



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° 0047-2019-CD-OSITRAN

Lima, 02 de octubre de 2019

### VISTOS:

El Informe Conjunto N° 0128-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF-GRE), de las Gerencias de Asesoría Jurídica, de Supervisión y Fiscalización, y de Regulación y Estudios Económicos; 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 o el Concesionario);

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;

Que, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN, de fecha 19 de junio de 2019, el referido colegiado interpretó 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."*

Que, el 12 de julio de 2019, FETRANSA y PERURAIL S.A. (en adelante PERURAIL) interpusieron Recursos de Reconsideración parciales contra la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN, específicamente el tercer párrafo de su artículo 1. Asimismo, ambos recurrentes solicitaron se les conceda el uso de la palabra;

Que, por medio de los Oficios N° 0133 y 0134-2019-SCD-OSITRAN notificados el 31 de julio de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN citó al Concesionario y a PERURAIL a las Audiencias de uso de la palabra, para el 7 de agosto de 2019;

Que, a través de los Oficios N° 0135, 0136, 0137 y 0138-2019-SCD-OSITRAN notificados el 6 de agosto de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN puso en conocimiento del MTC, INCA RAIL S.A. (en adelante INCA RAIL), FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A. y FERROCARRIL CENTRAL ANDINO S.A., los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por los recurrentes, así como de las Audiencias de uso de la palabra, concedidas para el 7 de agosto de 2019;

Firmado por:  
ZAMBRANO  
COPELLO Rosa  
Veronica FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 04/10/2019  
12:47:53 -0500

Visado por: MEJIA CORNEJO  
Juan Carlos FIR 08271955 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 04/10/2019 12:28:41 -0500

Visado por: QUESADA ORE Luis  
Ricardo FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 04/10/2019 12:07:10 -0500

Visado por: JARAMILLO TARAZONA  
Francisco FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 04/10/2019 11:45:02 -0500

Calle Los Negritos 102, piso 2  
Surquillo - Lima  
Central Telefónica: 011-3710310  
www.ositransp.org.pe  
Firmado por: SHERIDAN  
Humberto Luis FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 04/10/2019 11:38:25 -0500





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 de fecha 7 de agosto de 2019, INCA RAIL solicitó se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos;

Que, en fecha 7 de agosto de 2019 a las 11:32 y 11:50 horas se llevaron a cabo las audiencias de uso de la palabra por parte de FETRANSA y PERURAIL, respectivamente;

Que, por medio del Oficio N° 0139-2019-SCD-OSITRAN notificado el 13 de agosto de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN citó a INCA RAIL a la Audiencia de uso de la palabra, para el 21 de agosto de 2019;

Que, en fecha 21 de agosto de 2019 a las 10:39 horas se llevó a cabo la audiencia de uso de la palabra por parte de INCA RAIL;

Que, mediante el escrito de fecha 28 de agosto de 2019, FETRANSA presentó sus argumentos respecto de las alegaciones formuladas por INCA RAIL en la audiencia de uso de la palabra desarrollada el 21 de agosto de 2019;

Que, a través del escrito de fecha 5 de septiembre de 2019, PERURAIL presentó sus argumentos respecto de las alegaciones formuladas por INCA RAIL en la audiencia de uso de la palabra desarrollada el 21 de agosto de 2019;

Que, por medio del escrito de fecha 9 de septiembre de 2019, INCA RAIL presentó su posición sobre los argumentos expuestos por los recurrentes;

Que, mediante el Informe Conjunto N° 0128-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF-GRE), la Gerencia de Asesoría Jurídica, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN analizaron los argumentos esgrimidos en los Recursos de Reconsideración parciales presentados por FETRANSA y PERURAIL, recomendando lo siguiente:

- Declarar infundados los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por FETRANSA y PERURAIL.

Que, luego de evaluar y deliberar el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones del Informe Conjunto N° 0128-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF-GRE), constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

Por lo expuesto, y en virtud de las funciones previstas en el Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, así como en el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión Ordinaria N° 683-2019-CD-OSITRAN, de fecha 2 de octubre de 2019;

#### **SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar infundados los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por Ferrocarril Transandino S.A. y PERURAIL S.A., contra la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN.



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





**PERÚ**

Presidencia  
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

**Artículo 2°.-** Notificar la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0128-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF-GRE), 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°.-** Dar por agotada la vía administrativa.

**Artículo 4°.-** Autorizar la difusión de la presente Resolución y el Informe Conjunto N° 0128-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GSF-GRE) en el Portal Institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).

**Artículo 5°.-** Publicar la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO**  
Presidenta del Consejo Directivo

NT: 2019079862



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



## **INFORME CONJUNTO N° 0128-2019-IC-OSITRAN**

**(GAJ-GSF-GRE)**

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

De : **HUMBERTO SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

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

Asunto : Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por Ferrocarril Transandino S.A. y PERURAIL S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN.

Fecha : 26 de septiembre de 2019

 Firmado por: SHEPUT STUCCHI  
Humberto Luis FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019  
16:53:47 -0500

 Firmado por: QUESADA ORE  
Luis Ricardo FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019  
17:01:53 -0500

 Firmado por: JARAMILLO TARAZONA  
Francisco FAU  
20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019  
18:01:26 -0500

### **I. OBJETIVO**

1. Emitir pronunciamiento respecto de los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, FETRANSA o el Concesionario) y PERURAIL S.A. (en adelante, PERURAIL) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN, que interpretó el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión de la Administración del Ferrocarril Sur y Sur Oriente, (en adelante, Contrato de Concesión).

### **II. ANTECEDENTES**

2. Con fecha 19 de julio de 1999 se suscribió el Contrato de Concesión entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o El Concedente) y FETRANSA.
3. 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.
4. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN, de fecha 19 de junio de 2019, el referido colegiado interpretó 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.”*

Visado por: VILLEGAS BALAREZO  
David Alejandro FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019 17:57:02 -0500

Visado por: PEREZ LIRCOS Luis  
FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019 17:33:16 -0500

Visado por: VALLE MANCHEGO  
Tania Beatriz FAU 20420248645 soft  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019 17:23:27 -0500

Visado por: QUEIJA DE LA SOTTA  
Sandra Fiorella FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019 17:16:35 -0500

Visado por: ZELA MORAYA  
Wilmer FIR 41989288 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019 17:13:07 -0500

Visado por: ARROYO TOCTO Victor  
Adrian FAU 20420248645 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019 16:45:37 -0500

Visado por: ZEGARRA ROMERO  
Jose Hector FIR 41166773 hard  
Motivo: Firma Digital  
Fecha: 26/09/2019 16:42:38 -0500

5. El 12 de julio de 2019, FETRANSA y PERURAIL interpusieron Recursos de Reconsideración parciales contra la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN, específicamente el tercer párrafo de su artículo 1. Asimismo, ambas recurrentes solicitaron se les conceda el uso de la palabra.
6. Por medio de los Oficios N° 0133 y 0134-2019-SCD-OSITRAN notificados el 31 de julio de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN citó al Concesionario y a PERURAIL a las Audiencias de uso de la palabra, para el 7 de agosto de 2019.
7. A través de los Oficios N° 0135, 0136, 0137 y 0138-2019-SCD-OSITRAN notificados el 6 de agosto de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN puso en conocimiento del MTC, INCA RAIL S.A. (en adelante INCA RAIL), FERROVÍAS CENTRAL ANDINA S.A. y FERROCARRIL CENTRAL ANDINO S.A., los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por los recurrentes, así como de las Audiencias de uso de la palabra, concedidas para el 7 de agosto de 2019.
8. Mediante escrito de fecha 7 de agosto de 2019, INCA RAIL solicitó se le conceda el uso de la palabra a efectos que exponga sus argumentos.
9. En fecha 7 de agosto de 2019 a las 11:32 y 11:50 horas se llevaron a cabo las audiencias de uso de la palabra por parte de FETRANSA y PERURAIL, respectivamente.
10. Por medio del Oficio N° 0139-2019-SCD-OSITRAN notificado el 13 de agosto de 2019, la Secretaría del Consejo Directivo de OSITRAN citó<sup>1</sup> a INCA RAIL a la Audiencia de uso de la palabra, para el 21 de agosto de 2019.
11. En fecha 21 de agosto de 2019 a las 10:39 horas se llevó a cabo la audiencia de uso de la palabra por parte de INCA RAIL.
12. Mediante el escrito de fecha 28 de agosto de 2019, FETRANSA presentó sus argumentos respecto de las alegaciones formuladas por INCA RAIL en la audiencia de uso de la palabra desarrollada el 21 de agosto de 2019.
13. A través del escrito de fecha 5 de septiembre de 2019, PERURAIL presentó sus argumentos respecto de las alegaciones formuladas por INCA RAIL en la audiencia de uso de la palabra desarrollada el 21 de agosto de 2019.
14. Por medio del escrito de fecha 9 de septiembre de 2019, INCA RAIL presentó su posición sobre los argumentos expuestos por los recurrentes.

### **III. ANÁLISIS**

#### **III.1. Análisis de admisibilidad y procedencia**

15. A continuación, se analizará si los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por FETRANSA y PERURAIL referidos en el acápite precedente, cumplen con los requisitos previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, (en adelante, TUO LPAG).
16. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 del TUO LPAG, en concordancia con el artículo 217 del mismo cuerpo normativo, los administrados tienen la facultad de ejercer, en vía administrativa, su derecho de contradicción contra actos administrativos que se suponen violan, desconocen o lesionan un derecho o interés legítimo. Asimismo, el artículo 219 antes indicado establece que, el recurso administrativo debe ser interpuesto ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que es materia de impugnación, debiendo sustentarse en nueva prueba, salvo que se trate de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia, en cuyo caso no se requiere nueva prueba.

---

<sup>1</sup> Cabe indicar que dicha citación se realizó con copia al MTC, PERURAIL, FETRANSA, FERROVÍAS CENTRAL ANDINA S.A. y FERROCARRIL CENTRAL ANDINO S.A.

17. Por su parte, el artículo 221 del TUO LPAG dispone que el recurso administrativo que se interponga debe identificar el acto que se recurre, así como debe cumplir con los demás requisitos que el artículo 124 de la citada norma. Adicionalmente, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 218 del TUO LPAG, el plazo para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días hábiles perentorios, vencidos los cuales se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto<sup>2</sup>.
18. En síntesis, los requisitos concurrentes para la interposición del Recurso de Reconsideración son los siguientes:
- Que se interponga ante el mismo órgano que dictó el acto que es materia de la impugnación.
  - Que se sustente en nueva prueba, salvo que se trate de la impugnación de un acto administrativo emitido por un órgano que constituye instancia única.
  - Que se interponga dentro del plazo de quince (15) días, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.
  - Que interponga el recurso aquel administrado que tiene legítimo interés pues el acto administrativo le es aplicable y le ocasiona un agravio.
  - Que el escrito cumpla con los requisitos de forma previstos en el artículo 122 del TUO LPAG.
19. A continuación, se procede a analizar el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos:
- a. **Interposición del recurso impugnativo:** Como se ha mencionado anteriormente, la Resolución N° 031-2019-CD-OSITRAN fue expedida por el Consejo Directivo. Asimismo, de la lectura de los escritos presentados por FETRANSA y PERURAIL, se advierte que ambos han dirigido sus Recursos de Reconsideración parciales ante el mismo órgano que emitió la citada Resolución. En ese sentido, dado que los Recursos de Reconsideración parciales han sido dirigidos al órgano emisor del acto objeto de impugnación, se entiende cumplido el primer requisito.
- b. **Sustentación en nueva prueba:** Como se indicó previamente, de acuerdo con el artículo 219 de TUO LPAG, en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba.

En el presente caso, se debe tener en cuenta que el literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, otorga a OSITRAN la función específica de interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.

De igual modo, el numeral 7. del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN (ROF), aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, establece que el Consejo Directivo de OSITRAN tiene entre sus funciones, la de interpretar los contratos de concesión y títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación; ello, en concordancia con lo señalado en artículo 29 del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante

---

<sup>2</sup> Conforme con lo previsto por el artículo 222 del TUO LPAG, cuyo tenor es el siguiente: “Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.”

Respecto al cómputo del plazo, se debe tener en cuenta también lo dispuesto por el artículo 146 del TUO de la LPAG que señala lo siguiente:

*“Artículo 146. Término de la distancia*

*146.1. Al cómputo de los plazos establecidos en el procedimiento administrativo, se agrega el término de la distancia previsto entre el lugar de domicilio del administrado dentro del territorio nacional y el lugar de la unidad de recepción más cercana a aquél facultado para llevar a cabo la respectiva actuación.*

*146.2. El cuadro de términos de la distancia es aprobado por la autoridad competente.*

*En caso que el titular de la entidad no haya aprobado el cuadro de términos de la distancia correspondiente, debe aplicar el régimen establecido en el Cuadro General de Términos de la Distancia aprobado por el Poder Judicial.”*

Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, que señala que corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, realizar dicha interpretación.

En consecuencia, de acuerdo con las disposiciones legales antes citadas, los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos contra la Resolución emitida por el Consejo Directivo del OSITRAN no requieren sustentarse en nueva prueba. Siendo ello así, el segundo requisito también se ha cumplido en ambos Recursos de Reconsideración parciales.

- c. **Plazo para la presentación del recurso:** Conforme lo establece el numeral 144.1 del artículo 144 del TUO LPAG, el plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación o la publicación del acto.

Atendiendo que FETRANSA y PERURAIL fueron notificados con la Resolución del Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN el 21 de junio de 2019, los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por dichas empresas han sido presentados<sup>3</sup> dentro del plazo establecido para tal efecto, de conformidad con los artículos 144.1 y 146 del TUO LPAG. En consecuencia, se concluye que el Concesionario ha cumplido con el tercer requisito.

- d. **Legítimo interés de quien interpone el recurso.** Mediante la Resolución N° 031-2019-CD-OSITRAN se interpretó el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. En consecuencia, se evidencia la existencia de un legítimo interés de FETRANSA, como parte del mencionado Contrato, para interponer el Recurso de Reconsideración contra el referido acto administrativo.

Por su parte, PERURAIL, en su calidad de operador vinculado del Concesionario, y en su condición de tercero interesado del procedimiento de interpretación contractual, cuenta también con legítimo interés para interponer Recurso de Reconsideración contra el acto administrativo en cuestión.

- e. **Requisitos de forma.** De la lectura de los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por FETRANSA y PERURAIL, se advierte que los mismos cumplen con los requisitos de forma previstos en el artículo 124 del TUO LPAG<sup>4</sup>.

20. Por las razones antes expuestas, se colige que los Recursos de Reconsideración parciales cumplen los requisitos de admisibilidad y procedencia, por lo que corresponde dar el trámite correspondiente a los mismos.

### III.2.1. Materias controvertidas planteadas por FETRANSA y PERURAIL

21. Previo al análisis del fondo de la controversia corresponde señalar que, aunque INCA RAIL no es parte del procedimiento de reconsideración dado que no interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 031-2019-CD-OSITRAN

---

<sup>3</sup> Los mencionados recursos de reconsideración parciales fueron interpuestos el 12 de julio de 2019.

<sup>4</sup> Dicha disposición establece que todo escrito que se presente a la administración deberá contener la siguiente información:

*“Artículo 124.- Requisitos de los escritos*

*Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:*

- 1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.*
- 2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.*
- 3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.*
- 4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.*
- 5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.*
- 6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.*
- 7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados”.*

materia del presente procedimiento, en aplicación del principio de verdad material y de participación recogidos en el TUO LPAG<sup>5</sup> y aplicables a todo procedimiento administrativo, este Regulador incorporará en su proceso de evaluación las observaciones pertinentes que este usuario intermedio formuló en su escrito de fecha 9 de setiembre de 2019 en aras de un mejor pronunciamiento.

22. Pues bien, los argumentos de los Recursos de Reconsideración parciales presentados por FETRANSA y PERURAIL, se centran principalmente en los siguientes aspectos:
- A. Sobre el exceso de facultades de interpretación del Regulador.
  - B. Sobre la inaplicabilidad de las posibles condiciones que OSITRAN podría incluir en la subasta.
  - C. Sobre la contravención del deber de motivación.
  - D. Sobre los aspectos económicos señalados por INCA RAIL.
  - E. Sobre el supuesto de inequidad por la sola participación del operador vinculado.

**A. Sobre el exceso de facultades de interpretación del Regulador.**

23. FETRANSA señaló que el tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada no se deriva de la interpretación del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, puesto que se trata de un exceso de la facultad interpretativa del Regulador, que inclusive modifica dicho Contrato. Asimismo, indicó que dicho numeral se refiere únicamente al Factor de Competencia y no a las facultades del Regulador.
24. De igual modo, señaló que, la Resolución impugnada vulnera el Principio de Legalidad, y en línea con tal principio, vulnera también los numerales 1 y 2 del artículo 3 (Requisitos de validez de los actos administrativos) y el numeral 5.3 del artículo 5 (Objeto o contenido del acto administrativo) del TUO LPAG, puesto que lejos de estar relacionada a la facultad de interpretación del Contrato de Concesión, supone la modificación del mismo.
25. Relacionado a lo anterior, PERURAIL indicó que el ejercicio de la facultad de interpretación del Regulador no puede suponer la incorporación al Contrato de Concesión de nuevas reglas o condiciones contractuales distintas a las ya pactadas por las partes, por lo que OSITRAN ha excedido dicha facultad al pretender, vía interpretación, incorporar como regla contractual la aplicación del REMA, la misma que es supletoria a lo previsto en el Contrato de Concesión.
26. Asimismo, argumentó que lo que se debió reconocer a través de una correcta interpretación sistemática del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión y de la cláusula 17.1 del mismo fue: i) que OSITRAN, en el marco de una subasta, no tiene más facultades que verificar el cumplimiento de lo expresamente pactado en los numerales i) al v) de la cláusula 7.6; y ii) que es el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REMA) y no el Contrato de Concesión el que otorga a OSITRAN facultades para actuar, y que las mismas son supletorias.
27. Asociado a ello, indicó que el tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada concluye que es en virtud del Contrato de Concesión que el Regulador cuenta con facultades para intervenir en la subasta más allá de lo señalado en la cláusula 7.6, añadiendo que eso no es correcto, ya que las facultades que OSITRAN puede ejercer en el marco de una subasta provienen del artículo 92 del REMA, es decir, provienen de una ley aplicable, por lo que sus facultades no son contractuales.
28. Así también, alegó que el Regulador está llamando interpretación contractual a lo que realmente es una interpretación del alcance de sus facultades legales, dicho de otra forma,

---

<sup>5</sup> Conforme con los cuales la autoridad administrativa competente "(...) deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones (...)" y "(...) extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión"; respectivamente.



está contractualizando las facultades previstas en el REMA, las que inclusive, son supletorias a lo señalado en el Contrato de Concesión.

29. De otro lado, PERURAIL alegó que no existe falta de claridad o ambigüedad en el Contrato de Concesión que justifique la aplicación supletoria del REMA, siendo que el Consejo Directivo ha expresado en la Resolución impugnada que no hay duda que la participación del operador vinculado está prevista en el Contrato de Concesión y que en caso de convocarse una subasta para la asignación de horarios, el Factor de Competencia es la Tarifa por Uso de Vía más alta. De acuerdo a ello, indica que la interpretación de OSITRAN en la que se pretende la aplicación del REMA, no está debidamente sustentada, además que excede los límites que rigen la facultad de interpretación, siendo que la misma no es la vía para modificar el Contrato de Concesión ni “contractualizar” (SIC) la aplicación de una norma como el REMA.

#### Opinión de INCA RAIL

30. A respecto, INCA RAIL apunta que no debe perderse de vista que en el presente procedimiento de interpretación no se estaba discutiendo las facultades con las que cuenta el Regulador para intervenir en el procedimiento de subasta, dado que las mismas ya se encuentran contempladas en el Contrato de Concesión (Cláusula 17.1), en el REMA, en las interpretaciones contractuales efectuadas por OSITRAN mediante las Resoluciones de los años 2008<sup>6</sup> y 2009<sup>7</sup>, e incluso en las alegaciones formuladas tanto por FETRANSA como PERURAIL en los procedimientos de interpretación antes mencionados.
31. Asimismo, apunta que, por medio de la Resolución materia de impugnación, el Regulador delimitó con precisión el sentido y el alcance del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, acorde con lo dispuesto en el numeral 6.1 de los Lineamientos de interpretación del Regulador.
32. Por otro lado, INCA RAIL indica que, contrariamente a lo argumentado por FETRANSA, a través de una interpretación literal del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión no se descarta incluir condiciones en el procedimiento de subasta que no vulneren el factor de competencia, cuando ello es necesario para asegurar un acceso equitativo, en los casos en que uno de los postores sea un operador vinculado al Concesionario.
33. Finalmente, INCA RAIL señala que la interpretación histórica que sostiene FETRANSA resulta sesgada y errada, pues si bien en las versiones al texto del proyecto de Contrato de Concesión se limitó la facultad del Regulador de cambiar el factor de competencia, de ningún modo se ha limitado el ejercicio de otras competencias atribuidas a OSITRAN, dentro de las cuales se encuentra introducir condiciones que, sin modificar el factor de competencia, garanticen un trato equitativo a los postores vinculado y no vinculados.

#### Análisis del Regulador

34. En relación al argumento de FETRANSA y PERURAIL sobre la incorporación de nuevas reglas y modificación del Contrato de Concesión derivado de la interpretación del mismo, se debe indicar que conforme a lo establecido en el Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (en adelante, REGO), la interpretación de los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, tiene como finalidad determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación; para lo cual se puede considerar como parte de la interpretación, el texto del contrato, sus anexos, las bases de la licitación y las circulares.
35. Es justamente esto último, es decir, tomar en cuenta el texto del Contrato y las bases de la licitación, lo que utilizó el Regulador para establecer el verdadero sentido, finalidad y alcance de la cláusula materia de interpretación.

---

<sup>6</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN

<sup>7</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN

36. Asimismo, los Lineamientos para la Interpretación y Emisión de Opiniones sobre Propuestas de Modificación y Reconversión de Contratos de Concesión, aprobados por Acuerdo de Consejo Directivo N° 557-154-04-CD-OSITRAN (en adelante, Lineamientos de interpretación) definen a la interpretación y modificación conforme a lo siguiente:

*“4.1 Interpretación*

*Aclaración o explicación sobre el sentido y significación del Contrato de Concesión.*

*4.2 Modificación*

*Cambio en el texto original del Contrato de Concesión. Una modificación es sustancial si la misma es generada por la ocurrencia de eventos no imputables al Concesionario o imputables al Concedente que han alterado significativamente la ecuación económica del contrato<sup>5</sup>. Una modificación es no sustancial cuando su objeto sea corregir errores materiales o situaciones no vinculadas a interpretaciones generales de contenidos del Contrato de Concesión, que no comprometen el equilibrio de la ecuación económica financiera del mismo.*

<sup>5</sup> *En la práctica, se asocia las modificaciones sustanciales a variaciones en el equilibrio económico del contrato”*

37. Conforme a lo indicado, se desprende que la interpretación efectuada mediante la Resolución impugnada se limita estrictamente a analizar el alcance de lo manifestado por las partes en el Contrato de Concesión, empleando para ello las cláusulas contenidas en el mismo.
38. Es por ello que, en el respeto irrestricto del marco normativo anterior, el análisis del Regulador parte de la Cláusula en cuestión y, al identificar la falta de claridad de esta última, se apoya en el resto de cláusulas del mismo Contrato de Concesión, tal como se ha especificado en el informe que sustenta la Resolución impugnada.
39. Aunado a ello, cabe precisar que sin perjuicio que el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión hace referencia al Factor de Competencia, ello no restringe al Regulador a que pueda recoger distintas cláusulas contractuales -entre ellas las relativas a las facultades del Regulador<sup>8</sup>- para encontrar el sentido del mismo.
40. Inclusive, tal como se afirmó en el Informe que sustentó la Resolución impugnada<sup>9</sup>, se descartó la posibilidad de integrar disposiciones no contempladas en el Contrato de Concesión, cubrir vacíos contractuales, así como realizar modificaciones al mismo, puesto que ello excedería el marco legal vigente y las competencias del Regulador.
41. Asimismo, en relación a la supuesta vulneración del Principio de Legalidad, así como los numerales 1 y 2 del artículo 3 y el numeral 5.3 del artículo 5 del TUO LPAG, corresponde señalar que el mismo carece de sustento toda vez que tal como se ha indicado precedentemente, mediante la interpretación efectuada no se ha determinado nuevas obligaciones para las Partes del Contrato de Concesión, siendo que la actuación del Regulador se desarrolló dentro del marco de sus competencias y respetando el ordenamiento jurídico aplicable antes citado.
42. Por tanto, el tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada no constituye una modificación al Contrato de Concesión, en tanto no modifica el texto original de éste ni establece obligaciones que no se encuentren contenidas dentro del ámbito del Contrato de Concesión, siendo que por el contrario, se limita a determinar el alcance y sentido de la cláusula materia de interpretación, como consecuencia del análisis del Contrato de Concesión en su contexto general. De esta manera, no resulta coherente afirmar que el Regulador ha excedido su facultad interpretativa, puesto que la misma se efectuó acorde

<sup>8</sup> Potestad Supervisora, conforme a la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión.

<sup>9</sup> *“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.”*

con las disposiciones aplicables previamente indicadas, sin modificar los términos y condiciones pactados por las partes en el referido Contrato.

43. De otro lado, FETRANSA alegó que la correcta interpretación que debió realizar OSITRAN fue la de determinar que su actuación sólo se circunscriba a la verificación del cumplimiento de lo establecido en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, y que el REMA es el dispositivo normativo que le otorga la facultad para actuar -intervenir en la subasta-, no el Contrato de Concesión.
44. Al respecto, es relevante mencionar lo señalado en la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN, mediante la cual se interpretó la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, conforme a lo siguiente:

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

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

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

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

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

45. Tal como se aprecia, en dicha oportunidad, FETRANSA y su operador vinculado (PERURAIL), reconocieron la facultad del Regulador para intervenir en los procedimientos de subasta en los que participe el operador vinculado, a través de la incorporación de condiciones para asegurar los principios de neutralidad o no discriminación, conforme a lo establecido en el artículo 92 del REMA.
46. Sin embargo, llama la atención que en el presente procedimiento, los recurrentes tengan una posición totalmente distinta a la antes expuesta, es decir, que el Regulador no tiene facultades para intervenir en los procedimientos de subasta en los que participe el operador vinculado, lo cual, a toda vista resulta contradictorio, no siendo consecuente en su accionar, pareciendo que dichas empresas pretenden dar una lectura antojadiza de la referida cláusula. Cabe agregar que las partes del procedimiento de interpretación del año 2008 y 2009, no cuestionaron, en su oportunidad, este aspecto resuelto por el Regulador.
47. Al respecto, lo que pretende el Concesionario es inferir que el Regulador cometió un error en la interpretación sistemática realizada. Sin embargo, lo señalado por éste carece de asidero, puesto que no resulta posible que el Regulador restrinja su facultad de supervisión exclusivamente a los numerales i) al v) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, sin dejar de verificar el cumplimiento de la totalidad del mismo.
48. Sobre esto último, es relevante acotar que la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión que regula la potestad supervisora del OSITRAN, 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.”*  
(...)”

49. De acuerdo a ello, es el mismo Contrato de Concesión el que determina la facultad del Regulador de verificar su respectivo cumplimiento, conforme a las Leyes Aplicables; razón por la cual se debe tomar en consideración las cláusulas 1.1<sup>10</sup> y 23.2<sup>11</sup> del Contrato de Concesión, que definen a las Leyes Aplicables como las leyes, reglamentos, decretos, normas, resoluciones, entre otros, emitidas por una Autoridad Gubernamental; en consecuencia, el REMA constituye una norma de obligatorio cumplimiento para el Concesionario, lo que se condice con lo establecido en el artículo 6 de dicha norma<sup>12</sup>, que indica que la misma 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.
50. En ese orden de ideas y tal como ha sido analizado en el Informe que sustenta la Resolución materia de impugnación, la utilización del REMA como el instrumento que faculta al Regulador para intervenir en el procedimiento de subasta en el que participe el operador vinculado, se conocía desde las interpretaciones del Contrato de Concesión realizadas en los años 2008 y 2009, por tanto la interpretación materia de impugnación resulta alineada con pronunciamientos anteriores del Regulador y de la estricta aplicación del Contrato de Concesión, el cual incluye la aplicación de las Leyes Aplicables al mismo (REMA).
51. En dicho contexto, no es factible aseverar que el Regulador haya efectuado una interpretación de sus atribuciones legales -aplicación del REMA-, siendo que la interpretación realizada por el Regulador deviene de una lectura sistemática del numeral iii) de la cláusula 7.6 y la cláusula 17.1 del Contrato de Concesión, lo que permite que en ejercicio de su potestad de supervisión, intervenga en el proceso de subasta para garantizar que se respete el factor de competencia, y se mitigue cualquier posible conducta que pueda afectar el tratamiento equitativo.
52. En tal sentido, queda claro que el Regulador no ha “contractualizado” (SIC) las facultades que ya tenía previstas en el REMA, puesto que su accionar -interpretación materia de impugnación- se fundamenta en esclarecer el sentido del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, siendo que para ello aplicó estrictamente el Contrato de Concesión, el cual comprende la facultad de supervisión y la utilización de las Leyes Aplicables.
53. Por su parte, PERURAIL señaló que no hay ambigüedad en el Contrato de Concesión que justifique la aplicación del REMA, puesto que el Consejo Directivo -en la Resolución impugnada- ha indicado que no hay duda que el operador vinculado participe en la subasta y que el factor de competencia en las subastas corresponde a la tarifa por uso de vía más alta.
54. Al respecto, cabe mencionar que si bien el Informe Conjunto N° 088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF) que sustenta la Resolución materia de impugnación ha señalado que el operador vinculado se encuentra habilitado para participar en el proceso subasta, ello deviene de las interpretaciones realizadas al Contrato de Concesión en los años 2008 y 2009. De igual modo, tal como se ha indicado en el referido Informe Conjunto, la tarifa por uso de vía más alta es el factor de competencia que determina al ganador de la subasta, independientemente del operador -vinculado o no al Concesionario- que participe en la

<sup>10</sup> “**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.

(...)”

<sup>11</sup> “**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

(...)”

<sup>12</sup> “**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.”

misma, lo que también se condice con las interpretaciones antes mencionadas, puesto que de ellas se colige que el diseño del Contrato de Concesión debe respetarse, razón por la cual no resulta posible modificar el factor de competencia.

55. En esa línea, se debe resaltar que las interpretaciones de los años 2008 y 2009 no se pronunciaron sobre el numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, a efectos de establecer si el factor de competencia previsto en el mismo -tarifa por uso de vía más alta- acepta o no algún tipo de excepción, ni indicaron hasta qué punto el Regulador puede intervenir en la subasta.
56. Fue justamente por tales razones<sup>13</sup> que el Regulador estimó pertinente interpretar de oficio el referido numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, lo que claramente justificó la aplicación del REMA como parte de las disposiciones normativas que comprende las Leyes Aplicables al cual hace referencia el Contrato de Concesión.
57. Finalmente, en relación a lo señalado por PERURAIL respecto a que la interpretación de OSITRAN en la que se pretende la aplicación del REMA, no está debidamente sustentada, además que excede los límites que rigen la facultad de interpretación, siendo que la misma no es la vía para modificar el Contrato de Concesión ni “contractualizar” (SIC) la aplicación de una norma como el REMA, corresponde señalar que ello ya fue debidamente analizado párrafos arriba, habiendo quedado claro que: i) no se han excedido las facultades de interpretación conferidas al Regulador, ii) no existe una modificación al Contrato de Concesión derivada de la interpretación contractual, y iii) no existe una “contractualización” (SIC) de las facultades que otorga el REMA, puesto que dichas prerrogativas se encuentran contempladas en el marco de la facultad de supervisión y la utilización de las Leyes Aplicables reguladas en el Contrato de Concesión.
58. En tal sentido, deben desestimarse los argumentos presentados por los recurrentes sobre este extremo.

**B. Sobre la inaplicabilidad de las posibles condiciones que OSITRAN podría incluir en la subasta.**

59. FETRANSA señaló que aun cuando la Resolución impugnada reconoce la posibilidad de incluir condiciones en la subasta, ni el informe ni dicha Resolución establecen expresamente cuáles son las condiciones que el Regulador podría imponer en los procesos de subasta.
60. Así también, indicó que OSITRAN entendería que las posibles alternativas a aplicar en la subasta serían: i) gestión más comprehensiva de la malla horaria, ii) participación en frecuencias contiguas, iii) conveniencia de requerir el inicio de operaciones de frecuencias asignadas, o iv) posibilidad de múltiples rondas de subasta.
61. Además de ello, manifestó que si bien el establecimiento de condiciones no es parte del presente proceso, ninguna de dichas alternativas podría ser aplicada por OSITRAN, en la medida que constituyen una vulneración al marco legal aplicable, al Contrato de Concesión y a la misma interpretación del Regulador.

---

<sup>13</sup> Tal como se indicó en el Informe Conjunto No. 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF) que sustentó la Resolución impugnada:

*“115. Dichas resoluciones constituyen actos administrativos firmes que, contrariamente a lo solicitado por INCA RAIL, no pueden ser revocados o dejados sin efectos. 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.”*

62. De igual forma, señaló que, la intervención del Regulador en la subasta, no podrá transgredir las disposiciones del Contrato de Concesión ni el sentido de su Cláusula 7.6, ni podrá establecer disposiciones que coloquen a los operadores (vinculados o no) en situaciones distintas, por lo que políticas como redefinir la malla horaria, intercalar la asignación de frecuencias, la posibilidad de imponer múltiples rondas de subasta o conveniencia de requerir el inicio de operaciones, deben ser descartadas, por constituir modificaciones al Contrato de Concesión, en la medida que afectan las reglas bajo las que los operadores participan en la subasta.

#### Opinión de INCA RAIL

63. INCA RAIL indica que ni en la Resolución impugnada ni en el informe que la sustenta, el Consejo Directivo de OSITRAN ha establecido, determinado o sugerido ningún tipo de medida de intervención en la subasta, dado que la determinación de las eventuales medidas adicionales que se aplicarán para garantizar la equidad en el acceso a la prestación del servicio de transporte ferroviario en un caso concreto, no es materia del presente procedimiento de interpretación contractual.
64. De igual modo, alega que lo que ha hecho el Consejo Directivo del Regulador es brindar algunos ejemplos en abstracto que son compatibles con el Contrato de Concesión y su interpretación, tal como se desprende del numeral 179 del Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN, el cual hace referencia a las medidas propuestas por éste, mas no una determinación concreta de las medidas propuestas.

#### Análisis del Regulador

65. Sobre el particular, tal como se indicó en el Informe Conjunto N° 088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF)<sup>14</sup> que sustenta la Resolución impugnada, las referidas alternativas o condiciones que se incorporarían en la subasta, corresponden ser evaluadas en el marco de un procedimiento de subasta a través de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en coordinación con los órganos del OSITRAN competentes<sup>15</sup>, para mitigar posibles conductas que puedan afectar el tratamiento equitativo o desincentiven el acceso en condiciones competitivas en dichos procedimientos de subasta. En tal sentido, carece de sentido emitir un pronunciamiento sobre el referido argumento.
66. Sin perjuicio de ello, cabe agregar que tales propuestas de condiciones señaladas por FETRANSA en su Recurso de Reconsideración parcial no fueron planteadas por el Regulador, siendo que éste citó las mismas como parte de los argumentos económicos formulados por INCA RAIL durante el procedimiento de interpretación contractual<sup>16</sup>,

---

<sup>14</sup> “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.”

<sup>15</sup> Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N°012-2015-PCM  
“Artículo 52.- De la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

6. Velar por el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, 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, en coordinación con los órganos del OSITRAN competentes, en caso corresponda, así como formular las bases para la subasta para el acceso a la facilidad esencial en las infraestructuras de transporte de uso público de competencia del OSITRAN”

<sup>16</sup> De acuerdo a lo indicado en el Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF) que sustentó la Resolución impugnada:

“99. El 08 de enero de 2019, INCA RAIL remitió dos informes económicos (...)

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 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

habiéndose indicado que las mismas iban a ser evaluadas por el Regulador -a través de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización- como parte de su función supervisora.

67. En tal sentido, deben desestimarse los argumentos presentados por el Concesionario sobre este punto.

**C. Sobre la contravención del deber de motivación.**

68. PERURAIL señaló que en el supuesto negado que sea posible la intervención de OSITRAN, la Resolución contraviene el deber de motivación establecido en los numerales 2 y 4 del artículo 3 del TUO LPAG, pues ni en dicho acto administrativo ni en el informe que lo sustenta se establecen los criterios o parámetros que tomará en cuenta el Regulador para intervenir en los procedimientos de subasta e incorporar condiciones adicionales que, sin alterar el factor de competencia previsto en el numeral iii) del Contrato de Concesión, asegurarán la equidad entre los postores de la subasta, colocando a PERURAIL en una situación de incertidumbre e indefensión.
69. Asimismo, indicó que en tanto el informe que sustenta la Resolución impugnada ha dispuesto que la intervención de OSITRAN se analizará a partir de “cada caso en particular”, ha dejado expedida la facultad de incorporar discrecionalmente ciertas condiciones propuestas por INCA RAIL.
70. En ese contexto, señaló que la condición propuesta por INCA RAIL relativa a la participación en frecuencias contiguas ya adjudicadas, no sería aplicable puesto que la misma limitaría la participación del operador vinculado en una eventual subasta, lo que además contradice lo resuelto por el propio Consejo Directivo, respecto a la imposibilidad de impedir o limitar la participación del operador vinculado en subastas.

**Opinión de INCA RAIL**

71. Sobre el particular, INCA RAIL menciona que no es objeto del presente procedimiento de interpretación que el Consejo Directivo de OSITRAN establezca los criterios, parámetros o medidas a ser utilizadas en las subastas cuando participen el operador vinculado y el operador no vinculado.

**Análisis del Regulador**

72. Al respecto, cabe señalar que lo afirmado por PERURAIL resulta incorrecto, ya que el cuarto párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada señala como criterios a considerar por parte del Regulador para incorporar condiciones adicionales que éste no debe llegar a impedir al operador vinculado a participar en la subasta, y que no debe contravenir las reglas del procedimiento de subasta estipuladas expresamente en el Contrato de Concesión.
73. Esto se refuerza con lo indicado en el informe que sustenta dicha resolución, el cual precisa lo siguiente:

*“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:*

---

*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.”*

- (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.”

(Subrayado agregado)

74. De igual forma, respecto a lo alegado por PERURAIL referido a la utilización por parte del Regulador de ciertas condiciones en el proceso de subasta propuestas por INCA RAIL, particularmente la relativa a la participación de frecuencias contiguas ya adjudicadas, la cual limitaría la participación del operador vinculado en la subasta, reiteramos lo apuntado párrafos previos en el presente informe, puesto que las condiciones que se incorporarían en la subasta corresponderán ser evaluadas caso por caso por parte de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en coordinación con los órganos competentes de OSITRAN, no siendo el presente procedimiento la vía para resolver sobre dicho aspecto.
75. En tal sentido, deben desestimarse los argumentos presentados por PERURAIL sobre este punto.

**D. Sobre los aspectos económicos señalados por INCA RAIL.**

76. En la audiencia de uso de la palabra realizada el 21 de agosto de 2019, INCA RAIL señaló que: i) la subasta no afecta la competencia en el mercado, ya que es un mecanismo en el acceso para entrar al mercado (competencia por el mercado), lo que es distinto de una competencia en el mercado, ii) no existe ningún sustento sobre cómo PERURAIL ha definido los mercados relevantes donde INCA RAIL alcanza el 42% de participación de mercado, y iii) es falso que la intervención del Regulador en la subasta llevaría a que INCA RAIL se convierta en un monopolio.
77. Al respecto, sobre lo mencionado en el párrafo anterior, PERURAIL ha indicado que: i) INCA RAIL olvida que cuando una empresa gana una subasta, se hace dueño absoluto de la frecuencia, y por lo tanto, es un monopolista en el horario asignado, siendo que cada vez que INCA RAIL obtiene una frecuencia crece en el mercado al movilizar pasajeros de forma exclusiva, ii) la justificación de la definición de los mercados relevantes que muestran el 42% de “market share” que tiene INCA RAIL en algunos horarios, se encuentra sustentado en el documento “Análisis de las participaciones de mercado en los mercados relevantes del Ferrocarril Sur Oriente”, presentado por PERURAIL al Regulador en el procedimiento de interpretación contractual, y iii) si el Regulador interviene o impide la participación del operador vinculado en las subastas por frecuencias contiguas o intervenga de forma arbitraria en las condiciones de la subasta, se llegará, tarde o temprano, a crear un monopolio por parte de INCA RAIL.
78. Pues bien, sobre el particular, corresponde señalar que los argumentos expuestos por el recurrente -PERURAIL-, así como por el tercero interesado -INCA RAIL-, se encuentran vinculados con el procedimiento de subasta y sus implicancias, no estando por tanto relacionados con la interpretación contractual, la misma que tuvo como objeto<sup>17</sup> determinar si el numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión admite algún tipo de

<sup>17</sup> De acuerdo a lo indicado en el Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN (GAJ-GRE-GSF) que sustentó la Resolución impugnada:

“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.”



excepción al factor de competencia y si el Regulador puede ejercer todas sus facultades previstas en el REMA.

79. En tal sentido, considerando que el procedimiento de subasta forma parte de la evaluación de una instancia distinta -Gerencia de Supervisión y Fiscalización- a la que resuelve los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por los recurrentes, no corresponde emitir un pronunciamiento sobre los argumentos formulados en el presente acápite, en tal razón, los mismos deben ser desestimados.

**E. Sobre el supuesto de inequidad por la sola participación del operador vinculado.**

80. FETRANSA señaló que de acuerdo al informe que motiva la Resolución impugnada, en los procedimientos de subasta en donde participe PERURAIL, OSITRAN podría analizar las condiciones de competencia existentes y disponer si deben incorporarse o no condiciones específicas en dichas subastas, lo que no ocurriría en los procedimientos de subasta donde PERURAIL no sea postor. Sin embargo, la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, que regula la subasta no diferencia entre operadores de servicios de transporte ferroviario vinculados o no vinculados, por lo que OSITRAN no podría establecer diferencia alguna ni procedimiento distinto en caso PERURAIL participe en la subasta. Por tanto, con la interpretación realizada se crean nuevas y diferentes obligaciones en el Contrato de Concesión, lo cual no es acorde con los Lineamientos de interpretación del Regulador.
81. De otro lado, PERURAIL manifiesta que el Regulador, mediante el tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada, se ha reservado el derecho de incorporar otras condiciones para garantizar la equidad por la sola participación del operador vinculado, por lo que se estaría afirmando que la sola presencia de PERURAIL en la subasta generaría una inequidad en la misma, contraviniendo de esta manera: i) el Contrato de Concesión, pues en la parte introductoria de la Cláusula 7.6 se establece el deber del Concesionario de respetar el principio de equidad, así como también las normas de libre competencia, ii) la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN, puesto que en ella se establece que en la Cláusula 7.6 no se genera una inequidad y que la participación del operador vinculado se encuentra prevista en dicha Cláusula, así como también se indicó que la participación de PERURAIL por sí misma, no constituye elemento suficiente para modificar el Contrato, y iii) la Resolución impugnada dado que, al incorporar condiciones adicionales cuando participe PERURAIL, se estaría desconociendo que la tarifa por uso de vía más alta es el único factor de competencia, conforme a lo indicado en el segundo párrafo de su artículo 1.
82. En relación a lo anterior, FETRANSA ha indicado que el mecanismo de subasta establecido en el Contrato de Concesión asegura el cumplimiento del principio de equidad y neutralidad, señalando que ello ha sido reconocido por la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN, en el que dispuso que la competencia entre operadores, es decir, la subasta, es una forma de disciplinar el mercado y que el acceso a las vías debe ser otorgado por igual entre los operadores que participen en la subasta.
83. Por otra parte, PERURAIL apunta que existe una contradicción entre los considerandos 169 y 171 que sustentan el tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada, pues en el primer caso se indica que de permitirse la participación del operador vinculado el factor de competencia no sería suficiente para garantizar el cumplimiento del principio de neutralidad, mientras que en el segundo caso se señala que la sola presencia del operador vinculado en la subasta no justifica la intervención de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (pues no genera per se un tratamiento inequitativo), motivo por el cual, no existe una coherencia con el análisis de la decisión adoptada, la cual parte de la premisa que la sola participación del operador vinculado ordena la intervención del OSITRAN, pues la tarifa por uso de vía más alta no garantiza la Equidad o Neutralidad.

**Opinión de INCA RAIL**

84. INCA RAIL señala que lo que sí fue objeto del procedimiento de interpretación es, si el principio de Equidad que rige la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, debe informar

todo el tratamiento correspondiente al procedimiento de subasta entre un operador vinculado y otro no vinculado, y si el factor de competencia previsto en el numeral iii) de la Cláusula 7.6 para la subasta, no impide que el Regulador pueda adoptar, de acuerdo con sus prerrogativas, medidas adicionales que permitan generar competencia en la subasta.

85. De igual manera, apunta que mediante una interpretación sistemática del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, permite afirmar que el principio de equidad es aplicable a la subasta, puesto que la Cláusula materia de interpretación no puede ser sustraída del principio de equidad, ni tampoco de las Cláusulas que prevén la participación de OSITRAN en su ejecución (en forma expresa o en virtud de la exigencia de sujeción a las normas aplicables).

#### Análisis del Regulador

86. En relación a lo expuesto, FETRANSA señaló que la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión no hace diferencia entre operadores vinculados y no vinculados, por lo que OSITRAN no puede establecer un procedimiento distinto en caso PERURAIL participe en la subasta, dado que no se pueden crear nuevas obligaciones en el referido Contrato.
87. Sobre este punto, si bien el Contrato de Concesión en su cláusula 7.6 no hace diferencia entre operadores de servicios de transporte ferroviario vinculados o no vinculados, respecto a su participación en los procedimientos de subasta; ello no es impedimento para que el Regulador pueda aplicar el REMA, en cuyo artículo 92 se establece lo siguiente:

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

(...)

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.

(...)

(Subrayado agregado)

88. Como se observa, este dispositivo normativo -REMA- es el que diferencia entre los operadores de servicios de transporte ferroviario vinculados o no vinculados al Concesionario, a fin de salvaguardar los principios de neutralidad y/o de no discriminación, siendo además que el mismo forma parte de las Leyes Aplicables reguladas en el Contrato de Concesión.
89. En tal sentido, es evidente que la interpretación del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión tuvo como finalidad determinar el sentido de la misma, por medio de la lectura del Contrato de Concesión en su conjunto, y a través de la aplicación de las Leyes Aplicables, entre las que destaca el REMA, no habiéndose creado obligaciones distintas a las ya establecidas en el Contrato de Concesión.
90. Asimismo, en relación a la supuesta vulneración de los Lineamientos de interpretación, corresponde indicar que el último párrafo del numeral 6.1 de los mismos determinan que el OSITRAN no se encuentra facultado a crear obligaciones que no se encuentren contenidas o comprendidas dentro del ámbito del propio Contrato de Concesión, siendo que ello implicaría reemplazar ilegalmente las voluntades de las Partes.
91. En tal sentido, tal como se indicó en el Informe que sustenta la Resolución impugnada, la interpretación se efectuó sobre las cláusulas contenidas en el Contrato de Concesión, lo cual no tuvo como propósito la integración de disposiciones no contempladas en dicho

contrato o cubrir vacíos contractuales, en razón que ello excedería el marco legal vigente y las competencias de OSITRAN. En consecuencia, no se han creado nuevas obligaciones en el Contrato de Concesión, por lo que no se aprecia una contravención a los referidos Lineamientos de interpretación por parte del Regulador.

92. Por su parte, PERURAIL señala que el Regulador, mediante la Resolución impugnada, se reservó el derecho de introducir otras condiciones a fin de garantizar la equidad en la subasta, afirmándose de este modo que por la sola participación del operador vinculado en la subasta se generaría una inequidad en la misma, contraviniendo de esta manera el Contrato de Concesión, la interpretación del año 2009 y la propia Resolución impugnada.
93. En primer término, es menester reiterar que la prerrogativa que habilita al Regulador a incluir condiciones en el procedimiento de subasta con el fin de que el operador vinculado no obtenga un tratamiento privilegiado o violatorio del principio de equidad, ha sido establecida por el REMA en su artículo 92, de modo tal que, es el referido dispositivo legal el que diferencia entre los operadores de servicios de transporte ferroviario vinculados o no vinculados al Concesionario, a fin de garantizar los principios de neutralidad y/o de no discriminación, el mismo que constituye como Ley Aplicable al Contrato de Concesión.
94. Ahora bien, bajo esta premisa, la contravención al Contrato de Concesión que alega PERURAIL, en el sentido que en dicho título, en la parte introductoria de su Cláusula 7.6 se establece el deber del Concesionario de respetar el principio de equidad, así como también las normas de libre competencia, es conveniente remitirnos a lo indicado en la Cláusula en cuestión, que regula 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.”*

95. De la Cláusula precitada, se advierte que el Concesionario tiene la obligación de no discriminar entre los operadores que solicitan servicios equivalentes, y que se encuentra prohibido de realizar actos o conductas que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea, pudiendo ser sancionado por infracción grave a la libre competencia por parte de la autoridad competente, lo que faculta al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión, esto es, la caducidad del Contrato de Concesión; asimismo, se dispone que tanto el Concedente como el Regulador se encuentran legitimados para iniciar un procedimiento ante INDECOPI, cuando consideren que el Concesionario estaría infringiendo las normas de libre competencia.
96. Al respecto, es necesario señalar que, si bien en la Cláusula 7.6 se establecen prohibiciones y obligaciones hacia el Concesionario a fin de respetar la equidad en los servicios y de evitar posibles prácticas anticompetitivas, debemos tener en cuenta que, conforme a lo resuelto por la Resolución N° 050-2008-CD-OSITRAN<sup>18</sup> y la Resolución N°

---

<sup>18</sup> “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**

023-2009-CD-OSITRAN<sup>19</sup>, el tratamiento equitativo por parte del Concesionario en el procedimiento de subasta en donde participe el operador vinculado, quedará garantizado por OSITRAN a través de lo regulado en el Contrato de Concesión y el REMA.

97. Aunado a ello, el Regulador, en virtud de su rol supervisor del Contrato de Concesión - Cláusula 17.1-, puede verificar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el mismo, vigilando el adecuado desarrollo del procedimiento de subasta regulado en dicho título.
98. De otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 26917<sup>20</sup>, OSITRAN tiene la misión de regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como también la de supervisar el cumplimiento de lo establecido en los respectivos Contratos de Concesión.
99. Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley N° 26917<sup>21</sup>, entre los objetivos que tiene OSITRAN, está la de fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras.
100. En ese tenor, el artículo 7 de la citada Ley<sup>22</sup>, establece que OSITRAN, entre sus principales funciones, se encuentra la de cautelar el acceso universal en el uso de infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en el acceso a dicha infraestructura.
101. En esa línea, cabe señalar que es el INDECOPI quien tiene entre sus funciones la de evaluar y sancionar las prácticas anticompetitivas, conforme al marco normativo, por lo que no resulta posible alegar una vulneración al Contrato de Concesión derivado del procedimiento de interpretación.

---

**postores no vinculados con relación al tratamiento que dicho Concesionario le otorgue a su operador vinculado.**

(...)"

(Subrayado y resaltado agregado)

<sup>19</sup> "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)

<sup>20</sup> "Artículo 3.- Misión de OSITRAN

3.1. La misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como, el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; en el marco de las políticas y normas que dicta el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito."

<sup>21</sup> "Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

(...)

d) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI."

<sup>22</sup> "Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

p) Cautelar el acceso universal en el uso de la infraestructura pública nacional de transporte y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura.

(...)"

102. Por tanto, el Regulador, en virtud de su potestad supervisora, así como en lo dispuesto en las interpretaciones del año 2008 y 2009, puede intervenir en el procedimiento de subasta a fin de mitigar cualquier potencial conducta que atente contra el principio de Equidad establecido en el Contrato de Concesión, preservando y fomentando de esta forma la libre competencia en la utilización de la infraestructura ferroviaria de uso público, lo cual no constituye de ningún modo una vulneración a los términos previstos en el Contrato de Concesión, por lo que queda desvirtuado lo alegado por PERURAIL.
103. Respecto a la contravención de lo determinado en la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN, lo alegado por PERURAIL, en lo referente a que en dicho acto administrativo se señaló que la participación del operador vinculado en el procedimiento de subasta se encuentra previsto en el texto de la Cláusula 7.6, debemos manifestar que en el año 2009 se confirmó que el operador vinculado podía presentarse como postor en la subasta. Si bien PERURAIL afirma que en la interpretación del año 2009 se habría establecido que la redacción de la Cláusula 7.6 no genera una situación de inequidad entre los postores, ello no se verifica en ninguno de los fundamentos de la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN, como tampoco en los fundamentos de la Resolución N° 050-2008-CD-OSITRAN, razón por la cual, dicho argumento no es correcto y carece de sustento.
104. Igualmente, sobre el argumento referido a que el tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada contraviene la Resolución del año 2009, puesto que el Regulador habría indicado que la participación del operador vinculado por sí misma, no constituye elemento suficiente para modificar el Contrato de Concesión, debemos indicar que, en el fundamento 116<sup>23</sup> de la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN, se 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, disposición que OSITRAN mediante la interpretación realizada en la Resolución impugnada ha respetado a cabalidad.
105. En efecto, a través de la Resolución impugnada, OSITRAN no ha desconocido lo resuelto por la Resolución del año 2009, dado que, tal como se señala en el fundamento 172<sup>24</sup> del informe que motiva la Resolución impugnada, la incorporación de las condiciones que el Regulador utilice para garantizar un tratamiento equitativo a los postores, no puede contravenir las reglas estipuladas expresamente en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.
106. Asimismo, tal como se indica en el fundamento 173<sup>25</sup> del informe que sustenta la referida Resolución, las condiciones que el Regulador incorpore en futuras subastas de acceso a

---

<sup>23</sup> "116. De otro lado, la existencia o no de futuros problemas para el acceso a los servicios de transporte ferroviario, no constituye elemento suficiente ni criterio interpretativo alguno para que OSITRAN varíe las Cláusulas Contractuales vigentes, o de ser el caso, establezca restricción alguna al derecho otorgado a las Partes."

<sup>24</sup> "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."

(Subrayado y resaltado agregado)

<sup>25</sup> "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:**

un mismo segmento de línea férrea no puede impedir la participación del operador vinculado en dicho concurso, así como tampoco alterar el factor de competencia regulado en el numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.

107. En virtud de ello, de conformidad con lo apuntado en el fundamento 175<sup>26</sup> del informe que sustenta la Resolución materia de impugnación, la interpretación efectuada no ha modificado el Contrato de Concesión y ha respetado los términos y condiciones pactados por las partes, pues se determinó que la tarifa por uso de vía más alta es el único criterio de selección para asignar un mismo segmento de línea férrea en los procedimientos de subasta.
108. Por consiguiente, dado que la Resolución impugnada no ha modificado el Contrato de Concesión, y siendo que las eventuales condiciones que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización podría incorporar en un futuro procedimiento de subasta, de ser el caso, se encuentran sujetas a determinados parámetros, tales como: no limitar la participación del operador vinculado, así como no alterar el factor de competencia -tarifa por uso de vía más alta-, queda claro que se ha respetado de esta manera lo dispuesto en la interpretación del año 2009, por lo que el argumento formulado por PERURAIL debe ser desestimado.
109. De otro lado, PERURAIL afirma que existe una contravención a la propia Resolución impugnada, debido a que, al incorporar condiciones adicionales cuando participe el operador vinculado a la subasta, se estaría desconociendo que la tarifa por uso de vía más alta es el único factor de competencia, conforme a lo indicado en el segundo párrafo de su artículo 1.
110. Sobre ello, debemos manifestar que no existe tal inconsistencia en la Resolución impugnada, puesto que como se ha indicado de forma clara en la referida Resolución y en el informe que la sustenta, las condiciones adicionales que el Regulador eventualmente utilice en futuros procedimientos de subasta no pueden modificar el factor de competencia establecido en el numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, así como tampoco puede llegar a impedir la participación del operador vinculado en la subasta, ni transgredir las reglas del procedimiento de subasta previstas en el Contrato de Concesión, siendo estos puntos los parámetros que el Regulador debe cumplir al momento de intervenir en la subasta.
111. En consecuencia, independientemente del mecanismo que OSITRAN utilice en las subastas a fin de garantizar un tratamiento igualitario de los postores y acceso a la facilidad en condiciones competitivas, el factor de competencia para asignar un mismo segmento de línea férrea será siempre la tarifa por uso de vía más alta, por lo que el argumento argüido por PERURAIL debe ser desestimado.
112. De otro lado, FETRANSA argumenta que el mecanismo de subasta establecido en el Contrato de Concesión asegura el cumplimiento del principio de equidad y neutralidad, señalando que ello ha sido reconocido por la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN.
113. Sobre el particular, debemos indicar que tal como hemos manifestado en el presente informe, tanto en la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2008-CD-OSITRAN, como en

- 
- (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.”*

(Subrayado y resaltado agregado)

<sup>26</sup> “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.”

la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD-OSITRAN, el Regulador dispuso que el tratamiento equitativo por parte del Concesionario en el procedimiento de subasta en el que participe el operador vinculado quedará sujeto al cumplimiento de las reglas previstas tanto en el Contrato de Concesión como en el REMA, por lo que lo alegado por FETRANSA no se condice con lo resuelto en las mencionadas Resoluciones, siendo que el principio de equidad y neutralidad no se garantiza solamente con el mecanismo de subasta previsto en el Contrato de Concesión, sino que también resulta necesaria la intervención del Regulador a través de sus facultades establecidas en el REMA.

114. Por otra parte, PERURAIL argumenta que existe una contradicción entre los considerandos 169 y 171 que sustentan el tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada, debido a que en el primer fundamento se indica que de permitirse la participación del operador vinculado, el factor de competencia no sería suficiente para garantizar el cumplimiento del principio de neutralidad, mientras que en el segundo fundamento se señala que la sola presencia del operador vinculado en la subasta no justifica la intervención de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (pues no genera per se un tratamiento inequitativo).
115. Pues bien, en cuanto al fundamento 169<sup>27</sup>, el Regulador concluyó que al poder el operador vinculado participar en el procedimiento de subasta, y que la tarifa por uso de vía más alta es el único factor que se puede utilizar para elegir al ganador de dicho concurso, esta situación no aseguraría un tratamiento conforme al principio de neutralidad, debido a que la vinculación entre el operador vinculado y el administrador de la infraestructura ferroviaria generaría una ventaja potencial en favor del primero, lo que ameritaría la intervención de OSITRAN (ex ante).
116. Asimismo, respecto al fundamento 171<sup>28</sup> del Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN, se determinó que la participación del operador vinculado en la subasta no justifica per se la intervención de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, siendo que analizará caso por caso a fin de determinar si existe un riesgo en que la participación del operador vinculado pueda generar un tratamiento inequitativo, ello en virtud del principio de Actuación basado en Análisis Costo – Beneficio establecido en el REGO de OSITRAN.<sup>29</sup>
117. Dicho de otra forma, lo que se estableció en el fundamento 171 del informe que sustenta la Resolución impugnada es que, a pesar de la potencial ventaja que ostenta el operador vinculado por su condición como tal en el procedimiento de subasta, y de la cual podría valerse en detrimento de los demás postores, el Regulador entiende que no siempre dicha ventaja por sí misma constituirá un riesgo que vulnere el principio de equidad, por lo que se analizará el nivel de riesgo que existe en cada caso, con la finalidad de determinar si es necesaria la intervención o no del Regulador, lo cual se encuentra en línea con el mencionado principio de Actuación basado en Análisis Costo – Beneficio.

---

<sup>27</sup> Informe Conjunto N° 0088-2019-IC-OSITRAN:

*“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.**”*

(Subrayado y resaltado agregado)

<sup>28</sup> “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.”

<sup>29</sup> “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.”

118. De esta manera, lo indicado por el fundamento 171 se complementa con lo señalado en el fundamento 169, al delimitar la intervención de OSITRAN cuando el operador vinculado participa en la subasta, la cual como ya se dijo, se verá caso por caso.
119. Por lo expuesto, no existe una incoherencia en los fundamentos 169 y 171 que sustentan la interpretación del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, plasmada en la Resolución N° 031-2019-CD-OSITRAN, ya que como ha quedado indicado, los mismos son congruentes y se complementan entre sí, a efectos de que la intervención del Regulador, en el procedimiento de subasta en el que participe el operador de servicios de transporte ferroviario vinculado, sea adecuada y razonable, motivo por el cual, el argumento articulado por PERURAIL debe ser desestimado.
120. Por lo antes expuesto, deben desestimarse los argumentos esgrimidos por los recurrentes sobre este extremo.

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. El tercer párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada no constituye una modificación al Contrato de Concesión, en tanto no modifica el texto original de éste ni establece obligaciones que no se encuentren contenidas dentro del ámbito del Contrato de Concesión, siendo que por el contrario, se limita a determinar el alcance y sentido de la cláusula materia de interpretación, como consecuencia del análisis del Contrato de Concesión en su contexto general. De esta manera, no resulta correcto afirmar que el Regulador ha excedido su facultad interpretativa, puesto que la misma se efectuó acorde con las disposiciones aplicables, sin modificar los términos y condiciones pactados por las partes.
2. El argumento al que hace referencia PERURAIL sobre la supuesta vulneración al Principio de Legalidad, así como los numerales 1 y 2 del artículo 3 y el numeral 5.3 del artículo 5 del TUO LPAG, al señalar que a través de la interpretación realizada al Contrato de Concesión se modificó el mismo, carece de sustento toda vez que tal como se ha indicado precedentemente, mediante la interpretación efectuada no se han determinado nuevas ni distintas obligaciones para las Partes del Contrato de Concesión, siendo que la actuación del Regulador se desarrolló en el marco de sus competencias y respetando el ordenamiento jurídico aplicable.
3. La interpretación del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión tuvo como finalidad determinar el sentido de la misma, por medio de la lectura del Contrato de Concesión en su conjunto, y a través de la aplicación de las Leyes Aplicables, entre las que destaca el REMA, no habiéndose creado obligaciones distintas a las ya establecidas en el Contrato de Concesión.
4. El Regulador no ha “contractualizado” las facultades que ya tenía previstas en el REMA, puesto que su accionar -interpretación materia de impugnación- se fundamenta en esclarecer el sentido del numeral iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, siendo que para ello aplicó estrictamente el Contrato de Concesión, el cual comprende la facultad de supervisión y la utilización de las Leyes Aplicables.
5. Las alternativas o condiciones señaladas por INCA RAIL en el procedimiento de interpretación contractual, que se incorporarían en la subasta, corresponden ser evaluadas en el marco de un procedimiento de subasta a través de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en coordinación con los órganos competentes del OSITRAN, para determinar la existencia de riesgos de tratamiento inequitativo o la afectación de la competencia en dichos procedimientos de subasta; en consecuencia, no corresponde emitir pronunciamiento sobre los argumentos relacionados a este aspecto.
6. El cuarto párrafo del artículo 1 de la Resolución impugnada señala como criterios a considerar por parte del Regulador para incorporar condiciones adicionales que éste no debe llegar a impedir al operador vinculado a participar en la subasta, y que no debe



contravenir las reglas del procedimiento de subasta estipuladas expresamente en el Contrato de Concesión, de modo que lo afirmado por PERURAIL respecto al deber de motivación no resulta correcto.

7. El Regulador, en virtud de su potestad supervisora, de manera similar a lo dispuesto en las interpretaciones del año 2008 y 2009, puede intervenir en el procedimiento de subasta a fin de mitigar cualquier potencial conducta que atente contra el principio de Equidad establecido en el Contrato de Concesión, preservando y fomentando de esta forma la libre competencia en la utilización de la infraestructura ferroviaria de uso público, lo cual no constituye de ningún modo una vulneración a los términos previstos en el Contrato de Concesión, por lo que queda desvirtuado lo alegado por PERURAIL.
8. Respecto al argumento referido a la vulneración de la Resolución del año 2009, dado que la Resolución impugnada no ha modificado el Contrato de Concesión, y siendo que las eventuales condiciones que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización podría incorporar en un futuro procedimiento de subasta, de ser el caso, se encuentran sujetas a determinados parámetros, queda claro que se ha respetado de esta manera lo dispuesto en la interpretación del año 2009, por lo que el argumento formulado por PERURAIL debe ser desestimado.
9. En relación al argumento sobre una contravención a la propia Resolución impugnada, debemos manifestar que no existe tal inconsistencia, puesto que las condiciones adicionales que el Regulador eventualmente utilice en futuros procedimientos de subasta no pueden modificar el factor de competencia establecido en la cláusula materia de interpretación, así como tampoco puede llegar a impedir la participación del operador vinculado en la subasta, ni transgredir las reglas del procedimiento de subasta previstas en el Contrato de Concesión, siendo éstas las medidas que el Regulador debe cumplir al momento de intervenir en la subasta.
10. Sobre al argumento de FETRANSA relativo a que el mecanismo de subasta establecido en el Contrato de Concesión asegura el cumplimiento del principio de equidad y neutralidad, debemos indicar que tanto en las interpretaciones del año 2008 y 2009, el Regulador dispuso que el tratamiento equitativo por parte del Concesionario en el procedimiento de subasta en el que participe el operador vinculado quedará sujeto al cumplimiento de las reglas previstas tanto en el Contrato de Concesión como en el REMA, por lo que lo alegado por FETRANSA no se condice con lo resuelto en las mencionadas Resoluciones, siendo que el principio de equidad y neutralidad no se garantiza solamente con el mecanismo de subasta previsto en el Contrato de Concesión, sino que también resulta necesaria la intervención del Regulador a través de sus facultades establecidas en el REMA.
11. No existe incoherencia entre los fundamentos 169 y 171 del Informe N° 088-2019-IC-OSITRAN (GAJ- GRE-GSF) que sustentan la interpretación del numeral iii) de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, plasmada en la Resolución N° 031-2019-CD-OSITRAN, ya que como ha quedado indicado, los mismos son congruentes y se complementan entre sí, a efectos de que la intervención del Regulador en el procedimiento de subasta en el que participe el operador de servicios de transporte ferroviario vinculado, sea adecuada y razonable, motivo por el cual, el argumento articulado por PERURAIL debe ser desestimado.

## **V. RECOMENDACIÓN**

1. En virtud de las consideraciones señaladas en el presente Informe, se recomienda al Consejo Directivo declarar infundados los Recursos de Reconsideración parciales interpuestos por FETRANSA y PERURAIL.

Atentamente,

**HUMBERTO SHEPUT STUCCHI**  
Gerente de Asesoría Jurídica

**FRANCISCO JARAMILLO TARAZONA**  
Gerente de Supervisión y Fiscalización

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

NT: 2019077564