



EXPEDIENTE N° : 153-2017-TSC-OSITRAN

APELANTE : INCA RAIL S.A.C

ENTIDAD  
PRESTADORA : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.

ACTO APELADO : Decisión contenida en la Carta N° 648-GL-  
2017/FETRANSA

### RESOLUCIÓN N° 1

Lima, 15 de enero de 2018

**SUMILLA:** De conformidad con el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN (REMA), solo son recurribles ante el Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos, los reclamos relacionados con: i) la negativa de acceso a una facilidad esencial cuando no exista un contrato o mandato de acceso, ii) la impugnación del mecanismo de asignación de una facilidad esencial, iii) la denegatoria de participación en una subasta; y, iv) la impugnación al otorgamiento de la buena pro. Si la elevación de los actuados no corresponde a ninguno de dichos supuestos, el Tribunal deberá devolverlos para que el procedimiento continúe según su estado.

### VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por INCA RAIL S.A.C (en lo sucesivo, INCA RAIL) contra la decisión contenida en la carta N° 648-GL-2017/FETRANSA, emitida por FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (en lo sucesivo, FETRANSA o la Entidad Prestadora); y,

### CONSIDERANDO:

#### I. ANTECEDENTES:

- 1.- Mediante carta s/n<sup>1</sup> de fecha 15 de setiembre de 2017, INCA RAIL presentó una solicitud ante FETRANSA con la finalidad de obtener el derecho de acceso a una facilidad esencial de la infraestructura vial ferroviaria de la Red Ferroviaria Sur-Oriente, a fin de brindar servicios en el tramo Machupicchu-Ollantaytambo específicamente.
- 2.- INCA RAIL precisó que las frecuencias en las que utilizaría la infraestructura solicitada serían las siguientes:

<sup>1</sup> Fojas 3 del expediente.



Rumbo Norte:

Servicios	Tren No. A1		
	S./LL.	X.	LL./S.
Ollantaytambo			5:44
Tanccac			5:53
Chilca			5:59
Piscacucho			6:09
Qorihuayrachina			6:20
Pampacahua	6:30	50	6:35
Cedrobamba			6:49
Km. 104.000			6:54
Represa			6:59
Machupicchu	7:08		

Servicios	Tren No. A3		
	S./LL.	X.	LL./S.
Ollanta			9:38
Tanccac			9:47
Chilca	9:54	42	9:56
Piscacucho	10:06	72	10:19
Qorihuayrachina			10:29
Pampacahua			10:39
Cedrobamba	10:52	62-302	11:14
km. 104.000			11:19
Represa			11:24
Machupicchu	11:32		

Rumbo Sur:

Servicios	Tren No. A2		
	S./LL.	X.	LL./S.
Machupicchu			14:03
Represa	14:12	73	14:16
Km. 104.000			14:21
Cedrobamba	14:26	303	14:33
Pampacahua			14:47
Qorihuayrachina			14:57
Piscacucho			15:08
Chilca			15:18
Tanccac			15:24
Ollantaytambo	15:33		

Servicios	Tren No. A4		
	S./LL.	X.	LL./S.
Machupicchu			20:03
Represa			20:12
Km. 104.000			20:17
Cedrobamba	20:22	75	20:25
Pampacahua		67	20:38*
Qorihuayrachina			20:48
Piscacucho			20:59
Chilca	21:09	51	21:19
Tanccac			21:25
Ollantaytambo	21:34		

- 3.- Mediante carta N° 602-GL-2017/ FETRANSA<sup>2</sup> del 29 de setiembre de 2017, FETRANSA declaró procedente la solicitud de acceso presentada por INCA RAIL en relación a las frecuencias y

<sup>2</sup> Fojas 47 a 49 del expediente.



horarios requeridos para los Trenes N° A1 y A2; e, improcedente respecto a las frecuencias y horarios requeridos para los Trenes N° A3 y A4.

- 4.- A través de la carta N° 081-2014-/DL<sup>3</sup> de fecha 5 de octubre de 2017, INCA RAIL manifestó su conformidad con la decisión comunicada por FETRANSA mediante carta N° 602-GL-2017/FETRANSA, solicitando que se prosiguiera con el procedimiento de acceso.
- 5.- Con fecha 6 de octubre de 2017, FETRANSA realizó la publicación de un extracto de la solicitud presentada por INCA RAIL en el diario Oficial El Peruano y en el diario La República (correspondiente al acceso a las frecuencias y horarios requeridos para los Trenes N° A1 y A2).
- 6.- EL 13 de octubre de 2017, la empresa PERURAIL S.A. (en lo sucesivo, PERURAIL) solicitó a FETRANSA el derecho de acceso a frecuencias y horarios adicionales a los que ya contaba, correspondiente a los tramos sur y norte, de la ruta Ollantaytambo-Machupicchu. Precisó que las frecuencias solicitadas correspondían al siguiente itinerario (esto es, las mismas solicitadas por INCA RAIL):

Servicios	Tren Nuevo Peru Rail			Servicios	Tren Nuevo Peru Rail		
	S./L.L.	X.	LL./S.		S./L.L.	X.	LL./S.
Ollanta			05:44	Machupicchu			14:03
Tanccac			05:53	Represa	14:12	73	14:16
Chilca			05:59	km. 104 000			14:21
Piscacucho			06:09	Cedrobamba	14:26	303	14:33
Qorihuayrachina			06:20	Pampacahua			14:47
Pampacahua	06:30	50	06:35	Qorihuayrachina			14:57
Cedrobamba			06:49	Piscacucho			15:08
km. 104.000			06:54	Chilca			15:18
Represa			06:59	Tanccac			15:24
Machupicchu	07:08			Ollanta	15:33		

- 7.- Mediante carta N° 648-GL-2017/FETRANSA<sup>4</sup>, la Entidad Prestadora comunicó a INCA RAIL lo siguiente:
  - i.- Que como consecuencia de la publicación efectuada sobre el acceso solicitado, PERURAIL comunicó su interés para operar en las mismas frecuencias y horarios requeridos por INCA RAIL, motivo por el cual, el 13 de octubre de 2017, PERURAIL presentó su respectiva solicitud de acceso.
  - ii.- Al tratarse de las mismas frecuencias y horarios, no existía la posibilidad operativa y de infraestructura de otorgar el acceso a dos operadores puesto que existe una sola

<sup>3</sup> Fojas 50 del expediente.

<sup>4</sup> Fojas 105 del expediente.



vía férrea, capacidad limitada de desvíos e imposibilidad de comunicación radial por sobresaturación de la misma.

- iii.- En tal sentido, de conformidad con el numeral 8.8 del Reglamento de Acceso de FETRANSA, el procedimiento a tramitar en atención a las solicitudes presentadas era el proceso de subasta. Precisó que dicho proceso se realizaría conforme a los términos establecidos en el Contrato de Concesión.
- 8.- Mediante carta N° 088-2017/DL<sup>5</sup> del 27 de octubre de 2017, INCA RAIL manifestó su inquietud por el hecho de tener que competir por la adjudicación de horarios en una subasta organizada y conducida por FETRANSA, contra un operador vinculado a esta última, es decir, la empresa PERÚ RAIL; habiendo hecho referencia al numeral 8.9 del Reglamento de Acceso de FETRANSA (REA).
- 9.- El 3 de noviembre de 2017, FETRANSA manifestó que en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 8.9 de su Reglamento de Acceso, cumplía con elevar el expediente administrativo al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos (en adelante, el TSC)<sup>6</sup>.
- 10.- El 17 de noviembre de 2017, FETRANSA presentó un escrito reiterando los argumentos esgrimidos en su carta N° 648-GL-2017/FETRANSA<sup>7</sup>, agregando lo siguiente:
  - i.- La apelación de INCA RAIL se presentó como consecuencia de su disconformidad con su decisión de asignar mediante el procedimiento de subasta las frecuencias y horarios: Rumbo Norte-Tren N° A1 y Rumbo Sur Tren N° A2, ruta Ollantaytambo-Machupicchu.
  - ii.- La potestad de impugnar esta decisión se encuentra regulada en el numeral 8.9 del Reglamento de Acceso de FETRANSA, así como en el artículo 64 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN; los cuales señalan que si un usuario estima que la infraestructura resulta suficiente para atender todas las solicitudes presentadas, podrá apelar la decisión del Concesionario, en este caso, de FETRANSA.
  - iii.- Luego de revisar la apelación de INCA RAIL, se advierte que el cuestionamiento planteado por dicha empresa en el recurso de apelación, no se sustenta en la existencia de espacio suficiente para atender las dos solicitudes de acceso presentadas respecto a los mismos horarios; pues lo que cuestiona es el hecho de que PERURAIL haya tomado la decisión de presentar su solicitud y que sea FETRANSA quien organice y conduzca el proceso de subasta.

<sup>5</sup> Fojas 107 del expediente.

<sup>6</sup> Fojas 217 del expediente.

<sup>7</sup> Fojas 221 a 229 del expediente.



- iv.- En tal sentido, el sustento alegado por INCA RAIL no constituye un argumento válido para formular un recurso de apelación, atendiendo a lo establecido en el Reglamento de Acceso de FETRANSA y en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, correspondiendo que la apelación sea declarada improcedente.
  - v.- No obstante, indicó que PERURAIL no cuenta con impedimentos para participar en la subasta y solicitar los mismos horarios requeridos por INCA RAIL, pues dicha facultad se encuentra reconocida en el Contrato de Concesión.
  - vi.- En efecto, el Contrato de Concesión obliga a FETRANSA a contar con un operador vinculado, en este caso PERURAIL, a efectos de garantizar la continuidad del servicio ferroviario, permitiendo que dicha empresa pueda solicitar nuevos horarios u horarios previamente requeridos por otros operadores, y consecuentemente, pueda participar en la correspondiente subasta.
  - vii.- En aplicación del inciso i) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, cuyo alcance ha sido interpretado por el Consejo Directivo de OSITRAN conforme a los términos de la Resolución N° 023-2009-CD-OSITRAN, PERURAIL se encuentra plenamente habilitada a solicitar el acceso a un horario libre, como es el caso de los horarios Rumbo Norte: Tren A1; y, Rumbo Sur: Tren A2, ruta Ollantaytambo-Machupicchu; así como de participar en una subasta de ser el caso.
  - viii.- La subasta constituye un mecanismo que favorece la competencia por el mercado, siendo su objetivo asignar la infraestructura escasa mediante un procedimiento transparente, el cual se encuentra bajo supervisión de OSITRAN.
  - ix.- Se cuentan con mecanismos destinados a que el Regulador supervise el cumplimiento de principios como la competencia y la transparencia, entre otros. En efecto, las labores de supervisión se encuentran recogidas en los artículos 89 y 92 de su Reglamento Marco de Acceso, en los cuales se indica qué información debería de entregarse en un proceso de subasta.
  - x.- Por lo tanto, corresponde que las preocupaciones expresadas por INCA RAIL, sean atendidas durante el procedimiento de subasta a realizarse bajo la supervisión de OSITRAN.
- 11.- Mediante carta s/n de fecha 20 de diciembre de 2017<sup>8</sup>, INCA RAIL presentó alegatos finales, señalando lo siguiente:
- i. De las comunicaciones cursadas a FETRANSA, entre las cuales se encuentra la carta N° 088-2017/DL del 27 de octubre de 2017; se aprecia que en ningún momento presentó un recurso de apelación cuestionando el inicio de la subasta, manifestando que el supuesto

<sup>8</sup> Fojas 293 a 296 del expediente.

- requerido, esto es, la existencia de infraestructura disponible para atender todas las solicitudes de acceso presentadas, nunca fue planteado, al evidenciarse la inexistencia de infraestructura disponible para otorgar acceso a dos operadores ferroviarios en el mismo horario.
- ii. Corresponde que la subasta convocada por FETRANSA tenga reglas claras y objetivas que permitan que se desarrolle cumpliendo con los principios de equidad, neutralidad y no discriminación; a fin de evitar cualquier tratamiento privilegiado que tuviera por efecto beneficiar al otro operador interesado al estar vinculado a FETRANSA (PERU RAIL).
  - iii. A efectos de que se cautele el cumplimiento de los principios mencionados en el desarrollo de la subasta, resulta necesario el compromiso y participación de las máximas autoridades administrativas del OSITRAN, como es el caso, de su Consejo Directivo.
  - iv. El Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN no es competente para resolver sobre el procedimiento de subasta, debiendo encauzar de oficio el expediente y derivarlo a la máxima autoridad administrativa del OSITRAN.
  - v. Finalmente, manifestó que al tramitar sus cartas como una apelación, la actuación de FETRANSA podría convertirse en una maniobra dilatoria para evitar que INCA RAIL pueda acceder a los horarios solicitados.
- 12.- El 20 de diciembre de 2017 se realizó la audiencia de vista de la causa con los informes orales de ambas partes.
- 13.- Mediante escrito de fecha 26 de diciembre de 2017, FETRANSA presentó alegatos finales reiterando los argumentos esgrimidos en sus escritos anteriores<sup>9</sup>, añadiendo lo siguiente:
- i.- Con relación a lo alegado por INCA RAIL, en referencia a que no habría tenido intención de presentar un recurso de apelación, indicó que en la carta N° 088-2017/DL, dicha empresa sustentó su objeción a la subasta, citando el artículo 8.9 del Reglamento de Acceso de FETRANSA, el cual se encuentra relacionado a la facultad de cualquier operador o solicitante de apelar la decisión del Concesionario de convocar a la subasta en cuestión.
  - ii.- En vista de lo señalado por INCA RAIL, la única interpretación que podría haberse dado a su carta, era la de una apelación contra su decisión de convocar a una subasta para la asignación de horarios. Agregó que si la intención de INCA RAIL hubiera sido distinta, ésta no lo manifestó claramente en su comunicación, quedando claro que correspondía seguir el procedimiento previsto en el artículo 8.9 del Reglamento de Acceso de FETRANSA.

<sup>9</sup> Ver fojas 361 a 370 del expediente.



- iii.- INCA RAIL concuerda con FETRANSA en el hecho de que existe restricción de capacidad en la vía férrea y que el proceso de subasta es el mecanismo a aplicarse para la asignación de horarios; correspondiendo consecuentemente que el Tribunal declare infundada la apelación.
- iv.- Finalmente, señaló que no solo actuaron de buena fe, sino también en estricto cumplimiento de las normas aplicables, rechazando enfáticamente la insinuación de INCA RAIL de una posible maniobra dilatoria por parte de FETRANSA o de cualquier otra actitud que vaya en contra del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y normativas.

## II. ANÁLISIS DEL CASO

- 14.- En atención a la elevación del expediente administrativo por parte de FETRANSA; este Tribunal considera que resulta necesario precisar los alcances de las funciones de OSITRAN en la solución de reclamos, y particularmente, de los supuestos de reclamo específicamente previstos en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN (en adelante, REMA de OSITRAN).
- 15.- En principio, cabe señalar que las reglas para la tramitación de los procedimientos administrativos correspondientes a la atención y solución de reclamos y controversias de los usuarios, son dictadas por los organismos reguladores para sus respectivos ámbitos de competencia, en ejercicio de la potestad normativa que la Ley Marco otorga a sus Consejos Directivos.
- 16.- En ese sentido, el artículo 7 de la Ley N° 26917, identifica como funciones de OSITRAN la de expedir las directivas procesales para atender y resolver los reclamos de los usuarios, velando por la eficacia y la celeridad de dichos trámites, y en general, proteger los intereses de todas las partes que intervienen en las actividades relacionadas a dicha infraestructura, encontrándose entre tales directivas, el Reglamento de Solución de Controversias y Atención de Reclamos de OSITRAN.
- 17.- El inciso b) del artículo 1 del referido Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN<sup>10</sup> (en adelante, Reglamento de Reclamos del OSITRAN), define al reclamo del siguiente modo:

<sup>10</sup> Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias del OSITRAN, aprobado y modificado mediante las Resoluciones N° 019 y 034-2011 CD OSITRAN, respectivamente.

*"Artículo 1.- Definiciones*

*Para efectos del presente Reglamento, se entenderá por:*

*(...)*

*b) RECLAMO: La solicitud, distinta a una Controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una entidad prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN".*

**"Artículo 1.- Definiciones**

Para efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...)

b) **RECLAMO:** La solicitud, distinta a una Controversia, que presenta cualquier usuario para exigir la satisfacción de un legítimo interés particular vinculado a cualquier servicio relativo a la infraestructura de transporte de uso público que brinde una entidad prestadora que se encuentre bajo la competencia del OSITRAN.

(...)"

[El subrayado y resaltado son nuestros]

- 18.- De lo expuesto se desprende que el reclamo al que se refiere el Reglamento de Reclamos de OSITRAN, constituye un derecho de petición que los usuarios utilizan como mecanismo para exigir a las entidades que explotan infraestructuras de transporte de uso público, la satisfacción de un legítimo interés particular; a diferencia de las controversias, las cuales versan sobre cualquier aspecto de interés público que se suscite entre las Entidades Protestadoras y sus usuarios intermedios respecto de cualquier conflicto derivado de un contrato o del mandato de acceso.
- 19.- Ahora bien, en cuanto a la atención y resolución de reclamos, el artículo 2 del mencionado Reglamento prescribe lo siguiente:

**"Artículo 2.- Objeto y ámbito de aplicación del Reglamento**

1.- El presente Reglamento establece las normas y procedimientos administrativos que rigen la atención y resolución de los reclamos y controversias que tengan su origen en:

- a) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de los servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean regulados por OSITRAN;  
b) Reclamos de los usuarios respecto de la prestación de servicios a cargo de Entidades Prestadoras, que sean supervisados por OSITRAN.  
c) Las controversias entre Entidades Prestadoras o entre éstas y los usuarios intermedios;  
d) El cumplimiento de otras obligaciones legales no incluidas en los literales anteriores y no expresamente asignadas a otros órganos o instancias del OSITRAN

[El subrayado es nuestro]

- 20.- Como se puede apreciar, el Reglamento de Reclamos de OSITRAN señala que este tendrá como objeto establecer las normas y procedimientos que rigen la atención y resolución de los reclamos que tengan su origen en la prestación de servicios por parte de las Entidades Prestadoras, que a su vez sean regulados o supervisados por el OSITRAN.
- 21.- Asimismo, el artículo 33 del Reglamento de Reclamos de OSITRAN dispone que el procedimiento de reclamo tiene por objeto la solución de aquellas cuestiones que versen específicamente sobre las siguientes materias:

**"Artículo 33.- Objeto del Procedimiento**

El presente procedimiento administrativo tiene como objeto la solución de los reclamos que presenten los usuarios intermedios o finales ante las Entidades Prestadoras, por la prestación de servicios, referidos en los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 2 de este reglamento.

El reclamo podrá recaer respecto de servicios regulados o, servicios derivados de la explotación de infraestructura de transporte de uso público, que son responsabilidad de la Entidad Prestadora siempre que se encuentren bajo la supervisión de OSITRAN.

En el marco de lo previsto en los párrafos precedentes de este artículo, están comprendidos, entre otros, los reclamos que versen sobre:

- a) La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura. En estos casos, la prueba sobre la prestación efectiva del servicio corresponde a la Entidad Prestadora.
- b) El condicionamiento por parte del sujeto reclamado de la atención de los reclamos formulados por los usuarios, al pago previo de la retribución facturada.
- c) La calidad y oportuna prestación de dichos servicios que son responsabilidad de la Entidad Prestadora.
- d) Daños o pérdidas en perjuicio de los usuarios, de acuerdo con los montos mínimos que establezca el Consejo Directivo, provocados por negligencia, incompetencia o dolo de la Entidad Prestadora, sus funcionarios o dependientes.
- e) Cualquier reclamo que surja de la aplicación del REMA.
- f) Las relacionadas con el acceso a la infraestructura o que limitan el acceso individual a los servicios responsabilidad de las Entidades Prestadoras.
- g) Las que tengan relación con defectos en la información proporcionada a los usuarios, respecto de las tarifas, o condiciones del servicio; o, información defectuosa".

[El subrayado es nuestro]

- 22.- Tal y como se observa de las materias que resultan reclamables y por ende, sujetas a apelación dentro de un procedimiento de reclamos, se consideran reclamos a aquellas que estén relacionadas a la aplicación del REMA de OSITRAN.
- 23.- En efecto, y en concordancia con el Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 036-2005-PCM, el TSC es competente para resolver las siguientes impugnaciones derivadas de reclamos relacionados con la aplicación del REMA de OSITRAN:
  - i.- Negativa de acceso a una facilidad esencial cuando no existe un contrato o mandato de acceso.
  - ii.- Impugnación del mecanismo de asignación de una facilidad esencial.
  - iii.- Denegatoria de participación en una subasta.
  - iv.- Impugnación al otorgamiento de Buena Pro.



- 24.- Cabe señalar que el propio REMA de OSITRAN constituye la norma que establece el procedimiento a seguir ante cualquier impugnación de las materias antes señaladas.
- 25.- Ahora bien, en lo que respecta al caso específico de impugnación al mecanismo de asignación de una facilidad esencial utilizado por una Entidad Prestadora, el artículo 64º del REMA de OSITRAN señala lo siguiente:

**"Artículo 64.- Apelación del mecanismo de asignación de la Facilidad Esencial.**

*En caso que la Entidad Prestadora comunique que es necesario convocar a una subasta, cualquier solicitante que estime que la infraestructura disponible es suficiente para atender todas las solicitudes presentadas, podrá apelar dicha decisión ante la Entidad Prestadora. Para tal efecto, el solicitante contará con un plazo máximo de cinco (5) días contados desde la fecha en la que recibió la apelación antes señalada.*

(...)

*La Entidad Prestadora deberá elevar el expediente al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en un plazo máximo de cinco (5) días contados desde la presentación de la apelación."*

- 26.- Como se puede apreciar, conforme a la referida disposición, en el supuesto de que la Entidad Prestadora comunicara su decisión de convocar a una subasta, cualquier solicitante que estimara que la infraestructura disponible resulta suficiente para atender todas las solicitudes presentadas, podrá apelar dicha decisión ante la Entidad Prestadora, la que una vez ocurrido ello, deberá elevar el expediente al TSC.
- 27.- En el mismo sentido, el Reglamento de Acceso de FETRANSA, establece en su numeral 8.9<sup>11</sup> que en caso de que el Concesionario comunicara que resulta necesario convocar a una subasta para el acceso a una facilidad esencial, cualquier operador solicitante o que ya se encontrara operando, que estimara que la infraestructura disponible resulta suficiente para atender todas las solicitudes presentadas, podrá apelar dicha decisión ante el Concesionario.
- 28.- Cabe agregar que la elevación del expediente al TSC, responde al hecho de que conforme al artículo 38 del Reglamento General de OSITRAN<sup>12</sup>, las Entidades Prestadoras resultan

<sup>11</sup> Reglamento de Acceso de FETRANSA

*Artículo 8º.- Procedimiento para la Solicitud de Acceso Sujeto al cumplimiento de las Condiciones establecidas en el artículo 5º, el operador podrá formular su solicitud de acceso a la Infraestructura Esencial, cuyo contenido ha sido detallado en el artículo 6º, para lo que se seguirá el siguiente procedimiento:*

(...)

8.9 *En caso que el Concesionario comunique que es necesario convocar a una subasta para el acceso a una facilidad esencial, cualquier operador solicitante o que ya se encuentre operando y que estime que la infraestructura disponible es suficiente para atender todas las solicitudes presentadas, podrá apelar dicha decisión ante el Concesionario. Para tal efecto, el solicitante contará con un plazo máximo de cinco (05) días contados desde la fecha en la que recibió la apelación antes señalada. El Concesionario deberá elevar el expediente al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en un plazo máximo de cinco (05) días contados desde la presentación de la apelación. De confirmarse la subasta, se dará por culminado el procedimiento administrativo. En caso contrario, se continuará con el procedimiento establecido para la suscripción del Contrato de Acceso a través del mecanismo de negociación directa.*

<sup>12</sup> Reglamento General de OSITRAN

Artículo 38.- Órganos competentes para el ejercicio de la función de solución de reclamos



competentes en primera instancia para la solución de reclamos presentados por un usuario por los servicios prestados por esta, así como por los reclamos que presente un usuario intermedio con relación al acceso a las facilidades esenciales antes de la existencia de un contrato de acceso, de conformidad con lo previsto en el REMA de OSITRAN; siendo competente en segunda instancia para evaluar las apelaciones interpuestas contra lo decidido por las Entidades Prestadoras, el TSC de OSITRAN.

29.- De lo expuesto anteriormente se puede concluir lo siguiente:

- i.- Resultan materias reclamables aquellas que deriven de la aplicación del REMA de OSITRAN y se relacionan a: i) La negativa de acceso a una facilidad esencial cuando no existe un contrato o mandato de acceso, ii) la Impugnación del mecanismo de asignación de una facilidad esencial, iii) la denegatoria de participación en una subasta; y, iv) la impugnación al otorgamiento de la Buena Pro.
- ii.- El REMA establece que en el caso de que la Entidad Prestadora decidiera convocar a una subasta, en tanto mecanismo de asignación de una facilidad esencial, cualquier solicitante que estime que la infraestructura disponible es suficiente para atender todas las solicitudes presentadas, podrá impugnar dicha decisión ante la misma.
- iii.- El TSC es el órgano competente para conocer en segunda instancia administrativa las apelaciones a las decisiones adoptadas por las Entidades Prestadoras en relación a la asignación de acceso a facilidades esenciales de conformidad con lo previsto en el REMA de OSITRAN.

30.- En atención a lo expuesto, corresponderá analizar si de la carta N° 088-2017/DL presentada por INCA RAIL el 27 de octubre de 2017, la cual motivó la elevación del presente expediente a este Tribunal por FETRANSA, se puede concluir que nos encontramos ante uno de los supuestos previstos en el REMA de OSITRAN, en particular, el supuesto de impugnación del mecanismo de una facilidad esencial previsto para el caso en el cual un usuario intermedio considera que no correspondería la convocatoria de subasta realizada por una Entidad Prestadora.

31.- De la revisión de la referida carta presentada por INCA RAIL, este Tribunal considera que únicamente puede concluirse de manera fehaciente, que el usuario manifestó su inquietud por el hecho de tener que competir por la adjudicación de horarios en una subasta organizada y conducida por FETRANSA, contra un operador vinculado a esta última, esto es, la empresa PERÚ RAIL.

---

*"La Entidad Prestadora es competente en primera instancia para la solución de reclamos que presente un usuario por los servicios prestados por esta así como por los reclamos que presente un usuario intermedio, con relación al acceso a las facilidades esenciales, antes de la existencia de un contrato de acceso, de conformidad con el Reglamento marco de acceso a la infraestructura de transporte público.*

*Los recursos contra lo resuelto por los Cuerpos Colegiados de OSITRAN y las entidades prestadoras, son resueltos en segunda y última instancia administrativa, por el Tribunal de Solución de Controversia y Atención de Reclamos".*



- 32.- Ahora bien, cabe resaltar que a través del escrito presentado el 20 de diciembre de 2017 ante este Tribunal por la propia INCA RAIL, dicha empresa advirtió que de las comunicaciones cursadas a FETRANSA, entre las cuales se encuentra la carta N° 088-2017/DL del 27 de octubre de 2017; en ningún momento presentó un recurso de apelación ante FETRANSA cuestionando el inicio de la subasta, agregando además que nunca planteó la existencia de infraestructura disponible para atender todas las solicitudes de acceso presentadas, reconociendo expresamente más bien la inexistencia de infraestructura disponible para dos operadores ferroviarios en el mismo horario, coincidiendo en este último punto con lo alegado por FETRANSA.
- 33.- En el mismo escrito, INCA RAIL reiteró su inquietud de que la subasta convocada por FETRANSA tuviera reglas claras y objetivas que permitieran que la misma se desarrollara cumpliendo con los principios de equidad, neutralidad y no discriminación; a fin de evitar cualquier tratamiento privilegiado que tuviera por efecto beneficiar al otro operador interesado vinculado a FETRANSA (PERU RAIL).
- 34.- En ese sentido, INCA RAIL manifestó que a efectos de cautelar el cumplimiento de los principios mencionados en el desarrollo de la subasta, resultaba necesario el compromiso y participación de las máximas autoridades administrativas del OSITRAN, como es el caso, de su Consejo Directivo; por lo que no correspondía que este Tribunal se pronunciara sobre el procedimiento de subasta en cuestión.
- 35.- De lo expuesto se evidencia entonces, que ni en el escrito de fecha 27 de octubre de 2017, ni posteriormente, INCA RAIL ha manifestado su voluntad de apelar la decisión de FETRANSA de convocar a subasta la solicitud de adjudicación de horarios en la ruta Machupicchu-Ollantaytambo; supuesto que como hemos visto, habilita la competencia del TSC de acuerdo al REMA de OSITRAN. Asimismo, tampoco se verifica que INCA RAIL haya hecho alusión a ninguno de los demás supuestos previstos en el referido REMA de OSITRAN.
- 36.- En atención a todo lo expuesto, se verifica que lo señalado por INCA RAIL no habilita la aplicación del artículo 64 del REMA de OSITRAN, ni del numeral 8.9 de REA de FETRANSA y por ende, que al no encontramos ante un recurso de apelación, este Tribunal deba de emitir un pronunciamiento sobre los presentes actuados, correspondiendo que se continúe el procedimiento de subasta conforme a lo previsto en el REMA de OSITRAN.
- 37.- En cuanto a la alegación formulada por INCA RAIL en su escrito de fecha 20 de diciembre de 2017, referida a que la decisión de FETRANSA de calificar su escrito de fecha 27 de octubre de 2017 como un recurso de apelación, podría convertirse en una maniobra dilatoria dirigida a que dicha empresa no pueda acceder a los horarios solicitados; cabe señalar que este Tribunal no cuenta con elementos probatorios suficientes que acrediten la existencia de maniobra dilatoria alguna por parte de la Entidad Prestadora.
- 38.- Al respecto, cabe indicar que de la revisión del contenido del escrito del 27 de octubre de 2017 presentado por INCA RAIL, se verificó que en éste se hizo alusión al numeral 8.9 del REA de FETRANSA, el cual regula la presentación de una apelación contra la decisión adoptada por la Entidad Prestadora en el marco de un procedimiento de acceso, conforme a lo también previsto en



el REMA de OSITRAN; por lo que si bien este Tribunal considera que el escrito de INCA RAIL finalmente no constituyó un recurso de apelación; el hecho de que FETRANSA haya procedido a considerarlo como tal, y la consecuente elevación del expediente, no puede considerarse como una maniobra dilatoria.

- 39.- Finalmente, corresponde señalar que si bien el escrito en cuestión de INCA RAIL no califica como un recurso de apelación, cabe tener en cuenta que en la medida que dicha empresa manifestó su voluntad de que OSITRAN participe en el proceso de subasta a efectos de que el mismo cuente con las garantías necesarias para su ejecución debido a la existencia de vinculación entre la Entidad Prestadora convocante (FETRANSA), y un tercero interesado en la adjudicación de horarios en la ruta Machupicchu-Ollantaytambo, esto es, el usuario intermedio PERÚ RAIL; corresponde poner en conocimiento del Consejo Directivo de OSITRAN los hechos reseñados en la presente resolución a efectos de que de ser el caso, actúe conforme a sus atribuciones.

En virtud de los considerandos precedentes;

**SE RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLARAR EL SOBRESEIMIENTO DE LO ACTUADO EN EL EXP. N° 153-2017-TSC-OSITRAN, dado que no corresponde al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos emitir pronunciamiento respecto del escrito del 27 de octubre de 2017 presentado por INCA RAIL S.A., y en consecuencia, ordenar que se continúe el procedimiento de subasta conforme a lo previsto en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.**

**SEGUNDO.- REMITIR el expediente administrativo N° 153-2017-TSC-OSITRAN al Consejo Directivo de OSITRAN a efectos de que evalúen los hechos reseñados en la presente resolución y de ser el caso, actúe conforme a sus atribuciones.**

**TERCERO.- NOTIFICAR a INCA RAIL S.A.C. y a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. la presente resolución.**

**CUARTO.- DISPONER la difusión de la presente resolución en el portal institucional ([www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)).**

*Con la intervención de los señores vocales Ana María Granda Becerra, Rodolfo Castellanos Salazar y Roxana María Irma Barrantes Cáceres.*

**ANA MARÍA GRANDA BECERRA**  
Vicepresidenta

**TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ATENCIÓN DE RECLAMOS**  
**OSITRAN**