



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRÁN

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

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Firmado por: MEJIA
CORNEJO Juan
Carlos FAU
20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/06/2021
19:50:34 -0500

Nº 064-2021-GG-OSITRAN

Lima, 11 de junio de 2021

VISTOS:

El escrito s/n recibido el 4 de mayo de 2021, presentado por la empresa INCA RAIL S.A.; el Informe Nº 0083-2021-GAJ-OSITRAN de 10 de junio del 2021, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica del Ositrán; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Nº 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público establece que es misión del Ositrán regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios; con el fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura de transporte de uso público;

Que, la referida ley dispone en el literal d) de su artículo 5, que uno de los objetivos del Ositrán es fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte de uso público por parte de las Entidades Prestadoras. Asimismo, en el literal p) del numeral 7.1 de su artículo 7 señala como una de las principales funciones del Ositrán el cautelar el acceso 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;

Que, el 19 de julio de 1999, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), en representación del Estado peruano y la empresa Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, FETRANSA o Concesionario) suscribieron el contrato de concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, por medio del escrito s/n del 15 de setiembre de 2017, INCA RAIL S.A. (en adelante, INCA RAIL) presentó al Concesionario una solicitud de acceso a la vía férrea y facilidades esenciales, en las siguientes frecuencias adicionales en la ruta Ollantaytambo – Machupicchu: 5:44-7:08 y 9:38-11:32 (rumbo norte); y, 14:03-15:33 y 20:03-21:34 (rumbo sur);

Que, mediante Carta Nº 602-GL-2017/FETRANSA de 29 de setiembre de 2017, FETRANSA declaró procedentes las frecuencias adicionales 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur), y declaró improcedentes las frecuencias adicionales 9:38-11:32 (rumbo norte) y 20:03-21:34 (rumbo sur) por razones técnicas y de seguridad;

Que, el 6 de octubre de 2017, FETRANSA publicó en el diario oficial El Peruano y en el diario La República la solicitud de acceso presentada por INCA RAIL a las frecuencias 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur) en la ruta Ollantaytambo – Machupicchu;

Que, según lo señalado en la Carta Nº 649-GL-2017/FETRANSA de 20 de octubre de 2017, PERURAIL S.A. (en adelante PERURAIL) manifestó su interés en las frecuencias antes indicadas;

Que, por medio de las Cartas Nº 648 y 649-2017/FETRANSA de 20 de octubre de 2017, FETRANSA informó a INCA RAIL y PERURAIL que el mecanismo de acceso era el de subasta, al no ser factible atender las dos solicitudes con la infraestructura disponible, puesto que tratándose de las mismas frecuencias no había posibilidad operativa y de infraestructura de otorgar el acceso a dichas frecuencias a distintos operadores;

Visado por: FERNANDEZ CASTRO
Vladimir FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/06/2021 19:45:55 -0500



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

Visado por: SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR 07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/06/2021 19:39:56 -0500

Que, el 7 de febrero de 2018, FETRANSA publicó en el diario oficial El Peruano y en el diario La República la convocatoria a la subasta;

Que, mediante el Oficio N° 1985-2018-GSF-OSITRAN de 6 de marzo de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a FETRANSA la suspensión del procedimiento de subasta hasta que Ositrán emita el correspondiente pronunciamiento;

Que, mediante Oficio N° 10827-2020-GSF-OSITRAN notificado el 28 de diciembre de 2020, la GSF comunicó a FETRANSA con copia a INCA RAIL y PERURAIL el Informe N° 0537-2020-JCFM-GSF-OSITRAN de 23 de diciembre de 2020, a través del cual se dispone la inclusión de condiciones en las bases integradas de la subasta y que se proceda conforme con las etapas previstas en el cronograma;

Que, FETRANSA mediante escrito de 19 de marzo de 2021 presentó las bases integradas modificadas de la subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu en lo referido al nuevo horario Rumbo Norte denominado Tren N° A1 y un nuevo horario Rumbo Sur denominado Tren N° A2;

Que, mediante escrito de 25 de marzo de 2021, el operador INCA RAIL presentó objeciones con relación a las bases de la subasta presentada por FETRANSA el 19 de marzo de 2021;

Que, mediante Oficio N° 03082-2021-GSF-OSITRAN e Informe N° 00113-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, la GSF observó las Bases de la Subasta y solicitó a FETRANSA efectuar las modificaciones correspondientes a las Bases, para ello otorgó un plazo de tres (3) días hábiles luego de notificado el referido oficio. Asimismo, precisó que el procedimiento de subasta quedaba suspendido hasta la comunicación de aprobación de las Bases Integradas por parte de este Organismo Regulador;

Que, mediante escrito de 5 de abril de 2021, el Concesionario remite el levantamiento de las observaciones efectuadas a las bases de la subasta;

Que, por medio del Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN¹ que adjuntó el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, la GSF comunicó a FETRANSA la aprobación de las Bases Integradas modificadas del procedimiento de subasta y el levantamiento de la suspensión de dicho concurso dispuesta por el Regulador mediante el Oficio N° 03082-2021-GSF-OSITRAN.

Que, a través del Escrito s/n recibido el 04 de mayo de 2021, INCA RAIL interpuso recurso de apelación contra el Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN que contiene el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, solicitando que se declare su nulidad y además que se dicte una medida cautelar a fin de suspender la subasta;

Que, mediante Memorando N° 01322-2021-GSF-OSITRAN de 13 de mayo de 2021, la GSF elevó a la Gerencia General, en su calidad de superior jerárquico, el recurso de apelación presentado por INCA RAIL;

Que, mediante Carta N° 049-2021/DL de 18 de mayo de 2021, INCA RAIL comunicó al Regulador su desistimiento para participar en el proceso de subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu;

Que, por medio de la Carta N° 102-2021-PR-LEGAL-APQ/AV de 19 de mayo de 2021, PERURAIL comunicó su decisión de no participar en el proceso de subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu;

¹ Remitido con copia a INCA RAIL y PERURAIL.

Que, mediante Informe N° 0083-2021-GAJ-OSITRAN de 10 de junio del 2021, la Gerencia de Asesoría Jurídica concluyó y recomendó lo siguiente:

“40. En razón a que el proceso de subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu ha concluido por declaratoria de desierto de manera posterior a la interposición del recurso de apelación presentado por INCA RAIL, el cual se encuentra enmarcado en dicho proceso de subasta en la medida que cuestiona las bases Integradas de este proceso, carece de objeto emitir un pronunciamiento respecto al fondo de dicho recurso, lo que comprende también su solicitud de otorgamiento de medida cautelar.

41. Se recomienda declarar concluido el presente procedimiento por sustracción de la materia.”

Que, luego de revisar el mencionado informe, esta Gerencia General manifiesta su conformidad con sus fundamentos, conclusiones y recomendaciones, por lo que lo hace suyo íntegramente; y en ese sentido, acorde con el numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG, lo constituye en parte integrante de la presente resolución y de su motivación;

Por lo expuesto, en virtud de las facultades conferidas mediante la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo; en el Reglamento General del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, en el Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM; lo dispuesto en el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, en el Reglamento Marco de Acceso, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN, y en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar concluido el presente procedimiento recursivo iniciado por INCA RAIL S.A. al haberse producido la sustracción de la materia, de acuerdo con las consideraciones expuestas previamente.

Artículo 2.- Disponer la notificación de la presente resolución y del Informe N° 0083-2021-GAJ-OSITRAN a INCA RAIL S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente.

Artículo 3.- Disponer que la presente resolución y el Informe N° 0083-2021-GAJ-OSITRAN sean puestos en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes.

Artículo 4.- Autorizar la difusión de la presente resolución y del Informe N° 0083-2021-GAJ-OSITRAN en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y difúndase.

JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO
Gerente General

NT 2021051715

INFORME N° 0083-2021-GAJ-OSITRAN

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

C.C. : **SANDRA QUEIJA DE LA SOTTA**
Gerente de Regulación y Estudios Económicos (e)

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

Asunto : Evaluación de recurso de apelación presentado por INCA RAIL S.A. en contra del Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN que contiene el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN.

Referencia : Memorando N° 01322-2021-GSF-OSITRAN

Fecha : 10 de junio del 2021

Firmado por:
SHEPUT STUCCHI
Humberto Luis FIR
07720411 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/06/2021
15:38:18 -0500



I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto al recurso de apelación interpuesto por INCA RAIL S.A., en contra del Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN que contiene el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, respecto del procedimiento de Subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo Machupicchu en lo referido al nuevo horario Rumbo Norte denominado Tren N° A1 y un nuevo Rumbo Sur denominado Tren N° A2, en el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 20 de setiembre de 1999, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente), en representación del Estado Peruano, y la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. (en adelante, el Concesionario o FETRANSA) suscribieron el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Por medio del Escrito s/n del 15 de setiembre de 2017, INCA RAIL S.A. (en adelante, INCA RAIL) presentó al Concesionario una solicitud de acceso a la vía férrea y facilidades esenciales, en las siguientes frecuencias adicionales en la ruta Ollantaytambo – Machupicchu: 5:44-7:08 y 9:38-11:32 (rumbo norte); y, 14:03-15:33 y 20:03-21:34 (rumbo sur).
4. Mediante Carta N° 602-GL-2017/FETRANSA, de fecha 29 de setiembre de 2017, FETRANSA declaró procedentes las frecuencias adicionales 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur), y declaró improcedentes las frecuencias adicionales 9:38-11:32 (rumbo norte) y 20:03-21:34 (rumbo sur) por razones técnicas y de seguridad.
5. Con fecha 06 de octubre de 2017, FETRANSA publicó en el Diario Oficial El Peruano y en el diario La República la solicitud de acceso presentada por INCA RAIL a las frecuencias 5:44-7:08 (rumbo norte) y 14:03-15:33 (rumbo sur) en la ruta Ollantaytambo – Machupicchu.
6. Según lo señalado en la Carta N° 649-GL-2017/FETRANSA, de fecha 20 de octubre de 2017, PERURAIL S.A. (en adelante PERURAIL) manifestó su interés en las frecuencias antes indicadas.
7. Por medio de las Cartas N° 648 y 649-2017/FETRANSA, de fecha 20 de octubre de 2017, FETRANSA informó a INCA RAIL y PERURAIL que el mecanismo de acceso era el de subasta, al no ser factible atender las dos solicitudes con la infraestructura disponible, puesto que tratándose de las mismas frecuencias no había posibilidad operativa y de infraestructura de otorgar el acceso a dichas frecuencias a distintos operadores.

Visado por: ARROYO TOCTO Victor
Adrian FAU 20420248645 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/06/2021 15:51:40 -0500

Visado por: MORA MUÑANTE Cesar
Ernesto FAU 20420248645 soft
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/06/2021 11:43:50 -0500

Visado por: ZEGARRA ROMERO
Jose Hector FIR 41166773 hard
Motivo: Firma Digital
Fecha: 11/06/2021 11:29:08 -0500

8. Con fecha 07 de febrero de 2018, FETRANSA publicó en el Diario Oficial El Peruano y en el diario La República la convocatoria a la subasta.
9. Mediante el Oficio N° 1985-2018-GSF-OSITRAN de fecha 06 de marzo de 2018, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a FETRANSA la suspensión del procedimiento de subasta hasta que Ositrán emita el correspondiente pronunciamiento.
10. Mediante Oficio N° 10827-2020-GSF-OSITRAN notificado el 28 de diciembre de 2020, la GSF comunicó a FETRANSA con copia a INCA RAIL y PERURAIL el Informe N° 0537-2020-JCFM-GSF-OSITRAN de fecha 23 de diciembre de 2020, a través del cual se dispone la inclusión de condiciones en las Bases Integradas de la Subasta y que se proceda conforme con las etapas previstas en el cronograma.
11. FETRANSA mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2021 presentó las Bases Integradas Modificadas de la Subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu en lo referido al nuevo horario Rumbo Norte denominado Tren N° A1 y un nuevo horario Rumbo Sur denominado Tren N° A2.
12. Mediante escrito de fecha 25 de marzo de 2021, el Operador INCA RAIL, presento objeciones con relación a las Bases de la Subasta presentada por FETRANSA el 19 de marzo de 2021.
13. Mediante Oficio N° 03082-2021-GSF-OSITRAN e Informe N° 00113-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, la GSF observó las Bases de la Subasta y solicitó a FETRANSA, efectuar las modificaciones correspondientes a las Bases, para ello otorgó un plazo de tres (03) días hábiles luego de notificado el referido Oficio. Asimismo, precisó que el procedimiento de subasta quedaba suspendido hasta la comunicación de aprobación de las Bases Integradas por parte de este Organismo Regulador.
14. Mediante Escrito de fecha 05 de abril de 2021, el Concesionario remite el levantamiento de las observaciones efectuadas a las Bases de la Subasta.
15. Por medio del Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN¹ que adjuntó el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, la GSF comunicó a FETRANSA la aprobación de las Bases Integradas modificadas del procedimiento de Subasta y el levantamiento de la suspensión de dicho concurso dispuesta por el Regulador mediante el Oficio N° 03082-2021-GSF-OSITRAN.
16. A través del Escrito s/n recibido el 04 de mayo de 2021, INCA RAIL interpuso recurso de apelación contra el Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN que contiene el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, solicitando que se declare su nulidad y, además que se dicte una medida cautelar a fin de suspender la Subasta.
17. Mediante Memorando N° 01322-2021-GSF-OSITRAN de fecha 13 de mayo de 2021, la GSF elevó a la Gerencia General, en su calidad de superior jerárquico, el recurso de apelación presentado por INCA RAIL.
18. Mediante Carta N° 049-2021/DL de fecha 18 de mayo de 2021, INCA RAIL comunicó al Regulador su desistimiento para participar en el proceso de subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu.
19. Por medio de la Carta N° 102-2021-PR-LEGAL-APQ/AV de fecha 19 de mayo de 2021, PERURAIL comunicó su decisión de no participar en el proceso de subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu.
20. FETRANSA por medio de su Comité de subasta de las frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu emitió la Circular N° 9² “Conclusión del Proceso de Subasta”

¹ Remitido con copia a INCA RAIL y PERURAIL.

² Se accedió a dicha información a través de la página web de FETRANSA en fecha 31 de mayo del 2021.

de fecha 28 de mayo de 2021 por el cual informó que, al no existir ofertas válidas para la adjudicación de las Frecuencias, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10.14³ de las Bases Integradas se declaraba desierto el proceso de subasta en forma total.

III. ANÁLISIS

A. Cuestión Previa:

A.1 Análisis de admisibilidad

21. El Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en relación al recurso de apelación, establece en su artículo 220 que el mismo se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.
22. En el presente caso, a través del escrito presentado el 04 de mayo de 2021, el Concesionario ha apelado ante la GSF, el Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN que contiene el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, solicitando además la suspensión del proceso de subasta por medio de una medida cautelar.
23. De la revisión del recurso presentado con fecha 04 de mayo de 2021, se advierte que el mismo cumple los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 124 y 221 del TUO de la LPAG⁴.
24. De otro lado, según lo establecido en el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG, el término para la interposición de los recursos, incluido el recurso de apelación, es de quince (15) días perentorios.
25. Al respecto, considerando las actuaciones que la GSF ha elevado, se observa que el Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN que adjunta el Informe N° 00138-2020-JCFM-GSF-OSITRAN fue notificado a INCA RAIL el 13 de abril de 2021. En ese sentido, considerando que INCA RAIL presentó el recurso de apelación el 04 de mayo de 2021, se verifica que INCA RAIL presentó la impugnación dentro del plazo de 15 días hábiles⁵ previsto; motivo por el cual, resulta procedente su admisión y trámite.

³ “10.14 En caso que no se hubiese presentado cuando menos una Oferta válida para la adjudicación del par de Frecuencias, el Comité declarará desierta la Subasta para dicho par de Frecuencias. El Comité procederá a declarar desierto el proceso en forma total o parcial, según corresponda, sin derecho a indemnización alguna por parte de los Postores y sin que ello permita a los Postores solicitar reembolso alguno.”

⁴ TUO de la LPAG:

“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.

“Artículo 221.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 124.”

⁵ De acuerdo con el párrafo 145.1 del artículo 145 del TUO de la LPAG, cuando el plazo es señalado por días, se entenderá por hábiles consecutivos, excluyendo del cómputo aquellos no laborables del servicio, y los feriados no laborables de orden nacional o regional.

26. Con relación al órgano competente para resolver el recurso de apelación, corresponde señalar que, conforme al artículo 67 del Reglamento de Organización y Funciones del Ositrán (en adelante, ROF del Ositrán), aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el Tribunal en Asuntos Administrativos es el órgano encargado de resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación presentados sobre las decisiones emitidas por la GSF⁶.
27. No obstante, de acuerdo con el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, el Consejo Directivo del Ositrán⁷ acordó disponer, entre otros aspectos, que los asuntos que correspondan ser revisados por el Tribunal en Asuntos Administrativos de Ositrán, serán conocidos por la Gerencia General hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado⁸, por lo que corresponde a la Gerencia General proceder con emitir pronunciamiento sobre el recurso de impugnación presentado por INCA RAIL, a fin de poner fin a la vía administrativa.
28. Respecto del plazo para la resolución del recurso de apelación, el numeral 218.2 del artículo 218 del TUO de la LPAG establece que los recursos deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días hábiles⁹. En consecuencia, dado que el recurso de impugnación fue presentado por el Concesionario el 04 de mayo de 2021, el plazo para emitir un pronunciamiento sobre el caso particular vence el 15 de junio de 2021.

A.2 Evaluación de la existencia de sustracción de la materia

29. Al respecto, es preciso anotar que, el recurso de apelación interpuesto por INCA RAIL contra el Oficio N° 03642-2021-GSF-OSITRAN que contiene el Informe N° 00138-2021-JCFM-GSF-OSITRAN, versa en que no se encontraba de acuerdo con la decisión recaída en dicho documento el cual recomendaba aprobar las Bases Integradas Modificadas del procedimiento de Subasta, toda vez que a criterio del recurrente dichas bases no resultan suficientes para garantizar el tratamiento igualitario y equitativo en el procedimiento de Subasta.
30. Sobre ello, es importante mencionar que, de manera posterior a la interposición de dicho recurso, INCA RAIL, por medio de la Carta N° 049-2021/DL de fecha 18 de mayo de 2021, comunicó su desistimiento para participar en el proceso de subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu; asimismo, por medio de la Carta N° 102-2021-PR-LEGAL-APQ/AV de fecha 19 de mayo de 2021, PERURAIL comunicó también su decisión de no participar en el referido proceso de subasta.
31. Considerando ello, resulta importante traer a colación el numeral 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil¹⁰, el cual señala que una de las formas de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo se da cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional.

⁶ ROF del Ositrán:

“Artículo 67.-Del Tribunal en Asuntos Administrativos

Del Tribunal en Asuntos Administrativos resuelve en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación planteados contra lo resuelto por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, conforme a la normativa de la materia.”

⁷ En el marco de las atribuciones otorgadas mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

⁸ Disposición realizada en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, actualmente artículo 220 del TUO de la LPAG.

⁹ Ver nota al pie de página N° 5.

¹⁰ **“Artículo 321.- Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo cuando:**

1. Se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional

(...)”

32. Asimismo, de acuerdo con la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil¹¹, las disposiciones de esta norma se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.
33. Por su parte, el Principio del debido Procedimiento regulado en el artículo IV del TEO de la LPAG señala que "(...) *La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuenta sea compatible con el régimen administrativo.*"
34. De igual modo, el artículo VIII del TEO de la LPAG establece que "*las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad*". (Subrayado agregado)
35. Así, debemos manifestar que el marco legal en materia procesal civil se aplica de forma supletoria al presente procedimiento, por lo que resulta aplicable el citado numeral 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil.
36. Complementariamente a ello, de acuerdo con el artículo 197 del TEO de la LPAG, se pone fin al procedimiento, entre otras formas, por el desistimiento, la declaración de abandono, los acuerdos adoptados como consecuencia de conciliación o transacción extrajudicial y **la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.**
37. En lo relativo a la sustracción de la materia, la Casación N° 2545-2010 Arequipa emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala lo siguiente:

"(...)
 Que, al respecto, cabe señalar que el inciso 1) del artículo 321 del Código Procesal Civil, contempla que la figura de la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia del ámbito jurisdiccional, la cual opera cuando el interés para obrar como elemento intrínseco de la pretensión que justifica la postulación al proceso, desaparece antes de que el derecho haga su obra, debido a que la pretensión ha sido satisfecha fuera del proceso, es decir, cualquiera de los casos donde la constante es la extinción del objeto litigioso. Supuesto de hecho que la doctrina alemana lo califica como "obsolescencia procesal" cuando ha cesado la situación cuya modificación se pide. (...)"

38. De igual manera, conforme a lo señalado por Ariano Deho¹², se presentaría una sustracción de materia de un proceso pendiente cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener.
39. En consecuencia, a la luz de la normativa y doctrina expuesta, dado que el recurso de apelación cuestiona las Bases Integradas del proceso de subasta, el mismo que a la fecha ha concluido por la declaratoria de desierto declarada por FETRANSA el 28 de mayo de 2021, en tanto no se presentaron ofertas válidas para la adjudicación de las frecuencias ante los desistimientos presentados tanto por INCA RAIL como PERURAIL para participar en el referido proceso, esta Gerencia considera que carece de objeto emitir un pronunciamiento

¹¹ **"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
 DISPOSICIONES FINALES**

PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.
 (...)"

¹² ARIANO DEHO, Eugenia. Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa. Revista PUCP, p. 145.

respecto al fondo del recurso presentado por dicha empresa, incluyendo su solicitud de otorgamiento de medida cautelar, por haberse producido la sustracción de la materia.

IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

40. En razón a que el proceso de subasta para la asignación de frecuencias en el tramo Ollantaytambo – Machupicchu ha concluido por declaratoria de desierto de manera posterior a la interposición del recurso de apelación presentado por INCA RAIL, el cual se encuentra enmarcado en dicho proceso de subasta en la medida que cuestiona las bases Integradas de ese proceso, carece de objeto emitir un pronunciamiento respecto al fondo de dicho recurso, lo que comprende también su solicitud de otorgamiento de medida cautelar.
41. Se recomienda declarar concluido el presente procedimiento por sustracción de la materia.

Atentamente,

HUMBERTO SHEPUT STUCCHI
Gerente de Asesoría Jurídica

NT: 2021050981