyen que el proceso de subasta actual no garantiza competencia equitativa y que el regulador debe evaluar alternativas en el marco de su facultad de inclusión de condiciones en las bases, prevista en el artículo 92 del REMA.
31. Por medio del escrito s/n de fecha 28 de junio de 2018, PERURAIL remitió el Informe Económico elaborado por el Economista José Luis Bonifaz, señalando que el mismo concluye, entre otros, que los argumentos que sustentan el pedido de suspensión del procedimiento de subasta por parte de INCA RAIL no han demostrado la existencia de una competencia inequitativa y que contravienen el modelo económico del sector ferroviario, la teoría económica del Contrato de Concesión y los objetivos del REMA.
32. Mediante la Carta N° 348-GL-2018/FETRANS, de fecha 04 de julio de 2018, FETRANSA remitió el Informe Legal elaborado por el Estudio Rodrigo, Elias & Medrano, señalando que dicho Informe detalla los motivos por los cuales los informes económicos presentados por INCA RAIL contravienen el Contrato de Concesión, así como el marco legal que prima entre el Estado y el Concesionario.
33. Mediante escrito s/n, recibido el 20 de julio de 2018, PERURAIL señala al Regulador que no existe ninguna ventaja competitiva de su empresa en perjuicio de INCA RAIL o de cualquier otro operador, que justifique que el Ositrán incluya en la subasta condiciones que no fueron previstas en el Contrato de Concesión, lo cual contravendría expresamente el contenido del mismo, generando incertidumbre y afectando la seguridad jurídica, adjuntando el documento Análisis de las participaciones de mercado en los mercados relevantes del Ferrocarril Sur Oriente, elaborado por el Economista José Luis Bonifaz.
34. A través de la Carta N° 399-GL-2018/FETRANS, de fecha 23 de julio de 2018, FETRANSA remitió el Informe elaborado por el Estudio Bullard Falla Ezcurra Abogados, señalando entre otros, que la incorporación de condiciones en las bases de la subasta formuladas por INCA RAIL son contrarias a las reglas establecidas en el Contrato de Concesión respecto al factor

de competencia en la subasta, el diseño de la Concesión y la participación del Operador Vinculado.

35. Mediante escrito s/n, recibido el 10 de agosto de 2018, PERURAIL hizo llegar al Regulador el informe titulado "Comentarios a los documentos de APOYO CONSULTORÍA Y MACROCONSULT sobre el proceso de subasta por el acceso a la infraestructura de FETRANSA, elaborado por el economista José Luis Bonifaz, mediante el cual se analizan los informes preparados por tales consultoras y presentados por la empresa INCA RAIL.
36. Por medio de la Carta N° 103-2018/DL, de fecha 17 de agosto de 2018, INCA RAIL presentó sus argumentos y comentarios respecto a los documentos remitidos por FETRANSA y PERURAIL, señalando que las propuestas de INCA RAIL no tienen por objeto sugerir una modificación del Contrato de Concesión, sino garantizar su contenido y finalidad.
37. A través de la Carta N° 529-GL-2018/FETRANSA, de fecha 26 de septiembre de 2018, FETRANSA presentó sus comentarios a las propuestas de incorporación a las bases de la subasta, formuladas por INCA RAIL en su Carta N° 103-2018/DL.
38. Mediante Carta N° 124-2018/DL, de fecha 28 de septiembre de 2018, INCA RAIL presentó el "Informe Aclaratorio en relación a los informes económicos y legales de Fetransa y Perurail", elaborado por Apoyo Consultoría, el Informe ampliatorio "Análisis de la Subasta de Horarios del Ferrocarril Sur Oriente y sus efectos sobre la Competencia", elaborado por Macroconsult, así como el Segundo Informe Aclaratorio de los "Comentarios a los documentos de Apoyo Consultoría y Macroconsult sobre el proceso de subasta por el acceso a la infraestructura de Fetransa", elaborado por Apoyo Consultoría.
39. Por medio de la Carta s/n de fecha 23 de octubre de 2018, PERURAIL presentó el escrito titulado "Comentarios a los documentos: "Respuesta a los comentarios presentados por Peru Rail" elaborado por APOYO CONSULTORÍA – "Informe ampliatorio de análisis de la subasta de horarios del Ferrocarril Sur Oriente y sus efectos sobre la competencia" elaborado por MACROCONSULT", elaborado por el Economista José Luis Bonifaz.
40. Mediante Informe Conjunto N° 022-18-IC-OSITRAN, del 21 de noviembre de 2018, las Gerencias de Asesoría Jurídica, de Regulación y Estudios Económicos, y de Supervisión y Fiscalización, advirtieron que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión podría llevar al menos a dos posibles lecturas:
 - (i) Que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión al momento de indicar que la selección del ganador de una subasta entre Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, indica que dicha selección se efectuará siguiendo únicamente ese criterio, garantizando con ello un trato igualitario a los postores que participen de la subasta, no pudiéndose añadir otro criterio para determinar al ganador de la misma.
 - (ii) Que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión si bien señala que la selección del ganador de una subasta entre Operadores se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, éste debe ser leído a la luz del Principio de Equidad previsto en la citada cláusula, a partir de lo cual, se podrían establecer condiciones que, sin modificar el factor de competencia antes indicado, permitan generar competencia en los procesos de subasta en los que participa el usuario intermedio vinculado al concesionario.
41. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, de fecha 27 de noviembre de 2018, se dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de la Administración del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

42. Asimismo, se otorgó un plazo máximo de diez (10) días hábiles para que FETRANSA y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su condición de Partes del Contrato de Concesión, remitan su posición al Ositran, de considerarlo pertinente.
43. De igual forma, se otorgó un plazo máximo de diez (10) días hábiles para que PeruRail, Inca Rail, Ferrovías Central Andina S.A. (FVCA) y Ferrocarril Central Andino S.A. (FCCA), en su condición de terceros interesados, remitan su posición a Ositran, de considerarlo pertinente.
44. Mediante el Escrito s/n, recibido el 11 de diciembre de 2018, PeruRail remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos.
45. Por medio del escrito s/n, recibido el 11 de diciembre de 2018, Ferrocarril Central Andino S.A. remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN.
46. A través del escrito s/n, recibido el 11 de diciembre de 2018, Ferrovías Central Andina S.A. remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN.
47. Mediante Carta N° 140-2018/DL, de fecha 11 de diciembre de 2018, Inca Rail remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos.
48. Por medio del Escrito N° 1, recibido el 11 de diciembre de 2018, FETRANSA remitió sus comentarios a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo que se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos.
49. A través del Oficio N° 0039-2019-MTC/25, recibido el 04 de enero de 2019, el MTC remitió el Informe N° 009-2019-MTC/25 en el que emite su opinión en relación a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN.
50. Mediante Carta N° 003-2019/DL, recibida el 08 de enero de 2019, Inca Rail remitió el Informe denominado "Análisis de la Interpretación del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente acerca de la intervención del Ositrán en el proceso de subasta" elaborado por Apoyo Consultoría, y el Informe denominado "Informe sobre la interpretación del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente" elaborado por Macroconsult.
51. Con fecha 09 de enero de 2019, a las 10:30 horas, se realizó la audiencia de uso de la palabra de Inca Rail.
52. Por medio del escrito s/n, recibido el 18 de enero de 2019, PeruRail remitió argumentos complementarios a los previamente presentados en su oportunidad.
53. A través de la Carta N° 015-2019/DL, recibida el 23 de enero de 2019, Inca Rail remitió el Informe elaborado por Shoschana Zusman.
54. Con fecha 23 de enero de 2019, a las 12:10 horas, se realizó la audiencia de uso de la palabra de PeruRail. Asimismo, a las 12:30 horas del mismo día, se realizó la audiencia de uso de la palabra de FETRANSA.
55. A través de los Oficios N° 009, 010, 011, 012, 013 y 014-2019-SCD-OSITRAN, de fecha 28 de enero de 2019, se comunicó al MTC, FETRANSA, Inca Rail, PeruRail, FVCA y FCCA, respectivamente, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2158-660-19-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el Informe N° 004-2019-GAJ-OSITRAN, en la que se sustenta la

determinación del plazo del procedimiento administrativo de interpretación de oficio del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.

56. Mediante Carta N° 040-2019/DL, recibida el 19 de febrero de 2019, Inca Rail presentó alegaciones adicionales a los presentados en su oportunidad.
57. Por medio del escrito s/n presentado en fecha 21 de febrero de 2019, PeruRail remitió sus alegatos finales, adjuntando como medio probatorio, el Informe denominado "El concepto de equidad para el acceso contenido en el contrato de concesión del Ferrocarril Sur Oriente", elaborado por el economista José Luis Bonifaz.
58. A través del escrito N° 2 presentado en fecha 22 de febrero de 2019, FETRANSA remitió argumentos adicionales, adjuntando el Informe Complementario elaborado por Alonso & Muñoz, así como la opinión legal del Dr. Eduardo Benavides Torres.
59. Mediante los Oficios N° 047, 048, 049, 050, 051 y 052-2019-SCD-OSITRAN, de fecha 07 de marzo de 2019, se comunicó al MTC, FETRANSA, Inca Rail, PeruRail, FVCA y FCCA, respectivamente, el Acuerdo de Consejo Directivo N° 2168-665-19-CD-OSITRAN, mediante el cual se aprueba el Informe N° 031-2019-GAJ-OSITRAN, en el que se sustenta la ampliación de plazo para la remisión de informe a fin de resolver el procedimiento administrativo de interpretación de oficio del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. Dicha ampliación de plazo obedeció a la complejidad del caso materia de análisis, puesto que durante el presente procedimiento, los administrados han presentado diversos informes de orden económico y legal.
60. Por medio de la Carta N° 089-2019/DL, recibida el 8 de abril de 2019, INCA RAIL presentó alegatos complementarios.
61. A través del Oficio N° 1505-2019-MTC/19, recibido el 6 de mayo de 2019, el MTC remitió documentación presentada por FETRANSA ante la Dirección General de Programas y Proyectos de Transportes del MTC, a fin que sea tomada en cuenta en la evaluación correspondiente.
62. Mediante escrito s/n recibido el 10 de mayo de 2019, PERURAIL remitió un resumen de los principales argumentos que sustentan su posición.
63. Con fecha 12 de junio de 2019, las Gerencias de Regulación y Estudios Económicos, de Supervisión y Fiscalización y de Asesoría Jurídica remitieron a la Gerencia General de OSITRAN el Informe Conjunto N° 0083-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF), mediante el cual se emite opinión respecto del procedimiento de interpretación de oficio del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.
64. El 19 de junio de 2019 se llevó a cabo la Sesión del Consejo Directivo, en la que luego del respectivo debate, los miembros del Consejo Directivo solicitaron a las Gerencias que se realicen ajustes al Informe Conjunto N° 0083-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF), los cuales se encuentran recogidos en el presente documento.

II. ANÁLISIS

65. Según lo señalado en el objeto del presente Informe, se abordarán y evaluarán los siguientes puntos:
 - A. Marco jurídico de la interpretación del Contrato de Concesión.
 - B. Criterios de interpretación aplicables según el Contrato de Concesión.
 - C. Disposición contractual objeto de interpretación.
 - D. Posiciones de las Partes y terceros interesados.
 - E. Análisis del Regulador.

A. MARCO JURÍDICO DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

66. El inciso e) del numeral 7.1 del artículo 7 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° 26917¹, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.
67. Asimismo, el artículo 29° del Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, (en adelante REGO), dispone que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura². La referida norma reglamentaria también precisa que la interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; pudiendo ser parte de la interpretación, el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares. Así, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance.
68. En esa línea, mediante Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN de fecha 17 de noviembre de 2004, el Consejo Directivo de OSITRAN, en virtud a las facultades legalmente otorgadas y comentadas anteriormente, aprobó los “Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de Contratos de Concesión” (en adelante, los Lineamientos), cuyo objeto es establecer los principios que serán de aplicación en los casos en que se interpreten los contratos de concesión, así como en la preparación de opiniones técnicas de OSITRAN con relación a las solicitudes de modificación y reconversión de los contratos de concesión.
69. De esta manera, el numeral 6.1 de los Lineamientos precisa que el Ositrán puede interpretar de oficio o a solicitud de parte el alcance de los contratos en virtud de los cuales se explota la infraestructura de transporte de uso público bajo su ámbito de competencia; advirtiéndose que, pueden solicitar la interpretación del contenido de un Contrato de Concesión los siguientes agentes: el Concesionario, el Concedente y los terceros legítimamente interesados.
70. De esta forma, el marco normativo vigente establece la facultad de OSITRAN de realizar de oficio la interpretación de las disposiciones contractuales que regulan los derechos y obligaciones del Concesionario y Concedente, para lo cual es necesario determinar si existe alguna cláusula ambigua, oscura o dudosa que requiera ser interpretada a fin de posibilitar su aplicación, acorde con lo establecido en el marco legal vigente y los Lineamientos de OSITRAN.
71. De acuerdo a lo previsto en los Lineamientos, se entiende por interpretación aquella aclaración o explicación sobre el sentido y significado del Contrato de Concesión. Así, la interpretación de un contrato busca determinar de manera precisa cuál es el verdadero sentido, finalidad y alcance de las cláusulas contractuales, a fin de posibilitar su aplicación, cuando éstas son ambiguas, oscuras o poco claras.

¹ **Ley N° 26917.- “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.**
(...).”

² Dicha disposición también se encuentra recogida en el inciso 7 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN (ROF), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual señala que es función del Consejo Directivo el interpretar los Contratos de Concesión y títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

72. Asimismo, de conformidad con los Lineamientos, OSITRAN interpreta los Contratos de Concesión, de oficio o a solicitud de parte, utilizando diversos métodos de interpretación, entre ellos: (i) el literal, que se limita a declarar el alcance que surge de las palabras empleadas en el contrato, sin restringir ni ampliar su alcance; (ii) el lógico, que resuelve lo que se quiso decir en la cláusula sujeta a interpretación, a través de la determinación del espíritu de lo pactado - *ratio legis* -; (iii) el sistemático, por comparación con otras cláusulas, el cual busca atribuirle sentido a la cláusula ubicando principios o conceptos que hayan sido establecidos en el propio contrato; y, (iv) el histórico, que implica recurrir a contenidos de antecedentes del Contrato de Concesión o normas directamente, detectando la intención del promotor de la inversión privada.
73. Al respecto, Barchi (2007) sostiene que por interpretación debe entenderse a aquella “(...) *operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como ‘voluntad común’ de una determinada regulación contractual*”. Para tal efecto, precisa que: “*Como el contrato es un acuerdo, es decir, un recíproco consenso el significado del contrato debe responder a aquello que las partes han entendido establecer; por tanto, la interpretación no está dirigida a determinar la voluntad de una y de la otra parte, sino la voluntad ‘común’ que se traduce en el acuerdo*”³.
74. En el mismo sentido, Vidal Ramírez (2007) agrega que “(...) *la labor hermenéutica deba consistir en establecer cómo es que se ha querido ‘crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial’*. Para ello, *el intérprete podrá hacer uso de diversos métodos de interpretación, como pueden ser el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico, el analógico y el de los usos y costumbres, conjugándolos en lo que pueda contribuir a esclarecer ‘lo expresado’ como reflejo de la voluntad interna de los contratantes. Pero como lo dispone el artículo 168, sometido al principio de buena fe.*”⁴
75. De igual forma, Massimo Bianca (2007) señala que “*el contrato se presenta como un acuerdo recíproco y... por tanto, el significado del contrato es aquello que las partes pretendieron establecer, pretensión que adquiere valor en cuanto se haya objetivado y se haya hecho reconocible. La interpretación no se dirige a comprobar la voluntad de uno y otro contratantes, sino aquella voluntad que se haya traducido en el acuerdo.*”⁵
76. Así, como se ha indicado anteriormente, se interpreta un contrato ante la existencia de una cláusula oscura, dudosa o ambigua, con la finalidad de determinar cuál es su verdadero sentido, finalidad y alcance, aceptando en todo momento que las Partes adoptaron su contenido actuando de buena fe; todo esto con la finalidad de posibilitar su aplicación. En efecto, con la interpretación contractual se pretende desentrañar el entendimiento de lo declarado por las Partes y lo que sobre ello establece el orden jurídico. Interpretar, entonces, consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, lo que, sin embargo, no puede lograrse si no se examinan las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos.
77. En ese sentido, la interpretación versa sobre las cláusulas contenidas en el Contrato de Concesión, lo cual no tiene como propósito la integración de disposiciones no contempladas en dicho contrato o cubrir vacíos contractuales, pues ello excedería el marco legal vigente y las competencias de este Organismo Regulador. Por tanto, el Ositrán no se encuentra facultado a crear obligaciones que no se encuentren contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, tal como lo dispone el último párrafo del numeral 6.1 de los Lineamientos del Ositrán, toda vez que ello implicaría suplir ilegítimamente las voluntades de las Partes.

³ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, *La Interpretación del Contrato en el Código Civil Peruano de 1984*. En: *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Lima, Editora Jurídica Grijley, Tomo III, 2007. p.1768.

⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La interpretación del Contrato en el Derecho Peruano*. En: *Op. Cit.* Tomo II. p. 1649.

⁵ BIANCA, Massimo. *Derecho Civil, el Contrato*. Universidad Externado de Colombia. 2007. p. 430.

B. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICABLES SEGÚN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

78. De manera adicional a las reglas de interpretación previstas antes señaladas, se debe tener presente también los criterios de interpretación previstos en la cláusula primera del Contrato de Concesión, relativa, entre otras, a las reglas de interpretación, tal como se señala a continuación:

“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 expresa 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 este Contrato tendrá el significado que le atribuyan las Bases, y en caso dicho término no este 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 dichos 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.

Cualquier referencia a una Autoridad Gubernamental determinada deberá entenderse efectuada a la misma o a cualquier entidad que la sustituya o suceda o a quien dicha Autoridad Gubernamental designe para cumplir los actos señalados en este Contrato o en las Leyes Aplicables.

Si cualquier término o disposición de este 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 de este Contrato.⁵”

(Pie de página omitido)

79. Es así que las mencionadas reglas de interpretación establecidas en el Contrato de Concesión deben ser consideradas para el análisis del presente Informe, en lo que resulte pertinente.

C. DISPOSICIÓN CONTRACTUAL OBJETO DE INTERPRETACIÓN

80. El numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, cuya interpretación es materia de análisis, dispone lo siguiente:

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

Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN están legitimados para iniciar procedimientos ante INDECOPI, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

Las obligaciones previstas en los párrafos precedentes también alcanzan, respecto de cualquier persona que solicite sus servicios, a cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario o, en general, a cualquier tercero que opere Servicios Complementarios, con autorización del Concesionario, debiendo este último supervisar su cumplimiento.

En caso que dos o más Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario deseen usar al mismo tiempo el mismo segmento de Línea Férrea o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro, por el momento en que ambos Servicios desean ser desarrollados, el Concesionario queda obligado, a partir del segundo Año de Concesión, a:

- (i) *Desarrollar un concurso para seleccionar a cual de ellos se adjudica el horario solicitado, en el que podrán participar los Operadores antes citados y cualquier otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. La convocatoria a concurso deberá efectuarse obligatoriamente 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 en el mismo segmento de Línea Férrea y/o en la misma frecuencia o en cualquiera de ellas que limite, restrinja o impida el Servicio de Transporte Ferroviario desarrollado por otro Operador. El pedido de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario no originará un concurso cuando el horario involucrado hubiera sido adjudicado previamente mediante el mecanismo de concurso aquí regulado.*

A fin de permitir la realización de este concurso, el Concesionario está obligado a incluir en sus relaciones con Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario una estipulación expresa en el sentido que cualquier horario convenido está supeditado en su vigencia a la realización de un concurso por dicho horario, en caso existiera pluralidad de interesados conforme a lo previsto en este Contrato.

- (ii) *La convocatoria a concurso deberá publicarse en un diario de circulación nacional, al menos diez Días antes de la fecha en que se realice la subasta. La subasta se realizará ante Notario Público, quien deberá certificar que los interesados acrediten su condición de Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario mediante el respectivo Permiso de Operación otorgado conforme a las Leyes Aplicables. El Notario Público deberá levantar un acta correspondiente a la subasta en la que identifique a los interesados, sus ofertas y al ganador del concurso, en base al criterio de selección establecido en el siguiente literal.*

El Concesionario está obligado a enviar al Concedente y a OSITRAN, respectivamente, una copia certificada del acta notarial antes mencionada.

- (iii) *La selección del ganador del concurso se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, teniendo como base a la tarifa establecida en el numeral 7.1. de este Contrato. En este supuesto de competencia entre Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario la tarifa establecida en el numeral 7.1. de este Contrato no será aplicable como la suma máxima que el Concesionario puede cobrar por el uso de vía.*

(...)"

81. En dicho contexto, a través del Informe Conjunto N° 022-18-IC-OSITRAN, del 21 de noviembre de 2018, las Gerencias de Asesoría Jurídica, de Regulación y Estudios Económicos, y de Supervisión y Fiscalización, advirtieron que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión podría llevar al menos a dos posibles lecturas:

- (i) Que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión al momento de indicar que la selección del ganador de una subasta entre Operadores del Servicio

de Transporte Ferroviario se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, indica que dicha selección se efectuará siguiendo únicamente ese criterio, garantizando con ello un trato igualitario a los postores que participen de la subasta, no pudiéndose añadir otro criterio para determinar al ganador de la misma.

- (ii) Que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión si bien señala que la selección del ganador de una subasta entre Operadores se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, éste debe ser leído a la luz del Principio de Equidad previsto en la citada cláusula, a partir de lo cual, se podrían establecer condiciones que, sin modificar el factor de competencia antes indicado, permitan generar competencia en los procesos de subasta en los que participa el usuario intermedio vinculado al concesionario.

- 82. En tal sentido, por medio de la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN, de fecha 27 de noviembre de 2018, se dispuso el inicio del procedimiento de interpretación de oficio del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de la Administración del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

D. POSICIONES DE LAS PARTES Y TERCEROS INTERESADOS

- 83. En el presente procedimiento se han recibido los comentarios de FETRANSA, PERURAIL, INCA RAIL, FCCA, FVCA y el MTC, por lo que para efectos de claridad en el desarrollo del presente informe, se resumirán y agruparán los mismos conforme al detalle que se muestra a continuación.

D.1. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL AÑO 2008 y 2009

- 84. PERURAIL, FVCA y FCCA señalan que, a través de la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán determinó que, mediante la interpretación, no puede limitarse o modificarse los derechos otorgados a las partes en el Contrato de Concesión, por lo que la Cláusula 7.6 del Contrato es clara y no requiere interpretación alguna.
- 85. Dichas partes manifiestan que por medio de la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN, el Ositrán concluyó que el diseño del Contrato de Concesión debe respetarse, lo cual constituye un límite para el Regulador en relación a su función de interpretación, agregando que la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión ya había sido objeto de revisión, sin que en dicho momento haya sido necesario pronunciamiento alguno respecto a lo estipulado en el numeral iii).
- 86. Finalmente, PERURAIL, FVCA y FCCA alegan que a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN ya se había indicado que los futuros problemas en cuanto al acceso del servicio de transporte ferroviario no justificarían un nuevo procedimiento de interpretación, pues ello implicaría una modificación al Contrato de Concesión, por lo que al iniciar el Regulador un nuevo procedimiento de interpretación, contravendría los principios de buena fe procedimental y predictibilidad establecido en el TUO LPAG, puesto que lo que se espera de la Autoridad Administrativa es que sus decisiones no sean modificadas en perjuicio de los administrados luego de haber generado expectativas legítimas en ellos.
- 87. En otro extremo, INCA RAIL señala que se debe tomar en cuenta que en el diseño del concurso el Concesionario tiene la obligación de garantizar los Principios de Neutralidad y No Discriminación, lo que inclusive ha sido reconocido en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN y N° 023-2009-CD-OSITRAN, por lo que la interpretación que realice el Regulador en el presente caso no debe desconocer lo antes

interpretado, siendo que en caso ello no ocurra, el Regulador puede limitar la participación como postor del operador vinculado, revocando la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN.

D.2. SOBRE LA APLICACIÓN DEL REMA EN EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA

88. FETRANSA y PERURAIL señalan que conforme a la segunda disposición complementaria del REMA, su aplicación es supletoria a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, por tanto, el REMA no es aplicable respecto de aquellos aspectos previstos de manera expresa en el Contrato. En tal sentido, indican que el numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión ha contemplado expresamente que existe un único factor de competencia para una subasta de acceso (tarifa por uso de vía más alta), no siendo aplicable supletoriamente el REMA respecto de dicho aspecto y, por ende, no es aplicable su artículo 92.
89. Adicionalmente, conforme se señala en informe presentado por FETRANSA el 22 de febrero de 2019, los mecanismos de acceso establecidos en el Contrato de Concesión han creado condiciones de competencia real y potencial que han beneficiado al consumidor, por lo que no habría justificación para que el OSITRÁN, apelando al artículo 92° del REMA, incorpore otros factores de evaluación de ofertas, además de la TUV, en la subasta de frecuencias.
90. Por su parte, INCA RAIL y el MTC indican que el Ositrán cuenta con facultades para intervenir en la ejecución de los contratos de concesión, que lo habilitan para incorporar condiciones en las bases del procedimiento de subasta, sin modificar el factor de competencia, conforme a lo establecido en el REMA, asegurando la competencia entre el operador vinculado y el o los operadores no vinculados que participen en la subasta.
91. Conforme se señala en el informe presentado por INCA RAIL el 8 de enero de 2019, el marco regulatorio vigente faculta al OSITRÁN a fomentar y preservar la libre competencia y la no discriminación en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público. En línea con ello, el artículo 92 del REMA establece que el OSITRÁN puede observar las bases de los procesos de subasta y requerir la inclusión de condiciones necesarias para impedir un tratamiento privilegiado o violatorio de los principios de neutralidad y no discriminación. Considerando ello, el regulador se encuentra facultado para requerir la inclusión de condiciones que promuevan la competencia y la eficiencia en el acceso de facilidades esenciales, previniendo prácticas anticompetitivas como subsidios cruzados.

D.3. SOBRE LA CLÁUSULA MATERIA DE INTERPRETACIÓN

92. FETRANSA, PERURAIL, FVCA y FCCA argumentan que, la interpretación del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, implicaría que el Ositrán modifique el Contrato de Concesión, siendo que dicha atribución de modificación contractual corresponde a las partes del Contrato, mediante un acuerdo previo. Asimismo, señalan que vía interpretación no resulta posible crear o reducir derechos y obligaciones que hayan sido pactados previamente por las partes al momento de celebrar el Contrato de Concesión.
93. FETRANSA y PERURAIL indican que el factor de competencia fue materia de discusión durante el proceso de licitación, siendo que en las Bases del Contrato de Concesión se eliminó expresamente la posibilidad que el Ositrán incorpore otros factores de competencia para la subasta, lo que demuestra que la voluntad de las partes fue que el Ositrán no pudiera incorporar un factor de competencia adicional para la subasta. Así, a juicio de dichas partes, la incorporación de condiciones al procedimiento de subasta conllevaría necesariamente a la modificación del referido Contrato.
94. FETRANSA alega que, en todos los métodos de interpretación se pueden concluir que la tarifa por uso de vía más alta, como Factor de Competencia, es el único criterio que deberá aplicar el Concesionario durante la ejecución de una subasta para la selección del ganador de la misma, y así garantizar un trato equitativo entre los Operadores. Sobre el particular, indica que existen pronunciamientos del Ositrán relativos a procedimientos de modificación del Reglamento de Acceso (REA) de FETRANSA, y de subasta, en los que se señala que

el factor de competencia establecido en el numeral iii) de la Cláusula 7.6 de Contrato de Concesión, no puede ser modificado por las propuestas planteadas en dichos procedimientos.

95. Por su parte, FVCA y FCCA señalan que, someter a interpretación los términos establecidos en el Contrato de Concesión, pone en riesgo el factor de competencia para determinar al ganador en el procedimiento de subasta para la asignación de horarios, por lo que, si este se modifica, las condiciones con las que FCCA postulará en un eventual procedimiento de subasta lo pondrá en desventaja frente a las que se establezcan para los operadores no vinculados.
96. Por su parte, INCA RAIL y el MTC coinciden en señalar que si bien el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión establece a la tarifa por uso de vía más alta como factor de competencia para determinar al ganador de la subasta, ello no amerita que deba ser leído de manera aislada del concepto de equidad regulado en el numeral i) de la misma cláusula, permitiendo establecer condiciones que, sin modificar el factor de competencia generen competencia en los procesos de subasta en los que participa el usuario intermedio vinculado al Concesionario, evitando cualquier trato discriminatorio.
97. A juicio del MTC, el numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión no ha regulado el supuesto de competencia entre un operador vinculado y un operador no vinculado, pero sí reconoce de forma expresa la obligación del Concesionario de no discriminar estando prohibido de realizar conductas que distorsionen o restrinjan la libre competencia. Así, el MTC concluye que al ser el factor de competencia la tarifa por uso de vía más alta, y teniendo en cuenta que el Concesionario posee en exclusividad el derecho de administración y acceso a la vía férrea, resulta necesario incluir un factor de equiparamiento aplicable a la evaluación de la propuesta del operador vinculado, a fin de mantener el principio de equidad regulado en la Cláusula 7.6 del Contrato, ya que no existiría equidad si se aplican las mismas reglas a quienes están en diferente situación.
98. Sobre el particular, PERURAIL señala que no existe un vacío contractual, considerando que el MTC reconoce que el factor de competencia sí está regulado en el Contrato de Concesión. Igualmente, indica que la discusión sobre la existencia de un vacío contractual en el Contrato de Concesión al no regular el supuesto de competencia entre un operador vinculado y otro no vinculado ya fue materia de interpretación mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN.

D.4. SOBRE LOS ASPECTOS ECONÓMICOS A TENER EN CONSIDERACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN

99. El 08 de enero de 2019, INCA RAIL remitió dos informes económicos⁶, a fin de sustentar la necesidad de interpretar el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, teniendo en consideración las condiciones de competencia prevalecientes en el mercado. En particular, considerando la existencia de un limitado nivel de competencia en la provisión del servicio de transporte ferroviario en varios tramos de la vía, la presencia de un operador vinculado al Concesionario que ostentan un poder de mercado significativo, altos costos fijos, elevadas barreras a la entrada y la ausencia de competencia multimodal.
100. Así, conforme a lo señalado en dichos informes, la interpretación debe integrar los objetivos de competencia en el proceso de asignación de horarios con otros principios regulatorios y contractuales, como el de no discriminación, con el fin de garantizar la observancia de la equidad en la prestación de los servicios de transporte ferroviario, previniendo prácticas

⁶ En particular, los siguientes informes:

- "Análisis de la interpretación del contrato de concesión del ferrocarril sur y sur oriente acerca de la intervención del ositran en el proceso de subasta" elaborado por Apoyo Consultoría y remitido por INCA RAIL el 8 de enero de 2019.
- "Informe sobre la interpretación del numeral III) de la cláusula 7.6 del contrato de concesión del Ferrocarril del Sur y Sur-Oriente" elaborado por Macroconsult y remitido por INCA RAIL el 8 de enero de 2019.

anticompetitivas. En particular, se podrían incorporar otros elementos, tales como: (i) un precio de reserva o tope; (ii) una gestión más comprehensiva de la malla horaria; (iii) la participación en frecuencias contiguas ya adjudicadas; (iv) la conveniencia de requerir el inicio de operaciones de las frecuencias asignadas; o, (v) la posibilidad de múltiples rondas en la subasta.

101. Por su parte, mediante escritos de fecha 11 de diciembre de 2018 y 22 de febrero de 2019, FETRANSA presentó dos informes económicos⁷, en los cuales se señala que la existencia de integración entre PERURAIL y el Concesionario no le otorga al primero una ventaja indebida en la subasta. Ello toda vez que, bajo el principio de maximización conjunta de la utilidad, resulta más beneficioso para el operador vinculado no ganar la subasta que establecer una puja mayor al valor de la frecuencia subastada. Así, a juicio de FETRANSA, el operador vinculado no tiene incentivos para ofertar una tarifa mayor que el valor de la frecuencia.
102. En los informes económicos también se señala que el mercado de transporte ferroviario es un mercado competitivo, lo cual se ve reflejado en el crecimiento experimentado por el número de pasajeros desde el inicio de la concesión. Asimismo, se observa la existencia de rivalidad en el mercado, en el sentido de que ambos competidores participan activamente en el desarrollo de éste. Por lo tanto, el diseño del mercado de integración vertical ha cumplido con su objetivo de promover la competencia, habiendo motivado que PERU RAIL expandiera su oferta, aun antes de la entrada de otros competidores.
103. Por tanto, en los informes presentados por FETRANSA se concluye que las condiciones de acceso establecidas en el contrato de concesión han creado condiciones de competencia real y potencial que han beneficiado al consumidor, por lo que no parece haber justificación para que el Ositrán incorpore otros factores de evaluación de ofertas en las subastas de frecuencias, además de la Tarifa por Uso de Vía más alta.
104. En la misma línea, en el marco del procedimiento de interpretación, PERU RAIL ha presentado dos informes económicos⁸ a fin de sustentar que el servicio de transporte ferroviario de pasajeros se brinda bajo competencia en el mercado, pues existen bajos niveles de barreras de entrada y de costos hundidos, lo que lo hace un mercado contestable.
105. Asimismo, se señala que existe equidad para el acceso a la vía férrea toda vez que existen autoridades como el Ositrán y el Indecopi que lo garantizan. En consecuencia, en el mercado no existe una situación preexistente de inequidad que amerite la modificación -vía interpretación- de la cláusula en cuestión. Finalmente, señala que las alternativas planteadas por INCA RAIL para incorporar en la subasta (como la especificación de un precio de reserva tope) son inefectivas o perjudiciales para los fines de la subasta. Incluso implicaría que INCA RAIL aumente su participación de mercado hasta alcanzar a ser un monopolio.

E. ANÁLISIS DEL REGULADOR

E.1 DE LA INTERPRETACIÓN DEL AÑO 2008 Y 2009

106. En primer término, debe señalarse que, durante el proceso de concesión, con la finalidad de que la continuidad de la operación del sistema ferroviario no se vea afectada por la

⁷ En particular, los siguientes informes:

- “Análisis Económico de la subasta de Frecuencias en el FSO” elaborado por Alonso & Muñoz y remitido por Fetransa el 11 de diciembre de 2018.
- “Análisis de la competencia en el ferrocarril Sur-Oriente” elaborado por Alonso & Muñoz y remitido por Fetransa el 22 de febrero de 2019.

⁸ En particular, los siguientes informes::

- Presentación del Estudio Echeconpar en la sesión de Uso de palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN con fecha 23 de enero de 2019.
- “El concepto de equidad para el acceso contenido en el contrato de concesión del Ferrocarril Sur Oriente” elaborado por el consultor José Luis Bonifaz Fernández y remitido por PERU RAIL el 21 de febrero de 2019.

transferencia de la Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENAFER) al Concesionario⁹, se ampliaron los términos de las bases y se estableció que el ganador debía contar con un operador que preste el servicio de transporte ferroviario, ya sea que lo contrate o que constituya una persona jurídica que actúe como operador de servicios de transporte ferroviario¹⁰. Asimismo, se estableció que la composición accionarial del operador vinculado aguas abajo debía ser la misma que la del Concesionario, con lo cual, la integración entre el Concesionario y su operador vinculado sería del 100%¹¹.

107. Considerando ello, el Concesionario constituyó la empresa PERURAIL, para dar continuidad al servicio de transporte de carga y pasajeros: no obstante, el Contrato de Concesión estableció que la actividad del transporte ferroviario queda bajo el régimen de libre competencia, con la posibilidad que en dicho mercado actúe el Concesionario mediante un operador vinculado.
108. Asimismo, bajo el diseño de la Concesión no se fijaron tarifas para los usuarios finales (es decir, los pasajes), sino que el mecanismo de fijación de dichos precios es el resultado de la competencia entre los operadores ferroviarios.
109. Bajo dicha premisa, en el año 2008, INCA RAIL mediante escrito S/N de fecha 01 de julio de 2008 planteó una solicitud de interpretación alegando que el operador ferroviario PERURAIL, vinculado a FETRANSA, se encontraba impedido de participar en el procedimiento de subasta para el acceso a la línea férrea del Ferrocarril del Sur – Oriente, en el Tramo Cusco – Machu Picchu – Hidroeléctrica, dado que a su entender, el modelo del Contrato de Concesión era uno de desintegración vertical.
110. En atención a ello, el Regulador emitió la Resolución N° 050-2008-CD-OSITRAN, la cual tuvo como objetivo¹² determinar si era posible excluir o no la participación del operador vinculado (PERU RAIL) en la subasta de horarios al Ferrocarril Sur y Sur Oriente, interpretando para dichos efectos, el numeral i) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, y resolviendo que únicamente se permite al operador vinculado participar en la

⁹ En efecto, si el material se alquilaba a un tercero, existía el riesgo de que, en tanto la ENAFER dejara de prestar el servicio de transporte y se alquilaba el material, hubiera un periodo de tiempo en que el servicio ferroviario no se prestara, lo que hubiera perjudicado a los consumidores (turistas y pobladores de las localidades) que necesitan ser transportados en el FSO.

¹⁰ **CIRCULAR N° 017 de la Licitación Pública Especial Internacional para la entrega en Concesión de la administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente.**

Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto por la presente circular.

1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.

2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. En el caso de Consorcios Divisibles, el Adjudicatario deberá contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario para más de un ferrocarril.

(...)

¹¹ **CIRCULAR N° 073**

El Comité Especial precisa que, a la Fecha de Cierre, el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditar el Concesionario que ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea, deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario, de forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participacionistas con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales (...)

¹² En efecto, la Resolución N° 050-2008-CD-OSITRAN señaló como el objetivo de la misma lo siguiente:

“II. OBJETIVO

9. El objetivo del presente acto es emitir un pronunciamiento en relación a la solicitud presentada por Inca Rail relacionada a la interpretación de los alcances de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, en el sentido de determinar si es posible excluir la participación del operador vinculado en la subasta de horarios al FSO. (...)” (Subrayado y resaltado agregado)

subasta, cuando éste se encuentre ocupando el horario solicitado por un nuevo operador (no vinculado)¹³.

111. Luego de ello, mediante escrito de fecha 25 de noviembre del 2008, INCA RAIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 050-2008-CD-OSITRAN, reiterando que el Contrato de Concesión no permite la participación del operador vinculado como postor en los concursos por tramos y horarios.
112. Del mismo modo, FETRANSA interpuso Recurso de Reconsideración parcial contra la Resolución del año 2008, argumentando que su operador vinculado podía participar en cualquier supuesto y no únicamente en el caso en que el operador no vinculado esté ocupando el horario solicitado.
113. Así pues, a través de la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN, se resolvieron los recursos de reconsideración interpuestos, interpretando el numeral i) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión en el sentido que el operador vinculado puede participar en la subasta, independientemente de si se encuentra o no ocupando el horario solicitado, o que dicho horario se encuentre libre¹⁴.
114. De acuerdo a lo expuesto, queda claro que las Resoluciones del año 2008 y 2009 tuvieron como objetivo determinar, vía interpretación del numeral i) de la Cláusula 7.6 del Contrato

¹³ El artículo 3 de la Resolución del año 2008 dispuso lo siguiente:

“Artículo 3º.- INTERPRETAR la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, suscrito por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en representación del Estado Peruano, con Ferrocarril Transandino S.A., en los términos siguientes:

(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. (...) (Subrayado y resaltado agregado)

¹⁴ El artículo Tercero de la Resolución del año 2009 dispuso lo siguiente:

“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 3º 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. >>”

de Concesión, si era posible excluir o no la participación del operador vinculado en la subasta de horarios al Ferrocarril Sur Oriente.

115. Dichas resoluciones constituyen actos administrativos firmes que, contrariamente a lo solicitado por INCA RAIL, no pueden ser revocados o dejados sin efectos.¹⁵ . Asimismo, se aprecia que dichos actos administrativos:

- No se pronuncian sobre el numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, a fin de determinar si el factor de competencia previsto en el mismo (tarifa por uso de vía más alta) acepta o no algún tipo de excepción.
- No indican hasta qué punto OSITRAN puede intervenir en la subasta, considerando que el propio Contrato de Concesión contiene reglas específicas para la misma, como el factor de competencia.

116. Cabe indicar que PERURAIL, FVCA y FCCA, señalan que en la Resolución del año 2009, ya se había indicado que los futuros inconvenientes para el acceso a los servicios de transporte ferroviario, no justificarían un nuevo procedimiento de interpretación, puesto que ello implicaría una modificación al Contrato de Concesión, siendo que ello contravendría los principios de buena fe procedimental y predictibilidad o confianza legítima, establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado a través del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO LPAG).

117. Al respecto, corresponde hacer referencia al principio de buena fe procedimental, establecido en el inciso 1.8 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG, el cual señala lo siguiente:

“1.8. Principio de buena fe procedimental.-

La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.
(...)”

(Subrayado agregado)

118. Por su parte, el principio de predictibilidad o confianza legítima, establecido en el inciso 1.15 del del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG, el mismo que indica lo siguiente:

“1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.-

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el

¹⁵ Al respecto, mediante escrito del 11 de diciembre de 2018, INCA RAIL ha solicitado que, en caso el Consejo Directivo considere que mediante la interpretación del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión no se pueda añadir condiciones adicionales para determinar al ganador de la subasta, se debe revocar la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN, a través de la cual se interpretó que correspondía otorgar iniciativa de subasta al operador vinculado a FETRANSA, garantizando así los principios de equidad, neutralidad y no discriminación, al limitar su iniciativa de subasta.

administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

(...)"

(Subrayado agregado)

119. De los textos transcritos, por el principio de buena fe procedimental la Administración no puede ir en contra de sus propias decisiones, es decir, contra lo ya resuelto o contra una posición adoptada en un caso determinado, ya que esto afectaría los derechos e intereses de los administrados, mientras que en virtud del principio de predictibilidad las actuaciones de la Administración deben ser coherentes con las expectativas legítimas de los administrados, las cuales se generan mediante la práctica o los antecedentes administrativos de la autoridad Administrativa.
120. Dicho ello, debe señalarse que el presente procedimiento no vulnera los pronunciamientos emitidos en las resoluciones de los años 2008 y 2009. En efecto, en dichas resoluciones el Regulador, en base a la cláusula 7.6 numeral i), se pronunció indicando que el operador vinculado puede participar en las subastas por acceso a la vía férrea, aspecto que, como se indicó, no es materia de discusión en el presente caso.
121. Ahora bien, respecto a que el Regulador en la Resolución del año 2009 habría indicado que los futuros inconvenientes para el acceso a los servicios de transporte ferroviario no justificarían un nuevo procedimiento de interpretación, debemos señalar que ello no se ajusta a lo resuelto en dicha resolución, por cuanto de la lectura de su fundamento 116¹⁶ se puede apreciar que el Consejo Directivo señaló que los futuros problemas de acceso no constituyen elemento suficiente ni criterio interpretativo para que el Regulador varíe las cláusulas del Contrato de Concesión. Ello, además de ser correcto, no significa que se haya limitado la posibilidad de que se pueda efectuar, de manera posterior, una interpretación del Contrato de Concesión respecto a aspectos que no fueron materia de interpretación en el 2009.
122. Por tanto, lo argumentado por dichas empresas queda desvirtuado, toda vez que en el presente caso no se están vulnerando los principios de buena fe procedimental ni de predictibilidad o confianza legítima.

E.2 DE LA APLICACIÓN DEL REMA EN EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA

123. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, y en concordancia con lo establecido en el artículo 6 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Ositrán ejerce la función normativa, la cual comprende la facultad exclusiva de dictar en el ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general.
124. Por su parte, el numeral 1 del artículo 9 del REGO, establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación del Ositrán deberá orientarse a garantizar al usuario el libre acceso a la prestación de los servicios y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes. Asimismo, el artículo 13 de dicha norma establece que en ejercicio de su función normativa propia, el Ositrán puede emitir reglamentos y otras normas de carácter general relacionadas con el acceso a la utilización de las facilidades esenciales a la infraestructura, así como respecto a las condiciones de acceso a la infraestructura y a la provisión equitativa de los servicios vinculados.

¹⁶ "116. 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 el Ositrán varíe las Cláusulas Contractuales vigentes, o de ser el caso, establezca restricción alguna al derecho otorgado a las Partes"

125. Considerando dichas atribuciones, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN, se aprobó el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REMA), norma por la cual, el Ositrán estableció reglas y procedimientos a efectos de garantizar el derecho de acceso a las facilidades esenciales que se encuentran bajo la administración de las entidades prestadoras, así como criterios técnicos, económicos y legales para dicho fin¹⁷.
126. En esa línea, conforme a lo establecido en el artículo 6 del REMA¹⁸, dicha norma es de aplicación a las Entidades Prestadoras que cuentan con titularidad legal y contractual para efectuar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, lo que se condice con lo establecido en las Cláusulas 1.1¹⁹ y 23.2²⁰ del Contrato de Concesión, por lo que el REMA es una norma de obligatorio cumplimiento para el Concesionario.
127. De otro lado, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 19 del REMA²¹, en caso que la disponibilidad de la facilidad esencial a la cual se quiere acceder no sea suficiente para

¹⁷ **“Artículo 4.- Objeto.**

El presente Reglamento establece las reglas y procedimientos aplicables al derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, y establece los criterios técnicos, económicos y legales, así como los procedimientos 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.”*

¹⁸ **“Artículo 6.- Alcance.**

El presente Reglamento es de aplicación a las Entidades Prestadoras que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y a los Usuarios Intermedios que presten o soliciten prestar Servicios Esenciales.

No constituye objeto de este Reglamento lo siguiente:

- a) *El ingreso a la Infraestructura por parte de Usuarios Finales.*
b) *El Acceso a la Infraestructura por parte de Usuarios Intermedios y de otros proveedores, con fines distintos a la prestación de servicios no calificados como Esenciales.*
c) *Servicios que se brinden de manera ocasional o por situación de emergencia, aun cuando utilicen una Facilidad Esencial.*
d) *La normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales, que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que deseen brindar servicios relativos a la explotación de la infraestructura de transporte; establecidos por el órgano sectorial competente.*
e) *El servicio de transporte terrestre por carretera (carga y pasajeros). La regulación tarifaria de dicho servicio está sometida a la aplicación del Reglamento General de Tarifas de OSITRAN.”*

¹⁹ **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.*

(...)”

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

(...)”

²¹ **“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.”

(Subrayado y resaltado agregado)

atender todas las solicitudes declaradas procedentes, el acceso se otorgará a través del mecanismo de Subasta, salvo que el Contrato de Concesión regule otro mecanismo.

128. Ahora bien, antes de proceder a describir las particularidades del procedimiento de subasta, es relevante señalar que de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán (ROF), aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano de línea responsable de aplicar el REMA y, por tanto, conducir los procedimientos para la aprobación de los reglamentos de acceso de las entidades prestadoras y de emisión de los mandatos de acceso que correspondan ser aprobados por el Consejo Directivo, así como formular las bases de la subasta para el acceso a la facilidad esencial en las infraestructuras de transporte de uso público de competencia del Ositrán.
129. Cabe agregar que conforme a lo establecido en el artículo 93 del REMA, otro actor que participa en el procedimiento de subasta -en una segunda instancia administrativa- es el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN, quien es el encargado de resolver las impugnaciones interpuestas por los postores de la subasta a la adjudicación de la buena pro, siendo la resolución de dicho órgano la que agota la vía administrativa.
130. En cuanto al procedimiento de subasta, el artículo 77 del REMA²² dispone que el objetivo de la misma es asignar la infraestructura escasa mediante un procedimiento transparente, a efectos de que la entidad prestadora brinde el acceso a aquel o aquellos usuarios intermedios que hayan propuesto la mejor o mejores ofertas conforme a las Bases del concurso. Así, cuando las entidades prestadoras elaboren las Bases de la subasta deberán asegurar el acceso al mayor número posible de competidores, así como un trato equitativo entre los participantes.
131. Respecto a las reglas de la subasta, el artículo 81 del REMA²³, entre otros aspectos, indica que las bases podrán limitar la participación como postores de operadores vinculados a la entidad prestadora.

²² **“Artículo 77.- Objetivo de la subasta**

El mecanismo de subasta tiene como objetivo asignar la infraestructura escasa mediante un procedimiento transparente. Mediante la subasta, que tendrá carácter público, se determinará a aquel o aquellos usuarios intermedios solicitantes a los que la Entidad Prestadora brindará Acceso, al haber formulado la mejor o mejores ofertas de acuerdo al procedimiento de evaluación establecido en las Bases de la subasta.

Las Entidades Prestadoras que administran más de una Infraestructura de Transporte de Uso Público podrán llevar a cabo subastas de acceso empaquetadas, previa opinión de OSITRAN, bajo las siguientes condiciones:

** Sólo podrán subastar de manera empaquetada el acceso a un mismo tipo de facilidad esencial escasa; y*

** Sólo podrán subastar de manera empaquetada el acceso a facilidades esenciales escasas cuyo servicio esencial relacionado se presta en condiciones monopólicas.*

No se podrá subastar de manera empaquetada el acceso a un mismo tipo de facilidad esencial, cuando dichas facilidades esenciales se encuentren reguladas por distintos contratos de concesión.”

²³ **“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.” (Subrayado y resaltado agregado)

132. Asimismo, el artículo 84 del REMA²⁴ indica que las bases no podrán contar con disposiciones que concedan mejores condiciones a unos postores sobre otros. Esto claramente propende la igualdad entre los postores.
133. Otro punto importante es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 del REMA²⁵, los postores pueden realizar consultas y observaciones a las Bases de la Subasta, las cuales deberán ser respondidas y levantadas por la entidad prestadora adecuadamente, con copia al Regulador, dentro del plazo máximo previsto en el referido Reglamento, caso contrario, los participantes podrán solicitar la intervención de OSITRAN, quien a través de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, actuará conforme a lo establecido en el artículo 92 del REMA.
134. Respecto de esto último, el artículo 92 del REMA señala lo siguiente:

“Artículo 92.- Observaciones a las Bases por OSITRAN.

OSITRAN podrá realizar de oficio observaciones a las Bases, en un plazo de cinco (05) días de culminado el proceso de consultas. 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.

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 propone pagar el Usuario Intermedio, el precio del servicio que se prestará al usuario final o una combinación de ambos, entre otros; **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.”

135. Conforme al citado artículo, el Regulador, especialmente en los casos en que por condiciones de mercado, el servicio para el cual se solicita el acceso no pueda brindarse en

²⁴ **“Artículo 84.- Prohibiciones relativas al contenido de las Bases.**

Las Bases que elaboren las Entidades Prestadoras para llevar a cabo las subastas, no podrán contener disposiciones que:

a) Contravengan la finalidad, objetivos y principios del presente Reglamento.

b) Otorguen mejores condiciones a unos postores sobre otros.

(...)”

²⁵ **“Artículo 88.- Consultas y Observaciones a las Bases.**

Los solicitantes de Acceso podrán presentar consultas y observaciones a las Bases dentro del plazo establecido en éstas. La Entidad Prestadora está obligada a dar respuesta a las consultas y levantar las observaciones dentro de los plazos establecidos. Asimismo, remitirá copia de su respuesta a OSITRAN.

Si la Entidad Prestadora no cumple con absolver adecuadamente las observaciones de los postores, cualquiera de ellos puede solicitar la intervención de OSITRAN, que actuará conforme a lo señalado en el Artículo 92. Para tal efecto, el o los postores que se consideren afectados, deberán notificar esta situación a OSITRAN en el plazo máximo de tres (3) días, contados desde la fecha de vencimiento del plazo de la Entidad Prestadora para absolver las observaciones presentadas.

El incumplimiento de esta obligación será considerado como una infracción, y por tanto está sujeta a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones.”

condiciones suficientemente competitivas (lo que no equivale a decir únicamente), podrá requerir a las Entidades Prestadoras:

- (i) La inclusión como un factor de competencia, el cargo de acceso que propone pagar el Usuario Intermedio, el precio del servicio que se prestará al usuario final o una combinación de ambos, entre otros; o
- (ii) 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.

136. Ahora bien, las referidas atribuciones con las que cuenta el Ositrán para intervenir en el procedimiento de Subasta tienen una restricción:

“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.

(Subrayado y resaltado agregado)

137. Del artículo antes citado, se advierte que, si en caso el Contrato de Concesión hubiera establecido reglas que regulen la subasta o incluido un modelo de la misma, la subasta tendrá que realizarse necesariamente de acuerdo a dichas reglas o modelo. Ello es concordante con la segunda disposición complementaria del REMA:

“Segunda.- Supletoriedad del presente Reglamento.

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 regulando 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.

(Subrayado y resaltado agregado)

138. Con relación a la aplicación del REMA en el procedimiento de subasta regulado en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, conviene traer a colación las conclusiones arribadas en la interpretación del año 2008 y 2009. En dichos procedimientos se dejó establecido que el REMA es el instrumento que faculta al Regulador a intervenir en el procedimiento de subasta en el que participe el operador vinculado, como se aprecia a continuación:

➤ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 050-2008-CD-OSITRAN:**

“48. 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.***
- (ii) ***Un marco de actuación del Regulador, que puede implicar:
o Limitar la participación como postor de la empresa vinculada
o Observar las Bases o requerir la inclusión de elementos de evaluación adicionales.***

(...)

SE RESUELVE:

(...)

Artículo 4º.- DECLARAR que conforme al Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN y modificada por la Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN, **OSITRAN cuenta con la 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 a su operador vinculado.**

(...)”

(Subrayado y resaltado agregado)

➤ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 023-2009-CD-OSITRAN:**

“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.
- (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.

(...)

SE RESUELVE:

(...)

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.** (...)”

(Subrayado y resaltado agregado)

139. Como se aprecia, las resoluciones previamente citadas dejan establecida la posibilidad de aplicar el REMA al proceso de subasta en el cual podría participar el operador vinculado al Concesionario²⁶. Sin embargo, debe tenerse presente que dicho Reglamento es supletorio a lo que disponga el Contrato de Concesión, en la medida en que este último no regula (total o parcialmente) el procedimiento y condiciones necesarias para el acceso a la línea férrea.
140. En tal sentido, es relevante dejar en claro que, en el presente procedimiento, lo que es materia de evaluación es, si de la lectura del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, dicha cláusula admite algún tipo de excepción al factor de competencia previsto en el mismo y, además, si el Regulador puede ejercer todas sus facultades previstas en el REMA, más aún si en la forma en que se encuentra diseñado dicho contrato, el operador vinculado al Concesionario puede participar en cualquier subasta.

²⁶ Cabe indicar que las partes del procedimiento de interpretación del año 2008 y 2009, no cuestionaron, en su oportunidad, este aspecto resuelto por el Regulador.

E.3. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA MATERIA DE INTERPRETACIÓN

141. Sobre el particular, el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión materia de la presente interpretación, señala lo siguiente:

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

(...)

En caso que dos o más Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario deseen usar al mismo tiempo el mismo segmento de Línea Férrea o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro, por el momento en que ambos Servicios desean ser desarrollados, el Concesionario queda obligado, a partir del segundo Año de Concesión, a:

(...)

(iii) La selección del ganador del concurso se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, teniendo como base a la tarifa establecida en el numeral 7.1. de este Contrato. En este supuesto de competencia entre Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario la tarifa establecida en el numeral 7.1. de este Contrato no será aplicable como la suma máxima que el Concesionario puede cobrar por el uso de vía. (...)

(Subrayado y resaltado agregado)

142. Al respecto, si bien conforme a la Resolución de Consejo Directivo N° 034-2018-CD-OSITRAN que dio inicio a la presente interpretación, se señaló que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión podría llevar al menos a dos posibles lecturas, como consecuencia de la remisión de dicha resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), esta Entidad, en su calidad de Parte del referido Contrato, ha planteado un tercer entendimiento de la referida cláusula, tal como se puede apreciar de la revisión de su Informe N° 009-2019-MTC/25.
143. Así, de la lectura del referido Informe, el Concedente manifiesta que si bien el factor de competencia de la subasta establecida en el numeral iii) de la Cláusula 7.6 es la tarifa por uso de vía más alta, la mencionada Cláusula **no ha regulado el supuesto de competencia entre un operador vinculado y un operador no vinculado.**
144. En otras palabras, para el Concedente, la cláusula materia de interpretación no ha previsto un factor de competencia para el procedimiento de subasta en la que participe el operador vinculado al Concesionario.
145. Sobre el particular, debemos indicar que la cláusula 7.6 numeral iii) del Contrato de Concesión, materia de interpretación, ha establecido que el factor de competencia es la tarifa por uso de vía más alta, la misma que debe ser aplicada al procedimiento de subasta en la que participen los operadores de servicio de transporte ferroviario.
146. Al respecto, es importante tener presente que, en las interpretaciones efectuadas por el Regulador en los años 2008 y 2009, se dejó plenamente establecido que en las subastas

puede participar cualquier tipo de operador ferroviario, incluso **el operador vinculado al Concesionario**.²⁷

147. En tal sentido, la lectura propuesta por el Concedente carece de asidero, por cuanto, independientemente del operador que participe (vinculado o no al Concesionario), la tarifa por uso de vía más alta siempre será el factor que determine al ganador de la subasta.
148. Cabe mencionar que lo señalado coincide con lo expresado por PERURAIL, FVCA y FCCA²⁸ al indicar que el Regulador, a través de las interpretaciones realizadas en los años 2008 y 2009, ya había establecido que el Contrato de Concesión no restringe la participación del operador vinculado en el procedimiento de subasta y que el diseño del Contrato debe respetarse, es decir, que no se debe modificar el factor de competencia.
149. Por otro lado, en cuanto a las otras dos lecturas respecto del numeral iii) de la cláusula 7.6, contenidas en la Resolución N° 034-2018-CD-OSITRAN, por la que se dio inicio al presente procedimiento de interpretación, es menester remitirnos a las mismas:
- ✓ Que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión al momento de indicar que la selección del ganador de una subasta entre Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, indica que dicha selección se efectuará siguiendo únicamente ese criterio, garantizando con ello un trato igualitario a los postores que participen de la subasta, no pudiéndose añadir otro criterio para determinar al ganador de la misma.
 - ✓ Que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión si bien señala que la selección del ganador de una subasta entre Operadores se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, éste debe ser leído a la luz del Principio de Equidad previsto en la citada cláusula, a partir de lo cual, se podrían establecer condiciones que, sin modificar el factor de competencia antes indicado, permitan generar competencia en los procesos de subasta en los que participa el usuario intermedio vinculado al concesionario.
150. Al respecto, de la revisión del Libro Blanco del Contrato de Concesión, al cual se debe recurrir para efectos de interpretarlo (cláusula 1.2 Reglas de Interpretación), se aprecia que durante el procedimiento de selección para la adjudicación del Contrato de Concesión, si bien en un primer momento se analizó la posibilidad de otorgar a OSITRAN la facultad de incorporar criterios de selección adicionales para determinar al ganador de la subasta, dicha facultad fue retirada de la segunda versión de dicho Contrato de Concesión, tal como se muestra a continuación de la transcripción de la misma:

“La selección del ganador del concurso se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, teniendo como base a la tarifa establecida en el numeral 7.1. de este Contrato. ~~salvo que el Ositrán establezca otros criterios de selección. En este supuesto de competencia entre Operadores y Proveedores del Servicio de Transporte Ferroviario no será aplicable la tarifa establecida en el numeral 7.1. de este Contrato no será aplicable como la suma máxima que el Concesionario puede cobrar por el uso de vía.~~”

151. Dicha eliminación se generó como consecuencia de los comentarios formulados por algunos de los participantes del proceso de adjudicación del Contrato de Concesión, tales como Perú Hotel S.A., Rio Grande Pacific y Juan de Dios Olaechea y Cía. S.R.L. quienes cuestionaron

²⁷ Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN:

*“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.
(...)”*

²⁸ En sus escritos presentados el 11 de diciembre de 2018.

la posibilidad que el Contrato contemple la posibilidad de OSITRAN de añadir criterios de selección adicionales.

152. Ello evidencia que la intención que finalmente primó al momento al redactarse el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, fue la de establecer la tarifa por uso de vía más alta como el único factor de competencia posible para determinar la adjudicación en los casos de subastas, no previéndose excepciones a dicha regla.
153. Por tanto, siguiendo el método de interpretación histórica a la cláusula en cuestión, de la lectura del Libro Blanco queda claro que la tarifa por uso de vía más alta es el único criterio que se debe utilizar como factor de competencia para determinar al ganador de la subasta. Dicho criterio no puede ser modificado o alterado por las Partes del Contrato de Concesión ni por el Regulador, ni pueden establecerse criterios de selección adicionales, puesto que de hacerlo se estaría trasgrediendo los términos y condiciones pactados por las Partes.
154. Cabe agregar, que esto último concuerda con lo argumentado por FETRANSA y PERURAIL, al señalar que la voluntad de las Partes fue que el Ositrán no pudiera incorporar un factor de competencia adicional para el procedimiento de subasta.
155. Al respecto, el MTC en su Informe N° 009-2019-MTC/25 indica que en el presente caso sería necesario **incluir un factor de equiparamiento aplicable a la evaluación de la propuesta del operador vinculado**. Asimismo, INCA RAIL ha señalado que se podrían incorporar otros elementos en la subasta, tales como establecer un precio de reserva o tope.
156. Sobre el particular, se considera que las propuestas señaladas en el párrafo anterior contravendrían los términos y condiciones pactados por las Partes en el Contrato de Concesión. En efecto, dichas propuestas, si bien no están modificando de manera directa el factor de competencia, sí generarían que la oferta económica que presente el postor se vea relativizada, dado que se incorporaría un elemento que podría afectar el monto final ofertado, lo cual no sería consistente con la lectura del numeral iii) de la cláusula 7.6 que privilegia la asignación de una frecuencia a quien oferte más dinero por ella, por tanto, dichos argumentos deben ser desestimados
157. Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse en consideración que la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión establece los principios de trato igualitario y de competencia bajo el concepto de "Equidad en Servicios"²⁹. Considerando ello, y del uso de una interpretación sistemática, corresponde determinar si la tarifa por uso de vía más alta resulta un criterio suficiente para garantizar un trato igualitario o generar competencia en procedimientos de subastas en los que participa como postor el operador vinculado. Determinar ello es relevante a efectos de saber el grado de intervención que puede adoptar el Regulador en dicho tipo de subastas, sin contravenir lo establecido en el numeral iii) de la Cláusula 7.6.
158. Desde el inicio de la Concesión se establece una estructura de mercado verticalmente integrada entre el administrador de la infraestructura y el operador del servicio de transporte ferroviario de pasajeros. Esta estructura de mercado puede generar problemas de competencia, pues una empresa que se encuentra integrada verticalmente con otra del mercado *downstream* tiene incentivos de favorecer a esta última en detrimento de sus competidores, de tal manera que se maximice el beneficio conjunto.
159. En efecto, en el marco de la teoría de subastas, existen diversos estudios³⁰ que muestran que bajo estructuras de integración vertical los postores integrados tienen incentivos a

²⁹ Cabe indicar que en las resoluciones del 2008 y 2009 ese concepto es abordado como el Principio de Equidad.

³⁰ Bulow, J., Huang, M., & Klemperer, P. 1999. Toeholds and takeovers. *Journal of Political Economy* 107: 427-454.
Burkart, M., 1995. Initial shareholdings and overbidding in takeover contests. *Journal of Finance*. 50(5): 1491-1515.
Van Koten, S. (2012) Merchant interconnector projects by generators in the EU: Profitability and allocation of capacity. *Energy policy* 41, 748-758.
Van Koten, S. (2013) Legal unbundling and auctions in vertically integrated markets, *European Journal of Law and Economics*. Vol. 36, pp. 543-573.

presentar pujas más agresivas (altas)³¹. El postor integrado puede tener como objeto maximizar el beneficio conjunto de todas las empresas que son parte de la integración y no solo de la que brinda el servicio aguas abajo. En un escenario como este, la puja que presenta el postor vinculado podría incluso no reflejar la valoración del bien (subasta ineficiente), sino que sería una puja que maximice el beneficio conjunto de las empresas que conforman el grupo económico. Esta situación podría ocurrir, pues el operador integrado puede internalizar tanto su beneficio (aguas abajo) como el del monopolista (aguas arriba).

160. En el presente caso, el Concesionario podría aprovechar su condición de titular de la facilidad esencial para dar un tratamiento preferente a su empresa vinculada o recibir de esta una oferta económica que, aun cuando sea muy alta, podría ser incorporada al grupo económico al que pertenecen. Ello, implicaría que la facilidad esencial no sea asignada de manera eficiente, es decir, a quien más la valora o a quien mejor la pueda explotar, sino que dicha asignación sería consecuencia de actuaciones estratégicas propias de la vinculación entre PERURAIL y FETRANSA, y que podrían afectar el acceso a la facilidad.
161. Entonces, considerando que el único factor de competencia para elegir al ganador de la subasta en la que podría participar el operador vinculado, de acuerdo a lo establecido en el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, es la tarifa por uso de vía más alta, en un escenario como el descrito previamente, ello no resultaría suficiente para garantizar un acceso a la facilidad esencial en condiciones neutras y competitivas.
162. Es por ello que, en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión se establecen medidas contra prácticas anticompetitivas, al señalar expresamente que el Concesionario 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, siendo el Indecopi la autoridad competente para resolver este problema. Por su parte, el rol del regulador es velar por el fiel cumplimiento de los Contratos de Concesión y de sus reglamentos, fomentando y preservando la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras.
163. En efecto, conforme a lo establecido en la Ley N° 26917, Ley de Creación del Ositrán, este organismo regulador tiene la misión de regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, teniendo entre sus objetivos velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión, así como fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras. Asimismo, conforme a dicha norma, entre las principales funciones del Ositrán se encuentran el cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, protegiendo los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura, así como llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras.
164. Por otra parte, la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión que regula la potestad supervisora del Ositrán, señala lo siguiente:

17.1. Supervisión. *Corresponderá a **OSITRAN la supervisión de la ejecución y cumplimiento de este Contrato, de conformidad con lo previsto en este Contrato y las Leyes Aplicables.** En todos los casos la supervisión deberá desarrollarse de forma tal que no altere, en la medida de lo posible, la operación de la Concesión.*
(...)"

³¹ Es importante precisar que relacionar una puja agresiva con pujas altas está vinculada al formato de la subasta, particularmente a un formato de sobre cerrado de primer precio (también aplicaría si fuese sobre cerrado de segundo precio). En cambio, si el formato de la subasta fuese dinámico descendente una puja agresiva podría entenderse como la puja más baja.

(Subrayado y resaltado agregado)

165. Dicho esto, de una lectura sistemática de la cláusula materia de interpretación y la citada cláusula contractual, el Ositrán, en ejercicio de su potestad de supervisión, puede intervenir en el proceso de subasta para garantizar que: i) se respete estrictamente el factor de competencia, y, ii) se mitigue cualquier posible conducta que pueda afectar el tratamiento equitativo o desincentive el acceso en condiciones competitivas, ello con el fin de fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público.
166. Considerando ello, la intervención del Ositrán respecto al mecanismo para determinar al ganador de la subasta no solo debe limitarse a verificar el cumplimiento del factor de competencia, ya que, además de no ser acorde con una lectura sistemática del Contrato de Concesión, vaciaría de contenido la potestad supervisora del Regulador y el Principio de Equidad previsto en este.
167. Por lo expuesto hasta este punto, la primera posible lectura prevista en la Resolución N° 034-2018-CD-OSITRAN debe ser descartada, por cuanto la misma prevé que el factor de competencia “*tarifa por uso de vía más alta*” garantiza por sí mismo un trato igualitario entre el operador vinculado al Concesionario y el resto de los operadores que participan en la subasta, lo cual, como ha quedado indicado en los párrafos precedentes no necesariamente es correcto. En tal sentido, lo afirmado por FETRANSA³² respecto a que el referido criterio de selección garantiza a todos los participantes de la subasta un tratamiento equitativo debe ser desestimado.
168. En tal sentido, la segunda lectura del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión contenida en la Resolución N° 034-2018-CD-OSITRAN relativa a la incorporación de condiciones adicionales a las bases del procedimiento de subasta, que sin modificar el factor de competencia, genere competencia en los procedimientos de subasta en los que participen un operador vinculado al Concesionario, es la que se ajusta al marco normativo y contractual antes expuesto.
169. En efecto, al permitirse la participación del operador vinculado en las subastas, el único factor de competencia existente (la tarifa por uso de vía más alta) no permite garantizar un tratamiento acorde al principio de neutralidad, según el cual 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, o como se trata a sí misma en condiciones iguales o equivalentes. Así, la vinculación representa una ventaja potencial para el operador vinculado, que podría ser aprovechada por este en perjuicio de los demás competidores, lo que ameritaría que el Ositrán intervenga (ex ante) para garantizar que ello no ocurra.
170. Ahora bien, en este punto es importante tener en cuenta que, conforme a lo establecido en el REGO, entre los principios que rigen las decisiones y acciones del Regulador se encuentran los siguientes:

“9.2 Principio de Neutralidad.- El OSITRAN vigila que las acciones de la Entidad Prestadora garanticen un trato neutral a los Operadores de servicios en competencia, respecto a sus propias filiales, que proveen servicios competitivos sobre la misma infraestructura, y cuida que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, precios o innovación. En aplicación de tal principio vela porque la Entidad Prestadora que a la vez brinda, directa o indirectamente, otros servicios utilizando la Infraestructura, o que tenga a su vez el derecho de explotar otra Infraestructura, no utilice dichas situaciones para colocar en desventaja a otros Usuarios.”

³² Escrito del 11 de diciembre de 2018 “(v) Por todo lo expuesto, hemos demostrado como bajo todos los métodos de interpretación se llega la unívoca conclusión que: **el Contrato de Concesión estipuló que la TUV más alta como Factor de Competencia es el único criterio a incorporar en la subasta convocada por FTSA y que, por lo tanto, este criterio, así como las demás disposiciones contractuales, aseguran a los postores, sean o no vinculados al Concesionario, un trato equitativo.**”

(...)

9.4 Principio de Actuación basado en Análisis Costo - Beneficio.- El OSITRAN evalúa y analiza los beneficios y costos de sus decisiones antes de su adopción, sustentándolas adecuadamente bajo criterios de racionalidad y eficacia.”

171. De este modo, la sola presencia o participación de la empresa vinculada en el procedimiento de subasta no activa o justifica *per se* la intervención del Regulador a través de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización. Esta intervención deberá realizarse para cada caso en particular, para lo cual se deberá determinar si existe un riesgo de que la participación del operador vinculado pueda generar un tratamiento inequitativo o afectar la competencia en el procedimiento de subasta de acceso a la facilidad esencial.
172. Luego de dicha evaluación, el Regulador podrá aplicar el REMA, particularmente el artículo 92, procediendo a incluir condiciones a las bases de la subasta. La incorporación de dichas condiciones debe ser supletoria a las reglas expresas que la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión ya tiene previstas:
- (i) Que pueden participar tanto los operadores de servicios de transporte ferroviario que formularon sus solicitudes de acceso para el mismo horario, así como cualquier otro operador que estuviera interesado.
 - (ii) 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.
 - (iii) 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.
 - (iv) Que el Concesionario está obligado a enviar al Concedente y al OSITRAN, respectivamente, una copia certificada del acta notarial antes mencionada.
 - (v) Que el ganador de la subasta será aquél que oferte la tarifa por uso de vía más alta.
 - (vi) Que el horario materia de concurso se adjudicará al ganador por un plazo no mayor a un año.
173. En ese orden de ideas, las condiciones adicionales que puede incorporar el Regulador en el procedimiento de subasta deben tener como objetivo garantizar el tratamiento igualitario de los operadores y el acceso a la facilidad en condiciones competitivas, ello en virtud del Principio de Equidad previsto en el Contrato de Concesión. Como correlato de ello, la intervención de OSITRAN en el procedimiento de subasta, no puede:
- (i) Establecer condiciones que tengan como efecto impedir al operador vinculado participar en la subasta.
 - (ii) Alterar el factor de competencia previsto en el numeral iii) del Contrato de Concesión.

- (iii) Establecer factores de competencia adicionales al previsto en el numeral iii) del Contrato de Concesión. En este punto, el artículo 92 del REMA no es aplicable en la parte que se refiere a la incorporación de otros factores de competencia.

174. De todo el análisis desarrollado, consideramos que el numeral iii) de la cláusula 7.6 debe ser interpretado en el siguiente sentido:

“El numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión es aplicable para cualquier proceso de subasta en el que participen el operador vinculado u operadores no vinculados al Concesionario.

El único factor de competencia para asignar un mismo segmento de línea férrea es la tarifa por uso de vía más alta. Dicha regla no admite excepciones.

Si bien dicha cláusula señala que la selección del ganador de una subasta entre Operadores se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, ello no impide al Regulador, en aquellos procesos en los que participa el operador vinculado al Concesionario, establecer condiciones que, sin modificar el factor de competencia, permitan garantizar un tratamiento igualitario de los postores y el acceso a la facilidad en condiciones competitivas.

Para tal efecto, el Regulador: i) no debe llegar a impedir al operador vinculado a participar en la subasta; y, ii) no debe contravenir las reglas del procedimiento de subasta estipuladas expresamente en el Contrato de Concesión.”

175. Como se puede apreciar la interpretación efectuada no constituye una modificación al Contrato de Concesión, por el contrario, la misma respeta la voluntad de las Partes en el sentido que el factor de competencia de la tarifa por uso de vía más alta es el único criterio de selección para adjudicar un segmento de línea férrea en procedimientos de subasta y además define el rol del Regulador en dichas subastas.
176. Por tanto, los argumentos de FETRANSA, PERURAIL, FVCA y FCCA, en los que manifiestan que la interpretación a la que arribe el Regulador implicaría que el Ositrán modifique el Contrato de Concesión, carecen de asidero y por tanto deben ser desestimados.
177. Finalmente, con relación a los argumentos económicos formulados por las partes, citados en la sección D.4 del presente informe, PERURAIL señala que la forma en la que actualmente se encuentra el servicio de transporte ferroviario es contestable, mientras que INCA RAIL afirma lo contrario.
178. Al respecto, dichos argumentos tienen que ver con la forma en la que se viene desarrollando el mercado de servicio de transporte ferroviario de pasajeros y el mercado de acceso a la vía férrea, aspectos que como se indicó precedentemente corresponden ser evaluados caso por caso y en el marco de un procedimiento de subasta a través de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para determinar la existencia de riesgos de tratamiento inequitativo o la afectación de la competencia en dichos procedimientos de subasta.
179. Así también, en dicha sección D.4 se hace referencia a la propuesta de INCA RAIL de incorporar elementos a las bases de la subasta, tales como una gestión más comprehensiva de la malla horaria; la participación en frecuencias contiguas ya adjudicadas; la conveniencia de requerir el inicio de operaciones de las frecuencias asignadas; o la posibilidad de múltiples rondas en la subasta.
180. Sobre el particular, estas alternativas propuestas por el operador no vinculado comprenden condiciones que podrían o no ser incorporadas en las bases de la subasta, lo cual debe ser determinado por el Regulador en ejercicio de su potestad supervisora. Dichas condiciones

también deberán ser evaluadas caso por caso y de manera posterior a la presente interpretación³³.

181. Por lo tanto, los argumentos en mención no ameritan ser evaluados en el presente procedimiento de interpretación, toda vez que éste tiene como objetivo determinar el alcance de una cláusula contractual que regula el factor de competencia para acceder a una facilidad, a fin de posibilitar su aplicación.

III. CONCLUSIONES

182. En las resoluciones de los años 2008 y 2009, se deja establecida la posibilidad de aplicar el REMA al proceso de subasta en el cual podría participar el operador vinculado al Concesionario.
183. En el presente procedimiento, lo que es materia de evaluación es, si de la lectura del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, dicha cláusula admite algún tipo de excepción al factor de competencia previsto en el mismo y, además, si el Regulador puede ejercer todas sus facultades previstas en el REMA, para los casos de subastas en los que participa el operador vinculado al Concesionario.
184. La lectura propuesta por el Concedente carece de asidero, por cuanto, independientemente del operador que participe (vinculado o no al Concesionario), la tarifa por uso de vía más alta siempre será el factor que determine al ganador de la subasta.
185. La intención de la redacción del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, fue la de establecer la tarifa por uso de vía más alta como el único factor de competencia posible para determinar la adjudicación en los casos de subastas, no previéndose excepciones a dicha regla.
186. Lo argumentado por el MTC respecto a incluir un factor de equiparamiento aplicable a la evaluación de la propuesta del operador vinculado, así como lo argumentado por INCA RAIL respecto a establecer un precio de reserva o tope, contravendría los términos y condiciones pactados por las Partes, ya que con ello, si bien no se está modificando de manera directa el factor de competencia, sí genera que la oferta económica que presente el postor se vea relativizada.
187. La primera posible lectura prevista en la Resolución N° 034-2018-CD-OSITRAN debe ser descartada, por cuanto la misma prevé que el factor de competencia "*tarifa por uso de vía más alta*" garantiza por sí misma un tratamiento equitativo a los postores que participan en la subasta, lo cual, no necesariamente es correcto.
188. La segunda lectura del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión contenida en la Resolución N° 034-2018-CD-OSITRAN relativa a la incorporación de condiciones adicionales a las bases del procedimiento de subasta, que sin modificar el factor de competencia, genere competencia en los procedimientos de subasta en los que participen

³³ Para lo cual se deberán tomar en cuenta lo señalado en la presente interpretación, así como los principios previstos en el REMA, como por ejemplo el Principio de Eficiencia (artículo 8), según el cual la determinación y modificación de los Cargos y Condiciones de Acceso deberán tomar en cuenta los incentivos para el uso eficiente de la infraestructura de transporte, evitando la duplicidad ineficiente, costos de congestión y otras externalidades; o también el Principio de libre competencia y promoción de la inversión privada, según el cual el Acceso a las Facilidades Esenciales debe analizarse y ejecutarse sobre la base de una evaluación que establezca un balance entre la incorporación de más competencia, y la creación de incentivos para el incremento, cobertura y mejoramiento de la calidad de la infraestructura. Al evaluar el Acceso, se considerará la equidad y razonabilidad de las condiciones de acceso, así como la obtención de retornos adecuados a la inversión.

un operador vinculado al Concesionario, es la que se ajusta al marco normativo y contractual vigente.

IV. RECOMENDACIÓN

189. Se recomienda que el Consejo Directivo, en uso de la atribución a que se refiere el Literal e) del Numeral 7.1 de la Ley N° 26917, interprete el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, en los siguientes términos:

“El numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión es aplicable para cualquier proceso de subasta en el que participen el operador vinculado u operadores no vinculados al Concesionario.

El único factor de competencia para asignar un mismo segmento de línea férrea es la tarifa por uso de vía más alta. Dicha regla no admite excepciones.

Si bien dicha cláusula señala que la selección del ganador de una subasta entre Operadores se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, ello no impide al Regulador que, en aplicación de la regla de Equidad en servicios establecida en el Contrato de Concesión, en aquellos procesos en los que participa el operador vinculado al Concesionario, establezca condiciones que, sin modificar el factor de competencia, permitan garantizar un tratamiento igualitario de los postores y el acceso a la facilidad en condiciones competitivas.

Para tal efecto, el Regulador: i) no debe llegar a impedir al operador vinculado a participar en la subasta; y, ii) no debe contravenir las reglas del procedimiento de subasta estipuladas expresamente en el Contrato de Concesión”

Atentamente,

FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA
Gerente de Supervisión y Fiscalización

RICARDO QUESADA ORÉ
Gerente de Regulación y Estudios Económicos

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2019047602