

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº013-2008-CD-OSITRAN

Lima, 27 de febrero del 2008

PROCEDENCIA : GERENCIA DE SUPERVISIÓN
GERENCIA DE ASESORIA LEGAL

ENTIDAD PRESTADORA : Ferrocarril Transandino S.A.

MATERIA : Modificatoria del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A.

VISTOS:

El Informe N° 014-08-GS-GAL-OSITRAN de fecha 20 de febrero del 2008, el escrito presentado por Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS) y el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo presentado en la sesión de fecha 25 de febrero del 2008;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 23 de septiembre de 2003, mediante Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN se aprobó el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REMA).
2. El 25 de mayo de 2004, mediante Resolución N° 021-2004-CD-OSITRAN, se aprobó el REA-FETRANS.
3. El 20 de septiembre de 2005, mediante Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN, se aprobó la modificación del REMA. Al respecto, conforme a lo establecido por el Artículo 13° del REMA, cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por el OSITRAN, con el fin de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso.
4. Mediante Resolución del Consejo Directivo del OSITRAN N° 026-2006-CD-OSITRAN del 20 de abril de 2006, se aprobó el REA - FETRANS en los términos señalados en el Informe N° 016-06-GS-GAL-OSITRAN. Cabe mencionar que en el proceso de aprobación de dicho Reglamento sólo participó la empresa Concesionaria, por lo que actualmente el

REA-FETRANS no contiene los aportes, comentarios u observaciones de los Usuarios Intermedios o de los potenciales entrantes.

5. El 1 de junio de 2007, ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C. (ANDEAN), en su calidad de empresa que en ese momento se encontraba tramitando su permiso de operación, solicitó al OSITRAN la modificación de algunos Artículos del REA-FETRANS, argumentando que algunas de las condiciones exigidas en dicho Reglamento constituirían barreras de acceso para el ingreso de nuevos operadores.
6. Con fecha 27 de junio de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN¹, se probó el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. (aprobado mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN).
7. El 25 de julio del 2007, ANDEAN interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN, entre otros, sobre la base de los siguientes argumentos:
 - (i) Existe una incongruencia en el texto del Artículo 5° propuesto;
 - (ii) Carece de sentido exigir que los seguros ya estén contratados antes de iniciarse las negociaciones de acceso a la vía, siendo lo lógico que dichos seguros sean contratados recién en el momento que efectivamente se va a acceder a la vía;
 - (iii) Asimismo, señala que el procedimiento adoptado por el OSITRAN para la tramitación de su solicitud no es el más adecuado pues el mismo, a su entender,

¹ En el mencionado pronunciamiento se resolvió lo siguiente:

“Artículo 1°.- Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. que fuera aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006).

Artículo 2°.- En consecuencia, se propone modificar el artículo 2°, en lo relativo a la definición de Contrato de Acceso, el artículo 5.1 literal c), el artículo 5.2, literal b), el artículo 6° Numerales 6) y 7), el artículo 14° y el artículo 19° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CDOSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006)... en los siguientes términos:

(...)

Artículo 3°.- Proponer la eliminación del Literal (ii) del artículo 11° y el artículo 21° del REA-FTA.

Artículo 4°.- Desestimar lo solicitado por Andean Railways Corp. en los extremos referidos a modificar el Artículo 8° Numeral 1), Artículo 10.2 Literal n), Artículo 10.3 Literales a), b), c) y e), Artículo 10.4, Artículo 19° y 21° del REA – FTA, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 050-07-GS-GALOSITRAN.

Artículo 5°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 050-07-GS - GAL - OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., PeruRail S.A., Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A.

Artículo 6°.- Difundir la presente Resolución mediante su publicación en la página web de OSITRAN.

Artículo 7°.- Disponer que Ferrocarril Transandino difunda en su página web, el Proyecto de Modificación de su Reglamento de Acceso, aprobado en virtud de la presente Resolución.

Artículo 8°.- Poner en conocimiento de las partes que el plazo para que puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. es de quince (15) días hábiles, contados a partir de recibida la notificación de la presente Resolución.”

los perjudicaría, dado que para operar a partir de enero de 2008, deberían de asegurarse en noviembre de 2007, a los operadores turísticos que ya podrían operar; razón por la cual, considera que resulta de aplicación el Artículo 26° del Reglamento del OSITRAN, el cual a su entender faculta al OSITRAN a tomar acciones inmediatas sin requerir de prepublicaciones ni recabar opiniones de los interesados cuando la urgencia así lo determina;

- (iv) Finalmente, considera necesario que el OSITRAN reconsidere la modificación de los plazos del REMA y del REA – FETRANS, pues considera que sin dichas modificaciones será imposible su acceso oportuno a la vía concesionada.

8. Mediante escrito de fecha 26 de julio de 2007, FETRANS impugnó la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN, sobre la base a los siguientes principales argumentos:

- (i) El REMA no permite que los REA's aprobados por el OSITRAN puedan ser modificados de oficio o a solicitud de terceros, siendo ello posible solamente a través de la solicitud efectuada por la misma entidad prestadora. Por ello, según FETRANS, en aplicación del principio de legalidad, no podría permitirse la modificación aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN. Con relación a este punto, FETRANS adicionalmente señaló que:

- El REA-FETRANS no es un producto normativo sino un acto administrativo, el cual conforme al REMA únicamente puede ser modificado a solicitud de la entidad prestadora.
- La Resolución de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN no tiene carácter general ya que busca modificar únicamente el REA – FETRANS. Al respecto, FETRANS señaló que: *“... es Ferrocarril Transandino quien está obligado a modificar su REA y quien en caso de incumplimiento será sancionado, con lo cual queda demostrado que la Resolución [de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN] no tiene carácter general y abstracto a diferencia del REMA”*
- Asimismo señaló que *“[s]i la preocupación del OSITRAN radica en eliminar las barreras de acceso a los mercados bajo su competencia no encontramos justificación para que solamente se busque modificar el REA FETRANS ya que barreras de acceso existen en todos los mercados bajo la competencia de OSITRAN. Sin ir muy lejos, existe otro concesionario de ferrocarriles con un REA muy similar y hasta idéntico en algunos aspectos que OSITRAN desea modificar en el REA FETRANS, sin embargo el Regulador no se ha manifestado al respecto.”*
- De igual forma señaló que el Artículo 16° del REMA recoge el principio de no discriminación, lo que implica que *“...el análisis y la decisión de solicitar condiciones similares que las otorgadas a un competidor corresponden a cada empresa y no al regulador”*, razón por la cual concluye que *“... no puede sostenerse que <de oficio> el regulador puede modificar condiciones*

de acceso cuando considere que un usuario intermedio no está recibiendo condiciones similares.”

- (ii) La adecuación del REA - FETRANS en el año 2006 tuvo como origen la modificación del REMA y la necesidad de adecuar el REA - FETRANS a dicha modificación, siendo aquel supuesto válido según el ordenamiento jurídico. En ese sentido, considera que mientras no se modifique el REMA no existe posibilidad de realizar modificaciones de oficio o a solicitud de terceros de los REA's aprobados por el OSITRAN;
- (iii) Existió una limitación al derecho de defensa de FETRANS y demás operadores ferroviarios pues consideran que la solicitud de ANDEAN debió notificarse a los administrados sobre cuyos efectos recae dicha solicitud, es decir, FETRANS y las empresas PERURAIL y WYOMING.

Al respecto, FETRANS señala que:

*“... tenía el derecho a exponer sus argumentos sobre la solicitud de modificación de su REA, tanto a solicitud de tercero o de oficio, **antes de que el Consejo Directivo emita un Acto Administrativo aprobando dicho proyecto**, ya que conforme el[sic] artículo 139 del a [sic] Constitución establece <El principio de no ser privado del derecho de defensa **en ningún estado del proceso**>.*

*Ferrocarril Transandino debió de haber participado de la discusión acerca de la procedencia de modificar el REA FETRANS y, el Consejo Directivo de OSITRAN como muestra del respecto a los derechos de FETRANS como administrado, debió haber requerido contar con la posición de FETRANS respecto a dicha modificación **antes de proceder a emitir la Resolución** (un Acto Administrativo), sin embargo no lo hizo.*

El hecho que se le permita a Ferrocarril Transandino enviar sus comentarios y observaciones sobre el proyecto de Modificación del REA FETRANS YA APROBADO no quita el hecho de que se nos privó de nuestra garantía al derecho al debido procedimiento administrativo y al ejercicio de nuestros derechos a la contradicción y a la defensa en la etapa previa.”

9. Mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2007, FETRANS presentó una solicitud de modificación del REA-FETRANS dado que considera **“... que existen algunos aspectos que deben adecuarse para responder a la presencia de pluralidad de operadores, a fin de resguardar el correcto desempeño de las operaciones de cada uno de ellos.”** En dicho escrito, presentó nueva información acerca del cálculo del monto de las pólizas de seguros, de la carta fianza y propuso además que se incluya un procedimiento de infracciones y sanciones.
10. Con fecha 23 de agosto de 2007, mediante Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN², se admitió a trámite la solicitud de FETRANS para la modificación de su REA;

² Dicha Resolución determinó lo siguiente:

y, se dispuso la acumulación del procedimiento iniciado de oficio y del procedimiento iniciado a petición de FETRANS, destinados a la modificación del REA-FETRANS, en un sólo procedimiento administrativo.

11. El 19 de octubre de 2007, FETRANS presentó una nueva solicitud de modificación de su REA, la misma que viene siendo tramitada a la fecha en forma paralela al presente procedimiento tramitado de oficio (acumulado)³.
12. Con fecha 13 de noviembre de 2007, FETRANS remitió el Informe emitido por Contacto Corredores de Seguros S.A. respecto de las condiciones en seguros que debería cumplir un nuevo operador en el Ferrocarril Sur y Sur Oriente, precisando las coberturas que deberían tener los seguros prestados por los operadores ferroviarios.
13. Mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN, de fecha 03 de diciembre de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN resolvió entre otras consideraciones, modificar los Artículos 5.1.c), 6. 7, 8.1, 8.7, 10.3. a), b), c), d) y e), 14° y 19°; y, eliminar el literal b) del artículo 5.2, el romano (ii) del Artículo 11°, así como el segundo párrafo del Artículo 21° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A.⁴

“Artículo 1°.- Declarar la admisión a trámite de la solicitud de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. sobre modificación de su Reglamento de Acceso, aprobado por Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN.

Artículo 2°.- Disponer la acumulación del procedimiento iniciado de oficio a que se refiere el Numeral 19) de la presente Resolución, con el procedimiento iniciado a petición de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., destinados a la modificación del Reglamento de Acceso de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., en un solo procedimiento administrativo.

Artículo 3°.- Encargar a la Secretaría del Consejo Directivo, dar cuenta de la presente Resolución en la Sesión más próxima de este órgano colegiado.

Artículo 4°.- Notificar la presente resolución a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C., PERÚRAIL S.A. y WYOMING RAILWAYS S.A.”

³ En vista de ello, en la presente Resolución únicamente se tomarán en cuenta y se analizarán principalmente los hechos que sean concernientes al procedimiento de modificación de oficio (acumulado).

⁴ Dicha Resolución determinó lo siguiente:

“Artículo 1°.- Declarar IMPROCEDENTE los recursos de Reconsideración interpuestos por FETRANS y ANDEAN en contra de la Resolución N° 043- 2007-CD-OSITRAN que aprobó el proyecto de REA – FETRANS, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

Artículo 2°.- Declarar IMPROCEDENTE el pedido de Nulidad deducido por FETRANS en contra de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN que aprobó el Proyecto de Modificatoria del REA – FETRANS, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

Artículo 3°.- Aprobar el proyecto de modificación de los Artículos 5.1.c), 6. 7, 8.1, 8.7, 10.3. a), b), c), d) y e), 14° y 19°; y, eliminar el literal b) del artículo 5.2, el romano (ii) del Artículo 11°, así como el segundo párrafo del Artículo 21° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. de acuerdo a las observaciones señaladas en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN, quedando redactados de la siguiente manera:

Artículo 4°.- Disponer que Ferrocarril Transandino S.A. difunda el Proyecto de Modificatoria de su Reglamento de Acceso en su página web, luego de subsanar las observaciones correspondientes, en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente.

Artículo 5°.- Poner en conocimiento de las partes notificadas que el plazo para que puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. es de quince (15) días hábiles, contados a partir de recibida la notificación de la presente Resolución.

14. Mediante escrito de fecha 15 de enero de 2008, FETRANS presentó lo siguiente:
- (i) Recurso de Apelación, a través del cual se solicita la nulidad de la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN.
 - (ii) Análisis del contenido de la propuesta de modificación de Oficio del REA – FETRANS, establecido mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN.
 - (iii) Solicitud de nueva acumulación del procedimiento de modificación tramitado de oficio (acumulado) con el procedimiento tramitado a iniciativa de parte por el FETRANS, para la modificación del REA – FETRANS, presentado con fecha 19 de octubre de 2007.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

15. En lo que respecta al recurso de apelación, FETRANS sustentó su posición en los siguientes principales argumentos⁵:

II.1 Con relación a la naturaleza de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de Ositran

- (i) **En la etapa de elaboración (y/o modificación) del REA nos encontramos ante un procedimiento administrativo (hecho que según FETRANS habría sido negado por OSITRAN), razón por la cual la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN (artículo 7°), al disponer u ordenar a FETRANS la difusión del proyecto de modificación del REA, constituye un Acto Administrativo.**

*“El artículo 13° del REMA establece la obligación individual a cada entidad prestadora de contar con Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, obligación que se cumple presentando **individualmente** cada entidad prestadora un proyecto de Reglamento de Acceso para la aprobación de OSITRAN. (...)”*

“Es evidente que en la medida que el REMA [se refiere al Artículo 46°] considera que el incumplimiento de la obligación de presentar los proyectos de Reglamento de Acceso es considerado como infracción y que el mismo se

Artículo 6°.- Encargar a la Gerencia de Supervisión efectuar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la presente Resolución.

Artículo 7°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Andean Railways Corp. S.A.C. y Wyoming Railways S.A.

Artículo 8°.- Difundir la presente Resolución y el Informe N° 072-07-GS-GAL- OSITRAN, mediante su publicación en la página web de OSITRAN.”

⁵ FETRANS ha sustentado apelación en muy diversos argumentos, razón por la cual hemos procedido a organizar los mismos de la manera contemplada en el ítem 16.

encuentra sujeto a sanción de acuerdo con el Reglamento de infracciones y Sanciones del OSITRAN, que no podemos, por lo menos hasta el momento de aprobar el Reglamento de Acceso considerar que el mismo se refiere a una colectividad, sino únicamente a cada Entidad Prestadora, ello por que si la Entidad prestadora no cumple con presentar su proyecto de Reglamento de Acceso, es ella y únicamente ella quién va a ser objeto de sanción y no una colectividad.”

“... resulta conveniente diferenciar entre **dos etapas del proceso de aprobación de los Reglamentos de Acceso**. La primera etapa es la etapa de elaboración del mismo, y la segunda es el momento de aprobación del Reglamento de Acceso.”

“Respecto de la etapa de elaboración del mismo, podemos afirmar que sin duda alguna nos encontramos ante un procedimiento administrativo, contrariamente a lo que LA RESOLUCIÓN afirma (...)

(...)

... la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN es un Acto Administrativo porque:

- Es una declaración de OSITRAN
- Destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses (derecho de la seguridad jurídica, y respeto pro parte de la administración del principio de legalidad), obligaciones (**YA QUE SE IMPONE LA OBLIGACIÓN DE FETRANS DE DIFUNDIR EL PROYECTO DE REGLAMENTO EN SU PAGINA WEB**) o derechos (a que se respete su derecho a la seguridad jurídica, a exponer sus argumentos y ejercer el derecho a la contradicción y defensa).
- Dentro de una situación concreta, ya que se busca modificar el REA de FETRANS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN”.

[El subrayado, negrilla y mayúscula son nuestros]

- (ii) **En la etapa de aprobación del REA (sea de un nuevo REA o de la aprobación definitiva de sus modificaciones), la Resolución que aprueba el mismo también es un Acto Administrativo, en tanto imponen obligaciones particulares en un caso concreto a FETRANS** (por ejemplo, a través de los artículos Segundo y Tercero de la citada Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN, el Regulador dispuso determinadas obligaciones a FETRANS).

“Respecto de la etapa de **aprobación de un Reglamento de Acceso**, cabe señalar que la Resolución de Consejo Directivo que aprueba el mismo **TAMBIÉN ES UN ACTO ADMINISTRATIVO**. Para acreditar ello, consideramos pertinente citar la parte Resolutiva de la Resolución de de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN.

[El subrayado es nuestro]

- “- Es una declaración de OSITRAN,...
- Destinata a producir efectos jurídicos sobre:
 - i) Los intereses de FETRANS: si, sobre el derecho a la seguridad jurídica, y respeto pro parte de la administración del principio de legalidad
 - ii) Obligaciones de FETRANS: si, ya que impone obligaciones a FETRANS en sus artículos:
 - a) Subsanan las observaciones al proyecto
 - b) Realice Precisiones al proyecto
 - iii) Derechos de FETRANS: si, ya que limita el derecho de FETRANS a la seguridad jurídica.
 - **Dentro de una situación concreta**, ya que se busca modificar el REA de FETRANS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN”

“... la Resolución que dispone la modificación o aprobación de un REA es distinta al REA en sí. Es claro que el Reglamento de Acceso aprobado y vigente no es un Acto Administrativo, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales. Sin embargo las Resoluciones que disponen su modificación y aprobación no contienen el marco regulatorio de acceso a facilidades esenciales sino que contienen mandatos específicos a la Entidad prestadora a cargo de la facilidad esencial (tales como la obligación de publicar en su pagina web el proyecto, subsanar las observaciones, realizar precisiones etc..) es en esa medida que dichas resoluciones SI CONSTITUYEN ACTOS ADMINISTRATIVOS.”

“... conforme hemos demostrado, tanto LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] como la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN (y queremos reiterar nuevamente que no el REA FETRANS, el cual es un producto distinto a dichas Resoluciones) son actos administrativos, en tanto imponen obligaciones particulares en un caso concreto a FETRANS.”

[El subrayado y negrilla son nuestros]

- (iii) **OSITRAN anteriormente ha considerado que las Resoluciones que disponen la modificación u aprobación de los REA son Actos Administrativos impugnables.**

“El 04 de mayo de 2006, FETRANS presentó un Recurso de Apelación contra la Resolución N° 026-2006-CD- OSITRAN, por la cual se resuelve aprobar el Reglamento de Acceso presentado por FETRAN; sin embargo, en dicha oportunidad el Consejo Directivo de OSITRAN se pronunció respecto a dicho recurso declarándolo INFUNDADO. Ello porque OSITRAN consideró que efectivamente la Resolución impugnada se trata de un acto administrativo.

(...)

OSITRAN no ha cumplido con fundamentar adecuadamente la razón que motiva que esta vez afirme que LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] no es un Acto Administrativo, más aún teniendo en consideración el precedente expuesto. Por ello es que, por lo menos por falta de motivación del Acto Administrativo es que debe declararse la nulidad de LA RESOLUCIÓN, ya que el precedente fue también una decisión del Consejo Directivo.”

“El procedimiento administrativo de aprobación del REA de las entidades prestadoras es uno de evaluación previa. Dicho procedimiento, a diferencia del de aprobación automática supone que el Organismo Regulador debe evaluar minuciosa y profundamente los REA presentados para aprobación, y, si y solo si los encuentra conformes, emite el acto administrativo correspondiente a la aprobación de los mismos, que en el caso del REA FETRANS fue la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN.”

[El subrayado es nuestro]

- (iv) **Al ser la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN un acto administrativo, la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN no podría contravenir dicho acto administrativo previo.**

“Hemos demostrado que todos y cada [uno]de los aspectos que se pretende modificar del REA FETRANS a través de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN han sido objeto de evaluación y pronunciamiento por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, ... En ese sentido, si la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN es un Acto Administrativo perfectamente válido y que ha surtido efectos dotando de legitimidad al REA FETRANS , entonces la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN no podría contravenir dicho acto administrativo previo.”

- (v) **La Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN, constituye un acto administrativo en la medida que el Regulador puede sancionar a FETRANS por el incumplimiento de dicha Resolución.**

“... si fuera verdad lo sostenido en la RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN], entonces en caso FETRANS no cumpla con las obligaciones contenidas en la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN y en LA RESOLUCIÓN, entonces OSITRAN NO PODRÍA SANCIONAR A FETRANS POR DICHO INCUMPLIMIENTO, EN LA MEDIDA QUE SI NO CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO ENTONCES NO PODRÍA IMPUTARSE INCUMPLIMIENTO ALGUNO AL FETRANS. (...)”

- (vi) **La Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN no tiene carácter general ya que busca modificar únicamente el REA FETRANS y establece obligaciones únicamente a FETRANS.**

El ... artículo 24 del Reglamento General de OSITRAN establece como condición para el Organismo Regulador en el ejercicio de la función normativa pueda validamente dictar normas y reglamentos respecto a las referidas materias que dichas normas y reglamentos sean de carácter general. Sin embargo, como hemos expuesto en el punto anterior, LA RESOLUCIÓN N° 043-2007-CD/OSITRAN Y LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] NO TIENEN CARÁCTER GENERAL YA QUE BUSCA MODIFICAR ÚNICAMENTE EL REA FETRANS Y ESTABLECE OBLIGACIONES ÚNICAMENTE A FETRANS ...

... la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN y LA RESOLUCIÓN no tienen carácter general y abstracto, a diferencia del REMA y de los REA...

II.2 Con relación a las facultades de OSITRAN

- (vii) **OSITRAN debió primero modificar el REMA a fin de poder modificar el REA a solicitud de un tercero o de oficio**

“... lo que correspondía era proceder primero a MODIFICAR EL REMA, a fin de permitir que se modifiquen los REA´s aprobados a solicitud de un tercero, o de oficio; y luego proceder conforme a lo solicitado.”

“De la lectura y análisis de lo establecido en el REMA, es claro que dicho Reglamento no permite que los REA´s aprobados por OSITRAN puedan ser modificados de oficio o a solicitud de terceros, estableciendo como único supuesto de modificación de los mismos la solicitud efectuada por la misma entidad prestadora. Por ello, en aplicación del principio de legalidad no puede permitirse la modificación aprobada por la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN.”

“... al no haber posibilidad de modificación de los REA´s de oficio o a solicitud de tercero, el REMA no ha contemplado un procedimiento para ello, por lo que realizar modificaciones en términos de la referida Resolución no es posible jurídicamente...”

“... en virtud del Artículo 5 de la Ley 27444, la modificación de oficio y a solicitud de tercero de del REA FETRANS no sería procedente...”

- (viii) **En la Resolución impugnada OSITRAN entra en contradicción pues no obstante reconocer que el REMA es un Reglamento que busca limitar sus facultades discrecionales, luego señala que tiene facultades para iniciar la modificación de oficio**

.... En relación a los párrafos 46 y 48 de EL INFORME [...] debemos señalar que el Regulador entra en contradicción respecto a sus facultades...

Si el mismo OSITRAN está reconociendo expresamente que el REMA tiene como fin limitar la facultad discrecional del Regulador, entonces, después no puede desconocer aquella limitación autoimpuesta, bajo la premisa de que tiene suficientes facultades para hacerlo, ya que ello implicaría pasar a un marco de total arbitrariedad. (...)

- (ix) **OSITRAN no puede sustentar su actuación en el artículo 3 del Reglamento General de OSITRAN (en adelante, REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044 – 2006 – PCM**

“El objetivo del artículo 3 del Reglamento General de OSITRAN consiste en evitar que cualquier usuario que [no] cumpla con los requisitos legales y contractuales no pueda acceder a la infraestructura esencial o a la prestación del servicio...”

- (x) **Que, a consideración de FETRANS, OSITRAN ha interpretado que el artículo 16 del REMA le permite “... de oficio o a solicitud de parte dar inicio a un procedimiento de investigación destinado a determinar la inaplicación de las condiciones de acceso que impongan las Entidades Prestadoras, en caso estas no cumplan con ajustarse a la naturaleza de la operación y servicio involucrado.”**

“... el artículo 16 del REMA en ningún momento habilita a inaplicar condiciones de acceso...”

“La correcta aplicación del principio de no discriminación supone que el análisis y la decisión de solicitar condiciones similares que las otorgadas a un competidor corresponde a cada empresa y no al regulador.”

II.3. Con relación al derecho de defensa de FETRANS

- (xi) **Se ha violado el derecho de defensa de FETRANS**

“... conforme al artículo 1 de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN establece, ustedes han decidido “Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino”, han tomado ya una decisión sin siquiera otorgarnos la oportunidad de ejercer nuestro derecho a la defensa. Es más el artículo 7 de la Resolución ordena a Ferrocarril Trasandino a difundir en su página web el referido proyecto de modificación, con lo cual queda acreditado totalmente la afectación a nuestros derechos e intereses.”

“Ferrocarril Trasandino debió haber participado de la discusión acerca de la procedencia de modificar el REA FETRANS y, el Consejo Directivo de OSITRAN como muestra de respeto a los derechos de FETRANS como administrado, debió haber requerido contar con la posición de FETRANS respecto a dicha modificación antes de proceder a emitir la Resolución (un Acto Administrativo), sin embargo no lo hizo.”

“El hecho de que se le permita a Ferrocarril Trasandino enviar sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación de REA FTDSA YA APROBADO no quita el hecho de que se nos privó de nuestra garantía al derecho al debido procedimiento administrativo y al ejercicio de nuestros derechos a la contradicción y a la defensa etapa previa.”

16. En lo que respecta al análisis del contenido de la propuesta de modificación de Oficio del REA – FETRANS, establecido mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN, en la siguiente parte de la Resolución se analizará cada uno de los aspectos señalados por FETRANS.

17. En lo que respecta a la solicitud de acumulación efectuada por FETRANS, debemos señalar que dicho Concesionario ha señalado lo siguiente:

“... en aplicación de un criterio de equidad con la solicitud de Andean Railways, solicitamos se sirva acumularla en el procedimiento de modificación del REA FETRANS presentada a través de la Carta s/n de fecha 19 de octubre de 2007, debiendo el Consejo Directivo emitir pronunciamiento sobre el mismo antes de aprobar el REA FETRANS.”

III. **ANÁLISIS**

18. De acuerdo a lo señalado precedentemente, se abordará el presente análisis de la siguiente manera:

III.1 Cuestión Previa: Del alcance de las Funciones de OSITRAN

III.1.1 Alcances del contrato de concesión celebrado por el Estado con FETRANS, cuya supervisión está encargada a OSITRAN.

III.1.2 De la naturaleza de las Resoluciones emitidas por OSITRAN.

III.2 Análisis respecto de la pertinencia del pedido de acumulación del procedimiento de modificación de rea tramitado de oficio (acumulado), con el procedimiento de modificación tramitado a iniciativa de parte por el FETRANS (presentado con fecha 19 de octubre de 2007).

III.3 Análisis del recurso apelación interpuesto:

III.3.1 Respecto de la naturaleza de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de OSITRAN

III.3.2 Con relación a las facultades de OSITRAN

III.3.3 Con relación al derecho de defensa de FETRANS

III.4 De la modificatoria del Reglamento de Acceso

19. En ese sentido, a continuación, procederemos a analizar cada uno de los aspectos arriba señalados.

III.1. Respecto a la cuestión previa: del alcance de las funciones de OSITRAN

20. Antes de pasar a desarrollar nuestros argumentos con relación al escrito presentado por FETRANS, consideramos necesario dar un repaso general sobre el ámbito de competencia de OSITRAN en este aspecto.
21. En el marco del proceso de apertura de los mercados iniciado en la década de los noventa en el Perú, el 6 de noviembre de 1991, se emitió el **Decreto Legislativo N° 690**, el cual declaró de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria y, a la vez, prohibió cualquier forma de monopolio y de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria (Artículo 1°). Dicha norma estableció, además, una diferenciación entre las siguientes actividades:
- i) Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria⁶. (Artículo 2, literal a)
 - ii) Servicio de transporte ferroviario⁷. (Artículo 2, literal b)
22. En ese sentido, es pertinente mencionar que el inciso 3.1 del Artículo 3° de la Ley 26917, Ley de creación de OSITRAN, señala que la misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras⁸, así

⁶ Artículo 2, literal a

- Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria; lo que comprende la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas permanentes, del ancho de la zona del ferrocarril, de los terraplenes, puentes, túneles, rieles, durmientes y otros bienes afectados al servicio, así como las instalaciones complementarias que comprenden patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal.

⁷ Artículo 2, literal b

- Servicios de transporte ferroviario; lo que comprende las operaciones de embarque, desembarque, carga, descarga y, en general, todo lo necesario para permitir el movimiento de pasajeros y de carga en las vías férreas, así como las operaciones relacionadas al material tractivo y rodante(*), compuesto por locomotoras, coches y vagones, y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad.

(*) MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE

Es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros y/o el traslado de personal de supervisión. Esta conformado por autovagones, autocarriles y autovías.

⁸ Conforme al literal k) del Artículo 1° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM, debe entenderse como **Entidad Prestadora** a las *Empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de Infraestructura nacional o regional de transporte de uso público, sean empresas públicas o privadas y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios. Del mismo modo, los son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley N° 27943.*

como el cumplimiento de los contratos de concesión; en el marco de las políticas y normas que dicta el MTC, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

23. De igual forma, el literal d) del artículo 5 de la Ley 26917, establece como objetivo de OSITRAN “*fomentar y preservar a libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras (...) en beneficio de los usuarios (...)*”.
24. En consecuencia, con relación al Ferrocarril del Sur Oriente, corresponde a OSITRAN velar por el derecho de acceso a la infraestructura férrea por parte de eventuales operadores interesados.
25. De acuerdo al marco legal y contractual que explicaremos a continuación, el libre acceso a la infraestructura es un principio básico para la operación eficiente del mercado de servicios de transporte ferroviario. Sin acceso a la infraestructura no operará la competencia en los servicios de transporte, situación contraria al marco contractual y legal ferroviario.

III.1.1. Respecto a los alcances del contrato de concesión celebrado por el Estado con FETRANS, cuya supervisión está encargada a OSITRAN

26. En el Numeral 6.5 de la CLÁUSULA SEXTA del Contrato de Concesión, se establece que el Concesionario tiene plena libertad para la gestión y conducción del negocio, pero DENTRO de los LIMITES contenidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN, las BASES y las LEYES APLICABLES:

<<El Concesionario tiene derecho a explotar los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario y los Servicios Complementarios que crea conveniente, de acuerdo a lo establecido en el Contrato, en las Bases y en las Leyes Aplicables. Este derecho implica la libertad del Concesionario en la gestión y conducción del negocio, lo cual incluye, pero no se limita, a la administración, mantenimiento, rehabilitación y construcción de Infraestructura Vial Ferroviaria, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrate y la libertad de decisión comercial, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato, las Bases y las Leyes Aplicables.
(...)>>

[El subrayado es nuestro]

27. De otro lado, por medio del Numeral 7.5 de la CLÁUSULA SÉTIMA (*Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario*) se establece que el Concesionario se obliga a prestar todos y cada uno de los servicios que desarrolle dando estricto cumplimiento a las leyes aplicables a cada servicio. Dicha obligación, de acuerdo con el inciso mencionado, también alcanza a cualquier tercero que preste servicios de transporte ferroviario y/o servicios complementarios, debiendo el Concesionario supervisar su cumplimiento.
28. Como puede observarse la CLÁUSULA SEXTA (*Explotación de la Concesión*) en su Numeral 6.5, así como la CLÁUSULA SÉTIMA (*Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario*), en su Numeral 7.5, del Contrato de Concesión, establecen que si bien es cierto, FETRANS tiene el derecho de explotar la Concesión, dicho aprovechamiento debe darse respetando las disposiciones contenidas en la Constitución y en el marco legal vigente, es decir **EL MISMO CONTRATO DE CONCESIÓN RECONOCE EXPRESAMENTE que los actos de explotación de la Concesión, deberá efectuarse respetando la libre competencia, lo que a su vez implica un respeto por establecer las condiciones de LIBRE ACCESO a la vía férrea.**
29. Seguidamente, analizaremos el contenido del Numeral 7.6 de la citada CLÁUSULA SÉTIMA (*Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario*), el cual recoge la finalidad promotora de competencia del marco constitucional y legal anteriormente citado.
30. En efecto, el Numeral 7.6 al desarrollar el **PRINCIPIO DE EQUIDAD EN SERVICIOS**, establece que:

<<El Concesionario no podrá discriminar entre 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 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 relación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

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

(...)>>

[El subrayado es nuestro]

31. Como puede observarse, en virtud del citado Numeral 7.6, el **Concesionario** se encuentra **PROHIBIDO de desarrollar conductas que tengan por objeto limitar la libre competencia o el acceso a la línea férrea.**
32. Asimismo, este numeral establece la obligación para el Concesionario de otorgar el libre acceso, principio en virtud del cual el Concesionario está obligado a otorgar el acceso a los operadores de servicio que lo soliciten. La importancia del cumplimiento de ésta obligación contractual se deriva del hecho de que, **en caso el Concesionario niegue el acceso a la vía, no podrá existir competencia en los servicios de transporte, vulnerándose el marco legal y constitucional aplicable.**
33. La mencionada finalidad pro-competencia establecida por el citado Numeral 7.6, guarda concordancia con la disposición establecida en el Numeral 12.2 de la CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA (Obligaciones del Concesionario), la misma que establece lo siguiente:
- <<(…)
El Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en caso que:
- (i) No cuente con el respectivo Permiso de Operación vigente extendido por el MTC; o,
 - (ii) Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su Material Tractivo o Material Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en este Contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7; o
 - (iii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables.
- (…)
El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en este numeral constituye causal de caducidad de este Contrato.>>
- [El subrayado es nuestro]
34. Es decir, el mismo Contrato de Concesión ha establecido TAXATIVAMENTE los supuestos en los cuales el Concesionario podrá impedir el ingreso a la línea férrea de un nuevo operador de servicios de transporte ferroviario.
35. En suma, en concordancia con el marco constitucional y normativo vigente, **el Contrato de Concesión establece una PROHIBICIÓN de limitar, restringir o distorsionar el libre acceso a la vía férrea** (Numeral 7.6). Dicha finalidad de favorecer la competencia yace incluso en el sustrato de ciertas obligaciones del Concesionario (Numeral 12.2), razón por la cual podemos señalar en este punto que **el Concesionario, al momento de explotar la concesión, deberá observar que su conducta no limite el libre acceso.**

36. Del mismo modo, forma parte integrante del Contrato de Concesión, la Circular N° 17, emitida el 15 de marzo de 1999 por la CEPRI ENAFER¹², a través de la cual se aclaró y amplió las bases, así como la versión preliminar del Contrato de Concesión, disponiéndose que:

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

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

(...)

5.- *El Concesionario no podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas en más de un operador de Servicios de Transporte Ferroviario. El incumplimiento de esta obligación será tipificado en el Contrato como causal de caducidad de la concesión.*

6.- Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.

(...)”

[El subrayado y resaltado es nuestro]

37. Para entender ésta Circular, debemos recordar que la única forma de transportarse entre Ollantaytambo a Macchu Picchu es a través del Ferrocarril, en ese sentido, era necesario asegurar la CONTINUIDAD de la PRESTACIÓN del SERVICIO PÚBLICO de TRANSPORTE entre dichas localidades, para el momento que la administración del ferrocarril pase del Estado a manos privadas. En ese sentido, con el objeto de asegurar que el mencionado traspaso no genere la falta del servicio, la autoridad encargada del Proceso de Concesión consideró pertinente que la empresa que resulte ganadora de la licitación constituya una empresa VINCULADA para que ésta última se haga cargo de la administración del servicio de transporte ferroviario, en tanto que la empresa ganadora administraría la infraestructura ferroviaria, a la vez que se garantizaba que terceros

¹² Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada de la Empresa Nacional de Ferrocarriles, encargada de llevar a cabo el proceso de Concesión.

puedan acceder a competir en el servicio de transporte, con lo cual el modelo pasó de ser uno de **separación vertical** a uno de **acceso competitivo**¹³.

38. En ese sentido, observamos que la Circular N° 17 garantiza expresamente el ingreso de potenciales operadores del servicio de transporte ferroviario, estableciendo la obligación al concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea, así como de otorgarle condiciones no discriminatorias (lo que implica necesariamente la prohibición del establecimiento de condiciones más favorables a su empresa VINCULADA)
39. En suma, hasta aquí, hemos podido demostrar que tanto del marco legal anteriormente citado, así como las cláusulas establecidas en el mismo Contrato de Concesión, señalan un claro objetivo del Estado con miras a promover el acceso a la vía férrea, con el objeto de promover la competencia en los servicios de transporte de pasajeros y carga.
40. Teniendo en cuenta que uno de los principales objetivos del Contrato de Concesión es, como lo hemos visto, permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y/o de carga, sobre la misma infraestructura (competencia intramodal), a continuación pasaremos a desarrollar la posición de OSITRAN con relación al escrito de fecha 15 de enero de 2008 presentada por FETRANS.

III.1.2. Respecto a la naturaleza de las resoluciones emitidas por OSITRAN

41. Conforme a lo establecido por el Artículo 1° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) **“son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”**.

De otro lado, el Artículo 29° de la LPAG señala que “[s]e entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca **efectos jurídicos individuales o individualizables** sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

42. En base a las normas legales anteriormente citadas, podemos señalar que la LPAG, considera como elementos constitutivos del acto administrativo los siguientes:
 - (i) Una declaración de una entidad
 - (ii) Destinada a producir efectos jurídicos externos
 - (iii) Que sus efectos recaigan sobre derechos, intereses y obligaciones de los administrados
 - (iv) En una situación concreta
 - (v) En el marco del derecho público

¹³ Sobre las implicancias de los conceptos de **separación vertical** y de **acceso competitivo** ver nota a pie de página 10 del presente Informe.

(vi) Puede tener efectos individualizados o individualizables

43. Por tanto, para efectos de determinar si nos encontramos o no ante actos administrativos, deberán presentarse TODOS los elementos constitutivos del mismo anteriormente indicados.

Para los fines del presente análisis, nos basta con señalar que las Resoluciones que APRUEBAN Reglamentos (sea un REMA o REA's) no constituirán Actos Administrativos, en vista que con dicha aprobación no se está generando efectos individualizados o individualizables en los administrados.

A mayor abundamiento, a manera de ejemplo, podemos citar el proceso de acción popular tramitado por la Asociación Peruana de Agentes Marítimos – APAM en contra de OSITRAN, por la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSIRTRAN que aprobó el REMA de OSITRAN.

Al respecto, en el considerando décimo segundo de la Resolución N° 28 del 20 de julio de 2007, la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado lo siguiente:

*“DECIMO SEGUNDO: Que, de acuerdo a los dispositivos citados, se tienen que la Resolución de Presidencia [sic] del Consejo Directivo número 014-2003-CD-OSITRAN, que **APROBÓ** el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, norma que motiva el presente proceso de Acción Popular, ha sido expedida por OSITRAN en el ejercicio de sus facultades normativas y por tanto no infringe la Constitución Política del Estado...”*

Como puede observarse, la Sala considera que la Resolución de Consejo Directivo que APRUEBA el Reglamento (en este caso, el REMA), ha sido emitida en ejercicio de facultades NORMATIVAS y no en ejercicio de facultades administrativas, hecho que se confirma, además, con el trámite seguido por los propios demandantes, es decir, a través de un proceso de acción popular y no de un proceso contencioso administrativo.

III.2. Análisis respecto de la pertinencia del pedido de acumulación del procedimiento de modificación de rea tramitado de oficio (acumulado), con el procedimiento de modificación tramitado a iniciativa de parte por el FETRANS (presentado con fecha 19 de octubre de 2007)

44. Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- (i) Con fecha 27 de junio de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN dispuso lo siguiente:

*“**Artículo 1°.-** Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. que fuera aprobado por el Consejo Directivo de*

OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006).

Al respecto, conforme a lo señalado en el ítem 58 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN:

“... debe tenerse en consideración que, en el presente caso, lo que ha aprobado la Resolución impugnada es simplemente un PROYECTO de REGLAMENTO, es decir, se trata de un proyecto normativo que no se encuentra en capacidad de producir derechos y obligaciones para los administrados, dado que su eficacia está supeditada a la aprobación posterior de la versión final del reglamento.”

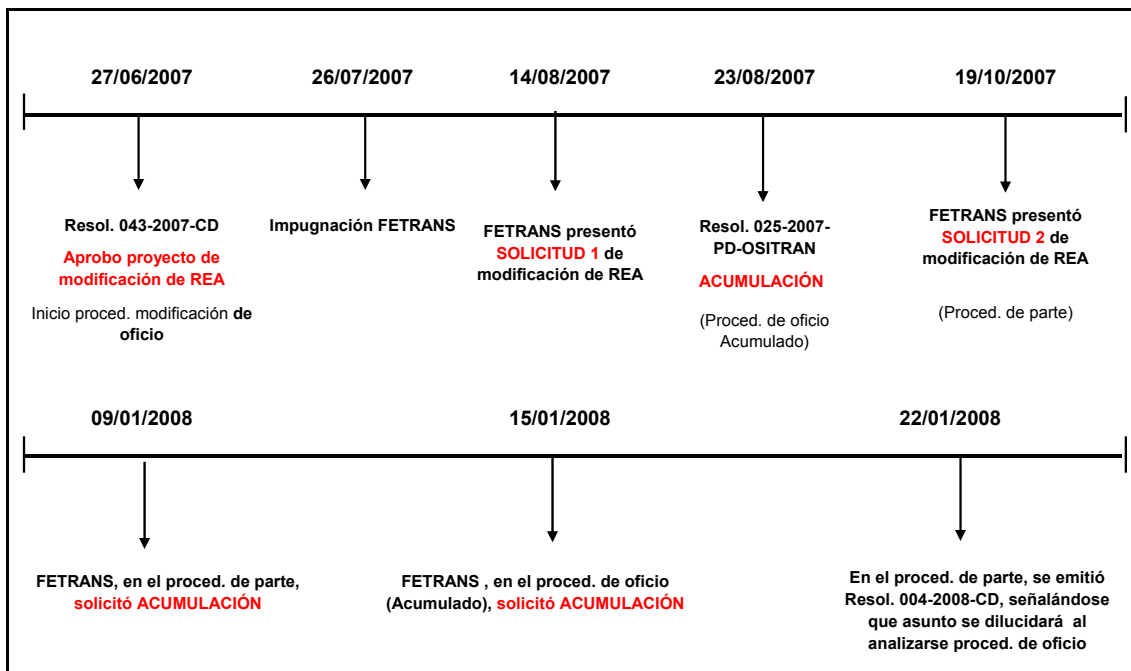
La Resolución que dispuso el inicio del procedimiento de modificación de oficio fue inmediatamente impugnada por FETRANS mediante escrito de fecha 26 de julio de 2007.

- (ii) Luego de iniciado el procedimiento de modificación de oficio del REA – FETRANS, el Concesionario, mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2007, presentó una solicitud de parte de modificación del REA-FETRANS dado que consideraba ***“... que existen algunos aspectos que deben adecuarse para responder a la presencia de pluralidad de operadores, a fin de resguardar el correcto desempeño de las operaciones de cada uno de ellos.”***
- (iii) En vista de ello, con fecha 23 de agosto de 2007, mediante Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN, se admitió a trámite la solicitud de FETRANS para la modificación de su REA; y, se dispuso la ACUMULACIÓN del procedimiento iniciado de oficio y del procedimiento iniciado a petición de FETRANS, destinados a la modificación del REA FETRANS, en un sólo procedimiento administrativo.
- (iv) El 19 de octubre de 2007, FETRANS presentó una nueva solicitud de modificación de su REA, la misma que viene siendo tramitada a la fecha como procedimiento **de parte** en forma paralela al presente procedimiento tramitado **de oficio (acumulado)**.
- (v) En este punto es pertinente señalar que en el procedimiento de parte, mediante carta s/n de fecha 09 de enero de 2008, FETRANS procedió no solamente a absolver los requerimientos efectuados por OSITRAN en dicho procedimiento, sino que adicionalmente solicitó: ***“ACUMULAR los dos procedimientos actualmente en trámite, referidos a las modificaciones del REA FETRANS, por cuanto no sólo se trata de la misma materia, sino que todas éstas han sido detalladas y desarrolladas en el presente procedimiento”***
- (vi) Asimismo, en el procedimiento tramitado de oficio (acumulado), FETRANS en su escrito de fecha 15 de enero de 2008, ha solicitado también la acumulación de los procedimientos tramitados de oficio (acumulado) y de parte.

- (vii) Con relación a la solicitud de acumulación efectuada en el procedimiento de parte, en la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2008-CD-OSITRAN de fecha 22 de enero de 2008, se consideró que:

“... dado que la FETRANS señala que el contenido de la modificación del REA, materia del tramite de oficio, ha sido desarrollado en su escrito de subsanación..., dicho asunto debe dilucidarse al momento de analizarse proyecto de REA tramitado en el procedimiento de oficio”.

45. Lo señalado precedentemente podemos graficarlo de la siguiente manera:



46. Como puede observarse, luego de iniciado el procedimiento de modificación de oficio el 27 de junio de 2007, FETRANS no solamente impugnó dicha decisión del Regulador sino que además procedió a plantear una modificación de parte, la cual fue acumulada en virtud de lo dispuesto por la Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN.
47. Posteriormente a ello, FETRANS nuevamente presentó una nueva solicitud de modificación del REA, la misma que viene siendo tramitada de manera paralela al presente procedimiento de oficio (acumulado) y respecto de la cual FETRANS ha solicitado acumulación.
48. Respecto a la pertinencia de acumular procedimientos, ante las sucesivas e inmediatas peticiones de modificación del REA, debemos señalar lo siguiente:
- (i) La acumulación de procedimientos de modificación del REA, es un supuesto no contemplado por el REMA, motivo por el cual nos encontramos ante un VACÍO NORMATIVO.

- (ii) No obstante ello, el inciso 2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG señala que los Principios del Procedimiento Administrativo servirán, entre otras cosas, “... **para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo**”.
- (iii) Sobre el particular, el **principio de celeridad** establecido por el inciso 1.9 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, señala lo siguiente:
“1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.” [El subrayado es nuestro]
- (iv) Por otra parte, debe tenerse presente que el Artículo 149° de la LPAG regula los supuestos de pertinencia de la ACUMULACIÓN.

Sobre el particular, debemos tener en consideración que, en el presente caso, esta norma únicamente resultaría de aplicación por ANALOGÍA, dado que los procedimientos a los que hace referencia el citado Artículo 149° están destinados a la producción de un Acto Administrativo, situación que no se presenta en el caso bajo análisis, en vista que el mismo se encuentra destinado a la producción de un Reglamento Administrativo (REA-FETRANS), hecho ampliamente analizado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN y ahora, además, reconocido por el propio Concesionario en su escrito de fecha 15 de enero de 2008¹⁴.

De esta manera, el Artículo 149° de la LPAG, señala lo siguiente:

“La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión”

Sobre el particular, MORON¹⁵ señala que:

“Aunque la acumulación puede proveerse a pedido de parte, siempre será la autoridad quien determine su PERTINENCIA siguiendo los criterios de oportunidad y celeridad, que debe cumplir.”

¹⁴ En efecto FETRANS en las paginas 8 y 9 de su escrito de fecha 15 de enero de 2008, señala lo siguiente:

“(...). Es claro que el Reglamento de Acceso aprobado y vigente no es un Acto Administrativo, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales. (...)”

¹⁵ MORON, Juan Carlos: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Sexta Edición, Gaceta Jurídica, 2007, Lima, página 432.

[El subrayado y mayúscula son nuestros]

En consecuencia, queda claro que el citado Artículo 149° reconoce que es FACULTAD de la Administración el decidir sobre la pertinencia o no de la acumulación.

- (v) En ese sentido, teniendo en consideración que el procedimiento de modificación de oficio (acumulado), se encuentra en su fase de conclusión, somos de la opinión que no resulta pertinente proceder a la acumulación solicitada pues el nuevo procedimiento de parte iniciado por FETRANS aún se encuentra en su fase de recabar los comentarios y observaciones de los interesados (es decir, de PERURAIL S.A., ANDEAN RAILWAYS S.A., WYOMING RAILWAYS S.A. e INCARAIL S.A.C.), de esta manera, el acceder a la acumulación solicitada implicaría un nuevo retraso en la tramitación del procedimiento del REA, situación que consideramos perjudicaría a los interesados pues las modificaciones planteadas en el procedimiento de oficio (acumulado) tienen por objeto adecuar el REA a las nuevas condiciones del mercado¹⁶.
- (vi) Sin perjuicio de ello, debemos precisar que conforme a lo establecido en el REMA y de acuerdo al derecho que ha venido ejerciendo FETRANS hasta en dos oportunidades luego de iniciado el presente procedimiento de oficio (acumulado), FETRANS tiene expedito su derecho de solicitar la modificaciones del REA que crea conveniente, respetando el marco legal vigente. Ello implica, que el ejercicio de dicho derecho no debe constituir un ejercicio abusivo del mismo dado que no se puede ejercer la atribución legal contrariando los dictados de la BUENA FE o desviándola del fin para el cual ha sido reconocida.

49. Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, somos de la opinión que en esta etapa del procedimiento no resulta pertinente la acumulación solicitada por FETRANS.

III.3. Análisis del recurso apelación interpuesto

50. A continuación analizaremos cada uno de los argumentos esgrimidos por FETRANS en su escrito de fecha 15 de enero de 2008.

III.3.1. Respeto de la naturaleza de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de OSITRAN

- (i) **El REA FETRANS es una disposición normativa, y no un acto administrativo.**
51. Conforme a lo establecido por el Artículo 29° de la LPAG, el procedimiento administrativo es el **“... conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados”** [El subrayado es nuestro]

¹⁶ Al respecto, ver ítems 100 a 105 del presente Informe.

52. Por otra parte, los artículos 46° a 51° del REMA regulan el procedimiento para la emisión del REA, a iniciativa de FETRANS. Ahora bien, dicho procedimiento, conforme ha sido reconocido por FETRANS en su escrito de fecha 15 de enero de 2008¹⁷, no constituye un acto administrativo dado que el REA es emitido en base a las facultades normativas de OSITRAN¹⁸.
53. Siendo ello así, es claro que los procedimientos regulados por la LPAG y por el REMA son procedimientos de diferente naturaleza, dado que el primero tiene por objeto la emisión de un acto administrativo, en tanto que el segundo tiene por finalidad la emisión de un Reglamento Administrativo.
54. En consecuencia, el hecho que se siga un **procedimiento** para la emisión de un **Reglamento** (en este caso el REA), no implica que la actuación de la Administración Pública (OSITRAN) con miras a la aprobación del mismo (sea de su proyecto o de su versión definitiva) constituya indefectiblemente un Acto Administrativo; en otras palabras, **contrariamente a lo afirmado por FETRANS, no todo procedimiento tiene por objeto la emisión de un acto administrativo, es por ello que justamente el Artículo 29° de LPAG precisa que el procedimiento regulado por dicho cuerpo legal es el que tiene por objeto la emisión de un acto administrativo.** No puede, por lo tanto, aplicarse a reglamentos o disposiciones de carácter general dictadas por la Administración Pública.
55. Por lo tanto, este extremo de la argumentación de FETRANS carece de asidero legal.
- (ii) **Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, el hecho que el artículo 7° de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN ordene a FETRANS la difusión del proyecto de modificación del REA, no genera que el contenido de dicha Resolución constituya un Acto Administrativo**
56. Con el objeto de analizar si la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN, de fecha 27 de junio de 2007, constituye un acto administrativo debemos proceder a analizar el contenido de la misma. Así, en la citada Resolución, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso lo siguiente:

“Artículo 1°.- Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. que fuera aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006).

¹⁷ En efecto FETRANS ha señalado que:

“... la Resolución que dispone la modificación o aprobación de un REA es distinta al REA en sí. Es claro que el REGLAMENTO DE ACCESO APROBADO Y VIGENTE NO ES UN ACTO ADMINISTRATIVO, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales.(...)”

[El subrayado y mayúscula son nuestros]

¹⁸ Sobre el particular, ver ítem 31 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

Artículo 2°.- *En consecuencia, se propone modificar el artículo 2°, en lo relativo a la definición de Contrato de Acceso, el artículo 5.1 literal c), el artículo 5.2, literal b), el artículo 6° Numerales 6) y 7), el artículo 14° y el artículo 19° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CDOSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006)... en los siguientes términos:*
(...)

Artículo 3°.- *Proponer la eliminación del Literal (ii) del artículo 11° y el artículo 21° del REA-FTA.*

Artículo 4°.- *Desestimar lo solicitado por Andean Railways Corp. en los extremos referidos a modificar el Artículo 8° Numeral 1), Artículo 10.2 Literal n), Artículo 10.3 Literales a), b), c) y e), Artículo 10.4, Artículo 19° y 21° del REA – FTA, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 050-07-GS-GALOSITRAN.*

Artículo 5°.- *Notificar la presente Resolución y el Informe N° 050-07-GS - GAL - OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., PeruRail S.A., Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A.*

Artículo 6°.- *Difundir la presente Resolución mediante su publicación en la página web de OSITRAN.*

Artículo 7°.- *Disponer que Ferrocarril Transandino difunda en su página web, el Proyecto de Modificación de su Reglamento de Acceso, aprobado en virtud de la presente Resolución.*

Artículo 8°.- *Poner en conocimiento de las partes que el plazo para que puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. es de quince (15) días hábiles, contados a partir de recibida la notificación de la presente Resolución.”*

[El subrayado es nuestro]

57. Como puede observarse, FETRANS señala que la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN constituye un Acto Administrativo en vista que en el Artículo 7° de la Resolución mencionada OSITRAN impone al FETRANS la obligación de difundir el proyecto de reglamento en su página web
58. Al respecto, si bien es cierto, el citado Artículo 7° impone una obligación al FETRANS (exclusivamente limitada a la difusión del proyecto del Reglamento en su página web), ello no implica que la Resolución constituya un Acto Administrativo, ni mucho menos desvirtúa en modo alguno el carácter normativo de la disposición emitida por OSITRAN. Se trata de una obligación accesoria destinada a hacer de adecuado conocimiento de

quienes van a ser regidos por dicha norma el contenido de la misma. Obviamente, ello no implica que el acto haya mutado o se haya convertido en un acto administrativo; claramente sigue siendo una disposición normativa.

59. Ahora bien, no obstante que FETRANS reconoce que el Artículo 7° le genera una obligación (la de difundir el proyecto de Reglamento en su web institucional) y que en virtud de ello sostiene que la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN constituye un acto administrativo, debemos aclarar que dicho extremo no fue objeto de impugnación en el escrito de fecha 26 de julio de 2007, pues FETRANS reclamó exclusivamente del artículo 1 que aprobó la propuesta de modificación del REA (es decir, del artículo que aprueba una propuesta normativa, y no del artículo 7 que le impone una obligación accesoria e instrumental.
60. Adicionalmente, en el supuesto negado que se considere que las Resoluciones de OSITRAN relativas a la modificación o aprobación de REA constituyan actos administrativos, la Concesionaria debería de haber observado lo establecido por los artículos 206° y 207° de la LPAG, referidos a que el plazo para ejercer la facultad de contradicción es de 15 días hábiles, pasados los cuales el supuesto acto quedaría firme, conforme a lo establecido por el artículo 212° del citado cuerpo legal.
- (iii) **FETRANS sostiene que OSITRAN anteriormente ha considerado que las Resoluciones que disponen la modificación u aprobación de los REA son Actos Administrativos impugnables**
61. Sobre el particular, FETRANS ha señalado lo siguiente:

“El 04 de mayo de 2006, FETRANS presentó un Recurso de Apelación contra la Resolución N° 026-2006-CD- OSITRAN, por la cual se resuelve aprobar el Reglamento de Acceso presentado por FETRAN; sin embargo, en dicha oportunidad el Consejo Directivo de OSITRAN se pronunció respecto a dicho recurso declarándolo INFUNDADO. Ello porque OSITRAN consideró que efectivamente la Resolución impugnada se trata de un acto administrativo.

(...)

OSITRAN no ha cumplido con fundamentar adecuadamente la razón que motiva que esta vez afirme que LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] no es un Acto Administrativo, más aún teniendo en consideración el precedente expuesto. Por ello es que, por lo menos por falta de motivación del Acto Administrativo es que debe declararse la nulidad de LA RESOLUCIÓN, ya que el precedente fue también una decisión del Consejo Directivo.”

“El procedimiento administrativo de aprobación del REA de las entidades prestadoras es uno de evaluación previa. Dicho procedimiento, a diferencia del de aprobación automática supone que el Organismo Regulador debe evaluar

minuciosa y profundamente los REA presentados para aprobación, y, si y solo si los encuentra conformes, emite el acto administrativo correspondiente a la aprobación de los mismos, que en el caso del REA FETRANS fue la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN.”

[El subrayado es nuestro]

62. Sobre dicho extremo de la argumentación de FETRANS, debemos señalar que, contrariamente a lo afirmado por FETRANS, OSITRAN sí cumplió con fundamentar adecuadamente la Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN.
63. En efecto, conforme se indicó en la citada Resolución, el Consejo Directivo emitió la misma sobre la base del Informe N° 072-GS-GAL-OSITRAN de fecha 19 de noviembre de 2007, en cuyos ítems 21 a 31 y 55 a 59 se trató este extremo. En particular, vale la pena reiterar los siguientes numerales:

<<(…)

21. 23. Como puede observarse, resulta claro que el contenido de los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras, como el caso del REA – FETRANS, está referido básicamente al establecimiento de **REQUISITOS** y **PROCEDIMIENTOS** que deberán cumplir los **operadores** para poder obtener el **acceso** a la **facilidad esencial**.

24. En virtud de ello, independientemente del “**procedimiento**” establecido en el REMA para la aprobación del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, somos de la opinión que este último no constituye Acto Administrativo alguno, toda vez que, concretamente, el REA – FETRANS no está destinado a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados en una situación concreta.

25. En efecto, somos de la opinión que REA - FETRANS no genera efectos jurídicos en una situación concreta, en base a las siguientes consideraciones:

(viii) El Artículo 1° de la LPAG, ha establecido que constituye un requisito del Acto Administrativo, entre otros, el que este genere efectos jurídicos sobre una situación concreta.

(ix) De otro lado, conforme a lo establecido en Artículo 1° del REA – FETRANS, este “... tiene la finalidad de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso a la Infraestructura Esencial cuya administración le ha sido otorgada en Concesión a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.” [El subrayado y negrilla es nuestro]

- (x) En consecuencia, al estar destinado el REA –FETRANS a brindar información a los “**potenciales**” usuarios intermedios, queda claro que con la sola emisión de dicho documento no se está produciendo efectos jurídicos sobre una SITUACIÓN CONCRETA.
26. 28. (...), debemos acudir a las normas que establecen el marco legal de atribuciones y funciones de OSITRAN, a saber 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 adelante, Ley de Creación del OSITRAN) y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de los Reguladores).

Al respecto, la Ley de Creación del OSITRAN, señala lo siguiente:

“Artículo 6.- Atribuciones

6.1. El OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, **normativa**, fiscalizadora y de resolución de controversias.

6.2. Las atribuciones reguladoras y normativas del OSITRAN comprenden la **potestad exclusiva de dictar**, en el ámbito de su competencia, **reglamentos autónomos** y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios.

[El subrayado es nuestro]

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones del OSITRAN son las siguientes:

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

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

[El subrayado es nuestro]

De otro lado, la Ley Marco de los Reguladores, modificado por la Ley 27631, establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Funciones

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

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

(...)”

[El subrayado es nuestro]

29. Como puede observarse del marco legal citado, además de los **Actos Administrativos**, el OSITRAN es competente para emitir **Reglamentos Administrativos**.

Al respecto, DROMI señala que el **Reglamento Administrativo** consiste en una “**declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa**”.

Por otra parte, CASSAGNE indica que un Reglamento es un “**acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales...**”.

En nuestro medio, MORON señala que la actividad reglamentaria “**... es una actividad abstracta y general por la cual se crean normas jurídicas vinculantes para sus destinatarios indeterminados**”, la cual se contrapone con el acto administrativo el cual consiste en “**... un acto de la autoridad competente[,] concreto, específico y que crea, modifica, extingue o interpreta derechos en particular.**”

31. En el presente caso consideramos que los Reglamentos de Acceso, al igual que el REMA, constituyen Reglamentos Autónomos en vista que los mismos han tenido por finalidad definir la facultad discrecional del OSITRAN frente a las Entidades Prestadoras, en el afán de regular el acceso a la infraestructura esencial de los potenciales usuarios intermedios.

*En consecuencia, queda claro que los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras, como es el caso del REA – FETRANS, no constituyen actos administrativos, dado que su naturaleza jurídica es la de un **reglamento autónomo**.*

(...)

55.

[Comentarios y notas a pie de página, omitidos]

64. Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por FETRANS, el cambio de opinión de OSITRAN se encuentra debida y ampliamente fundamentado, habiéndose demostrado que la Resolución que aprueba un proyecto de REA, así como la Resolución que aprueba la versión definitiva del mismo, no tienen naturaleza de acto administrativo sino de una disposición normativa, dado que tiene por objeto la aprobación de un Reglamento que establece requisitos y procedimientos con la finalidad de facilitar el acceso de los operadores a la vía férrea, a fin de hacer posible la competencia intramodal, en beneficio de los consumidores del servicio de transporte férreo.

(iv) **Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, la resolución que dispone la aprobación de un REA no constituye un acto administrativo pues no se generan efectos individualizados o individualizables en los administrados con la sola aprobación de dicho REA. En ese sentido, si en la misma resolución que aprueba el REA adicionalmente se establece algún tipo de carga para el Concesionario, ello no convertirá al acto de aprobación del REA en acto administrativo.**

65. FETRANS ha señalado lo siguiente:

*“Respecto de la etapa de **aprobación de un Reglamento de Acceso**, cabe señalar que la Resolución de Consejo Directivo que aprueba el mismo **TAMBIÉN ES UN ACTO ADMINISTRATIVO**. Para acreditar ello, consideramos pertinente citar la parte Resolutiva de la Resolución de de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN.*

[El subrayado es nuestro]

“- Es una declaración de OSITRAN,...

- Destinada a producir efectos jurídicos sobre:

iii) Los intereses de FETRANS: sí, sobre el derecho a la seguridad jurídica, y respeto por parte de la administración del principio de legalidad

iv) Obligaciones de FETRANS: sí, ya que impone obligaciones a FETRANS en sus artículos:

a) Subsanan las observaciones al proyecto

b) Realice Precisiones al proyecto

v) Derechos de FETRANS: sí, ya que limita el derecho de FETRANS a la seguridad jurídica.

- **Dentro de una situación concreta**, ya que se busca modificar el REA de FETRANS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN”

“... la Resolución que dispone la modificación o aprobación de un REA es distinta al REA en sí. Es claro que el Reglamento de Acceso aprobado y vigente no es un Acto Administrativo, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales. Sin embargo las Resoluciones que disponen su modificación y aprobación no contienen el marco regulatorio de acceso a facilidades esenciales sino que contienen mandatos específicos a la Entidad prestadora a cargo de la facilidad esencial (tales como la obligación de publicar en su página web el proyecto, subsanar las observaciones, realizar precisiones etc..) es en esa medida que dichas resoluciones SI CONSTITUYEN ACTOS ADMINISTRATIVOS.”

“... conforme hemos demostrado, tanto LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] como la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN (y queremos reiterar nuevamente que no el REA FETRANS, el cual es un producto distinto a dichas Resoluciones) son actos administrativos, en tanto imponen obligaciones particulares en un caso concreto a FETRANS.”

[El subrayado y negrilla son nuestros]

66. Como puede observarse, al igual que en el caso analizado precedente, FETRANS trata de fundamentar que TODA la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN constituye un acto administrativo, en la medida que alguna de las disposiciones contenidas en ella disponen obligaciones para FETRANS.
67. En ese sentido, corresponde revisar el contenido de la citada Resolución:

“PRIMERO: Aprobar el Reglamento de Acceso presentado por el Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANSA) en los términos señalados en el Informe N° 016-06-GS-GALOSITRAN, el mismo que forma parte integrante de la presente Resolución.

SEGUNDO: Disponer que FETRANSA está obligado a subsanar las observaciones a que se refiere el Informe N° 016-06-GS-GAL-OSITRAN, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 50° del REMA, y deberá difundir su Reglamento de Acceso en su página web, en el plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente, conforme lo establece el Artículo 49° del REMA.

TERCERO: Disponer que FETRANSA precise en su Reglamento de Acceso que la Relación del personal técnico y administrativo que se encargará de las operaciones ferroviarias, tiene que ser la misma que fue previamente presentada al MTC, para obtener el correspondiente Permiso de Operación.

CUARTO: FETRANSA deberá cumplir con el Artículo 20, inciso “c” del Reglamento de Acceso, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN, que establece la obligación de publicar en su página Web el grado de utilización de la vía férrea, incluyendo la frecuencia y horarios, por cada tramo de la Concesión.

QUINTO: Encargar a la Gerencia de Supervisión efectuar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la presente Resolución.

SEXTO: Notificar la presente Resolución a FETRANSA.

SETIMO: Difundir la presente Resolución mediante su publicación en la página Web de OSITRAN, de conformidad con lo previsto en el literal c) del artículo 1° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2001-CD/OSITRAN.”

68. Tal como lo señalamos precedentemente, el hecho que aparentemente un extremo de una Resolución constituya “eventualmente” un acto administrativo, no implica que todas las disposiciones contenidas en dicha Resolución pasen a “transformarse” en actos administrativos. Debe quedar claro que un acto administrativo se determina en virtud de su contenido, en ese sentido, el acto de aprobación de un REA no constituye acto administrativo pues no se generan efectos individualizados o individualizables en los administrados con la sola aprobación de dicho REA.
69. A pesar de ello, FETRANS pretende sostener que la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN constituye un acto administrativo en la medida que ordena al FETRANS:
- Subsanan las observaciones al proyecto
 - Realizar precisiones al proyecto
70. Sin embargo, FETRANS no toma en cuenta que es el Artículo 1° de dicha Resolución la que aprueba el Reglamento de Acceso y que es respecto de dicho extremo, que la mencionada Resolución no constituye un acto administrativo al no originar efectos individualizados o individualizables.
71. Además es precisamente respecto de dicho Artículo 1° que la mencionada Resolución quedaría sin efecto, luego de aprobarse las modificaciones al REA, y no respecto de los artículos segundo y tercero, los cuales por cierto habrían sido ejecutados por FETRANS en su oportunidad.
- (v) **Al no ser la aprobación del REA un acto administrativo (Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN) es posible la modificación del REA (Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN).**
72. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“Hemos demostrado que todos y cada [uno]de los aspectos que se pretende modificar del REA FETRANS a través de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN han sido objeto de evaluación y pronunciamiento por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, ... En ese sentido, si la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN es un Acto Administrativo perfectamente válido y que ha surtido efectos dotando de legitimidad al REA FETRANS , entonces la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN no podría contravenir dicho acto administrativo previo.”

73. Tal como lo analizamos precedentemente, al no constituir el acto de aprobación del REA (Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN) un acto administrativo es posible iniciar la modificación del mismo.

74. Asimismo, debemos precisar que el argumento empleado por FETRANS es contradictorio pues si el acto de aprobación del REA constituyera un acto administrativo no sería posible la modificación del REA, ni siquiera a solicitud del propio FETRANS, tal como lo admite el REMA vigente.

(vi) **Para FETRANS, la Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN, constituye un acto administrativo en la medida que el Regulador puede sancionar a FETRANS por el incumplimiento de dicha Resolución**

75. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“... si fuera verdad lo sostenido en la RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN], entonces en caso FETRANS no cumpla con las obligaciones contenidas en la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN y en LA RESOLUCIÓN, entonces OSITRAN NO PODRÍA SANCIONAR A FETRANS POR DICHO INCUMPLIMIENTO, EN LA MEDIDA QUE SI NO CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO ENTONCES NO PODRÍA IMPUTARSE INCUMPLIMIENTO ALGUNO AL FETRANS. (...)”

76. Sobre el particular, es conveniente recordar a FETRANS lo siguiente:

1° Es la propia LPAG, a través de sus artículos 1° y 29°, la que establece cuales son los elementos constitutivos del acto administrativo, situación ya analizada en los ítems 18 y 19 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

2° Los organismos de la administración pública impondrán sanciones administrativas en la medida que, conforme al marco legal vigente, tengan competencia para ello (principio de legalidad), el hecho que constituya la infracción, así como la sanción, se encuentren debidamente detallados en la norma (principio de tipificación) y el administrado haya podido ejercer su derecho de defensa (principio de debido procedimiento).

77. En consecuencia, contrariamente a lo afirmado por FETRANS, la posibilidad imposición de una sanción se derivará, en primer lugar, del marco legal (principios de legalidad y

tipicidad), así como del respeto al debido procedimiento y no de la existencia o no de un acto administrativo.

- (vii) **FETRANS afirma que la Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN no tiene carácter general ya que busca modificar únicamente el REA FETRANS y establece obligaciones únicamente a FETRANS.**

78. FETRANS ha señalado lo siguiente:

El ... artículo 24 del Reglamento General de OSITRAN establece como condición para el Organismo Regulador en el ejercicio de la función normativa pueda validamente dictar normas y reglamentos respecto a las referidas materias que dichas normas y reglamentos sean de carácter general. Sin embargo, como hemos expuesto en el punto anterior, LA RESOLUCIÓN N° 043-2007-CD/OSITRAN Y LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] NO TIENEN CARÁCTER GENERAL YA QUE BUSCA MODIFICAR ÚNICAMENTE EL REA FETRANS Y ESTABLECE OBLIGACIONES ÚNICAMENTE A FETRANS ...

... la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN y LA RESOLUCIÓN no tienen carácter general y abstracto, a diferencia del REMA y de los REA...

79. Al respecto, debemos señalar que el hecho que, a criterio de FETRANS, la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN no tenga carácter general, no implica que dicha Resolución se constituya en un acto administrativo. No obstante, este colegiado considera que sí se trata, claramente, de una disposición de carácter general en tanto establece requisitos y condiciones que regirán y surtirán efectos respecto de todos los casos de acceso competitivo a la infraestructura ferroviaria entregada en concesión a FETRANS; esto es, a un conjunto indeterminado de personas que en el presente o en el futuro decidan entrar a competir en el mercado de transporte y para ello requieran acceder a dicha infraestructura esencial.

III.3.2. Con relación a las facultades de OSITRAN

FETRANS ha señalado que OSITRAN debió primero modificar el REMA a fin de poder modificar el REA a solicitud de un tercero o de oficio

80. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“... lo que correspondía era proceder primero a MODIFICAR EL REMA, a fin de permitir que se modifiquen los REA´s aprobados a solicitud de un tercero, o de oficio; y luego proceder conforme a lo solicitado.”

“De la lectura y análisis de lo establecido en el REMA, es claro que dicho Reglamento no permite que los REA´s aprobados por OSITRAN puedan ser modificados de oficio o a solicitud de terceros, estableciendo como único

supuesto de modificación de los mismos la solicitud efectuada por la misma entidad prestadora. Por ello, en aplicación del principio de legalidad no puede permitirse la modificación aprobada por la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN.”

“... al no haber posibilidad de modificación de los REA´s de oficio o a solicitud de tercero, el REMA no ha contemplado un procedimiento para ello, por lo que realizar modificaciones en términos de la referida Resolución no es posible jurídicamente...”

“... en virtud del Artículo 5 de la Ley 27444, la modificación de oficio y a solicitud de tercero de del REA FETRANS no sería procedente...”

81. Asimismo, FETRANS ha señalado también lo siguiente:

.... En relación a los párrafos 46 y 48 de EL INFORME debemos señalar que el Regulador entra en contradicción respecto a sus facultades...

Si el mismo OSITRAN está reconociendo expresamente que el REMA tiene como fin limitar la facultad discrecional del Regulador, entonces, después no puede desconocer aquella limitación autoimpuesta, bajo la premisa de que tiene suficientes facultades para hacerlo, ya que ello implicaría pasar a un marco de total arbitrariedad. (...)

“El objetivo del artículo 3 del Reglamento General de OSITRAN consiste en evitar que cualquier usuario que [no] cumpla con los requisitos legales y contractuales no pueda acceder a la infraestructura esencial o a la prestación del servicio...”

“... el artículo 16 del REMA en ningún momento habilita a inaplicar condiciones de acceso...”

“La correcta aplicación del principio de no discriminación supone que el análisis y la decisión de solicitar condiciones similares que las otorgadas a un competidor corresponde a cada empresa y no al regulador.”

82. Sobre el particular, debemos recordar que este extremo ya ha sido ampliamente tratado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN. Sin perjuicio de lo allí indicado por OSITRAN, este colegiado considera conveniente dejar en claro que goza de plenas facultades y competencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1, literal c) de la Ley de Organismos Reguladores (Ley 27332) para “dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas y procedimientos de carácter general, así como mandatos u otras normas de carácter particular”, que estime conveniente para el mejor cumplimiento de sus funciones. Esta es una función normativa esencial para que el regulador pueda ordenar y proteger el cabal y ordenado funcionamiento de los mercados bajo su supervisión, por lo que carece de todo sustento legal y objetivo práctico pretender disminuir o restringir estas facultades otorgadas por

ley expresa. El regulador está facultado para dictar en cualquier momento, y revisar periódicamente, atendiendo a los avances de la industria y las características del mercado, las disposiciones que considere apropiadas para garantizar las condiciones adecuadas de acceso competitivo a las facilidades esenciales sujetas a su regulación.

III.3.3. Con relación al derecho de defensa de FETRANS

FETRANS ha afirmado que se ha violado su derecho de defensa

83. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“... conforme al artículo 1 de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN establece, ustedes han decidido “Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino”, han tomado ya una decisión sin siquiera otorgarnos la oportunidad de ejercer nuestro derecho a la defensa. Es más el artículo 7 de la Resolución ordena a Ferrocarril Transandino a difundir en su página web el referido proyecto de modificación, con lo cual queda acreditado totalmente la afectación a nuestros derechos e intereses.”

“Ferrocarril Transandino debió haber participado de la discusión acerca de la procedencia de modificar el REA FETRANS y, el Consejo Directivo de OSITRAN como muestra de respeto a los derechos de FETRANS como administrado, debió haber requerido contar con la posición de FETRANS respecto a dicha modificación antes de proceder a emitir la Resolución (un Acto Administrativo), sin embargo no lo hizo.”

“El hecho de que se le permita a Ferrocarril Transandino enviar sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación de REA FTDSA YA APROBADO no quita el hecho de que se nos privó de nuestra garantía al derecho al debido procedimiento administrativo y al ejercicio de nuestros derechos a la contradicción y a la defensa etapa previa.”

84. Sobre el particular, debemos recordar a FETRANS que en la tramitación del procedimiento de modificación de oficio del REA, OSITRAN ha seguido el procedimiento establecido por el REMA para la modificación a solicitud del concesionario del REA. En ese sentido, OSITRAN le ha otorgado a FETRANS la oportunidad de manifestar su posición con relación a la propuesta de modificación de oficio, al notificarle oportunamente los proyectos de modificación del REA, a efectos que presenten sus comentarios y observaciones al mismo, situación que efectivamente se ha dado conforme es de verse en la parte de los Antecedentes de la presente Resolución.

III.4. RESPECTO A LA MODIFICATORIA DEL REGLAMENTO DE ACCESO

85. En esta parte de la Resolución, conviene recalcar que en su constante monitoreo de los mercados por parte de las gerencias de línea de OSITRAN, se observó el REA-FETRANS vigente contiene algunas disposiciones que impiden, encarecen o

- desalientan el acceso a las vías férreas del Sur y Sur Oriente, donde en la actualidad sólo opera la empresa operadora vinculada a la empresa concesionaria (PeruRail S.A.)
86. En ese sentido, cabe precisar que al momento de aprobar el REA-FTA vigente, no existían otros operadores más que PeruRail, por lo que no se pudo contar con los comentarios y observaciones de otros usuarios intermedios. En este sentido, las condiciones establecidas en el REA pueden haber estado sesgadas a la coyuntura en la cual se aprobó dicho reglamento.
 87. Del mismo modo se ha verificado que las circunstancias del mercado han variado, existiendo una serie de condiciones nuevas, como por ejemplo, la existencia de nuevos operadores ferroviarios (ANDEAN, WYOMING e INCARAIL) quienes son potenciales entrantes a las vías férreas.
 88. En efecto, la aparición de estos nuevos operadores ferroviarios constituye un cambio significativo de las circunstancias bajo las cuales se aprobó en su oportunidad el REA-FETRANS, hecho que fundamenta la necesidad de modificar las condiciones de acceso a las facilidades esenciales materia de dicho Reglamento.
 89. De otro lado, dada el reciente nombramiento como maravilla del mundo al Santuario de Machu Picchu, se prevé un aumento en la afluencia turística, hecho que aumentará la demanda por el transporte ferroviario en el Ferrocarril del Sur Oriente.
 90. Finalmente, debe reiterarse que OSITRAN se ha preocupado por revisar de oficio dicho Reglamento, en aras de promover la competencia en el Ferrocarril Sur y Sur Oriente, cuestión que en última instancia redundará en efectos positivos para los consumidores vía menores precios y mayor calidad.

III.4.1. Respecto a los requisitos para obtener el acceso – Carta Fianza (artículo 5° del REA-FETRANS)

91. El Artículo 5° de la propuesta modificatoria del REA-FETRANS establece que uno de los requisitos para obtener el acceso a la vía férrea es la presentación de una Carta Fianza por el fiel cumplimiento del contrato de acceso. Se señaló además que el monto de dicha Carta Fianza debería ser proporcional a la actividad que pretenda realizar el potencial entrante, por lo que se determinó que ésta debería ser equivalente a tres (03) meses de facturación del contrato de acceso, tal como se lee a continuación:

“Artículo 5°.- Requisitos para obtener acceso

(...)

El importe de la Carta Fianza será el equivalente a tres (03) meses de lo que percibirá el Concesionario por el cobro del cargo de acceso, según el contrato de acceso que suscriban las partes.

(...)"

92. FETRANS sostiene que el monto de la Carta Fianza no solo debe cubrir la renta que el concesionario dejaría de percibir en caso el usuario intermedio deje de operar, sino además debería garantizar la seguridad e idoneidad del servicio. En general, FETRANS argumenta que la Carta Fianza debería cubrir aquellas obligaciones cuyos incumplimientos podrían traer consigo perjuicios a la operación. Así, la empresa concesionaria señaló en su escrito de apelación lo siguiente:

*“Es por ello que, considerando la amplitud de los supuestos que se encuentran respaldados por la referida carta Fianza, es que resulta necesario establecer en el REA FETRANS que la misma debe ascender al monto equivalente a tres (03) meses de lo que percibirá el Concesionario por el cobro del cargo de acceso, según el contrato de acceso que suscriban las partes (conforme a lo sugerido por OSITRAN) o el equivalente a US\$ 2'000,000 (Dos millones y 00/100 de Dólares Americanos), el monto que fuera mayor. Dicho monto resulta razonable, debiendo resaltar que **el monto mínimo establecido de US\$ 2'000,000 constituye prácticamente la mitad de la garantía que, de acuerdo a los términos en que está actualmente redactado nuestro REA FETRANS, un nuevo operador debe otorgar.**”*

93. Al respecto, debe mencionarse que FETRANS no ha presentado justificación o sustento alguno sobre el monto propuesto de la Carta Fianza. En este sentido, no podría determinarse si el monto de US\$ 2 000 000 señalado por la empresa concesionaria es razonable tal como ésta lo argumenta.
94. En este punto, es importante señalar que la modificación del monto de la Carta Fianza se justificó en la necesidad que ésta sea proporcional a la actividad que los usuarios intermedios soliciten sobre la Facilidad Esencial. Tal como se había señalado en el Informe N°072-07-GS-GAL-OSITRAN, es razonable que frente un menor uso de la Facilidad Esencial, la Carta Fianza sea menor y viceversa.
95. Según estas consideraciones, corresponde desestimar la propuesta de FETRANS respecto a establecer un monto mínimo por el monto de US\$ 2 000 000 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) para la Carta Fianza.

III.4.2. Respecto al proceso de Subasta - plazos (Artículo 8° y 11° del REA-FETRANS).

96. En la propuesta de modificatoria se redujeron los plazos referidos al procedimiento para la Solicitud de Acceso (Artículos 8.1 y 8.7) y del cronograma de subastas (Artículos 10.3 a), b), c), d) y e)) del REA-FETRANS, dado que no es justificable que éstos sean tan extensos, ya que se trata de un reducido número de posibles postores y por tanto, la

dimensión de una posible subasta sería menor en comparación a otras infraestructuras de transporte de uso público.

97. FETRANS señala que en su REA, se han recogido los plazos establecidos en el REMA. Señala además lo siguiente:

“(…) en caso OSITRAN considere que dichos plazos deben ser menores, lo que corresponderá será efectuar la modificación del REMA que establezca o contemple dichos plazos, SOLO LUEGO de lo cual nosotros podremos proceder a la modificación de nuestro REA FETRANS conforme a dicho marco normativo.”

98. Tal como se mencionó en el proyecto de modificatoria, si bien los plazos establecidos en él difieren de los establecidos en el REMA, se tomó en cuenta que este mercado presenta características particulares que lo distinguen marcadamente de otras infraestructuras de transporte de uso público.

99. En efecto, debe tenerse en consideración que los permisos otorgados por el MTC son de eficacia restringida y cuya duración no es mayor a un año. **El permiso de eficacia plena es condicionado a que los operadores ferroviarios suscriban un Contrato de Acceso con la concesionaria.** Ahora bien dada la cantidad de operadores que en la actualidad cuentan con permisos de operación, se espera que el acceso a las vías férreas se dé mediante el mecanismo de la subasta. Si este proceso es extenso o se dilata, los potenciales entrantes se verán perjudicados puesto que sus permisos podrían caducar.

100. Además, FETRANS debe tener en cuenta que el REMA es un reglamento general o marco, el cual es regido por el principio de libre acceso y libre competencia. Dichos principios conminan al Regulador a garantizar el derecho que tienen los usuarios intermedios a utilizar las facilidades esenciales para brindar el servicio de transporte ferroviario. De mantener los actuales plazos del REA-FETRANS, en la práctica se estaría vulnerando dicho principio dado que se estaría dificultando el acceso a las vías férreas mediante plazos poco razonables que lo único que causarían sería el posible vencimiento de los permisos de operación mientras los usuarios intermedios negocian su acceso a las vías férreas.

101. En conclusión, se propone mantener los plazos de la subasta establecidos en la Resolución N°058-2007-CD-OSITRAN, la cual aprobó el proyecto de modificatoria del REA-FETRANS.

III.4.3. Respecto al Contenido de la solicitud de acceso – pólizas de seguros (artículo 6° del REA-FETRANS)

III.4.3.1. La solicitud de Andean y lo resuelto por OSITRAN

102. Teniendo en consideración que, tanto el REMA como el REA constituyen reglamentos autónomos, emitidos por OSITRAN dentro del ejercicio de su función normativa prevista en el Artículo 22° del REGO, lo cierto es que éstos Reglamentos constituyen normas

que se encuentran susceptibles de interpretación o modificación por parte de quien las emite, dentro de los límites y de su ámbito de competencia.

103. Cabe mencionar que si bien ANDEAN ha presentado sus argumentos dentro del presente Procedimiento de oficio, lo cierto es que, tal como ha sido sustentado en el Informe N° 050-07-GS-GAL-OSITRAN, en relación a la facultad de modificar de oficio el REA-FETRANS, de acuerdo a lo establecido expresamente por el literal p) del Artículo 7° de la Ley 26917, los Artículos 3°, y 24°, en sus literales f) y h), del REGO y el Artículo 16° del REMA, OSITRAN tiene las atribuciones suficientes para iniciar de oficio un proceso de modificación del REA de FETRANS.
104. En razón de dicha atribución, es que OSITRAN se ha irrogado la facultad de modificar el REA de FETRANS, al observar que contiene disposiciones que restringen el acceso a la infraestructura ferroviaria del Sur Oriente concesionada, en donde actualmente se encuentra operando la empresa operadora PeruRail S.A., además del hecho de existir nuevos operadores que cuentan con Permiso de Operación otorgado por la Autoridad Competente, que pretenden acceder a dicha infraestructura.
105. En ese sentido, ratificamos los argumentos relativos a que OSITRAN cuenta con las facultades suficientes para modificar las disposiciones del actual REA, en relación a la oportunidad de presentación de pólizas de seguros.

III.4.3.2. Concordancia con los requisitos del Reglamento Nacional de Ferrocarriles

106. En relación al argumento de FETRANS en el sentido que la naturaleza del Permiso de Operación es diferente a lo que constituye el derecho de acceso; y, que por tanto, no puede ser considerado como sustento para modificar un requisito de un derecho cuyo otorgamiento se encuentra a cargo del concesionario.
107. Al respecto, el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN explicó que el momento oportuno en el cual el operador ferroviario debe contar con las pólizas de seguro, es al momento de suscribir el Contrato de Acceso, por cuanto dicha oportunidad se encuentra establecida en el Reglamento Nacional de Ferrocarriles-RNF (aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, publicado el 5 de enero de 2005), el cual exige como requisito para que el permiso de operación adquiera eficacia plena, que el operador ferroviario presente las pólizas de seguro.
108. De esta manera, y contrariamente a lo que manifiesta FETRANS en sus argumentos, no debe entenderse al Permiso de Operación para prestar servicios de transporte ferroviario como un trámite paralelo y autónomo en relación al derecho de acceso otorgado por el concesionario, por cuanto el mismo Artículo 104° del RNF señala lo siguiente:

“Artículo 104.- Alcance del Permiso de Operación

El Permiso de Operación es otorgado por la Autoridad Competente al solicitante a fin que, previo cumplimiento de los requisitos y los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, pueda prestar servicios de transporte ferroviario de mercancías y/o de pasajeros en una determinada ruta de la infraestructura ferroviaria de uso público concesionada y durante el plazo de vigencia correspondiente.

El Permiso de Operación para prestar servicios de transporte ferroviario en infraestructura de uso público concesionada tiene: i) eficacia restringida, en una primera etapa, y ii) eficacia plena, en una segunda etapa.

La eficacia restringida del Permiso de Operación le permite a su titular recurrir i) al Concesionario (Entidad Prestadora) que administra la vía férrea a la cual postula, solicitando un contrato de acceso a la misma y un contrato de alquiler de material rodante y/o facilidades esenciales, de ser el caso, y/o ii) ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, solicitando la emisión de un mandato de acceso.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

109. En tal sentido, se verifica que el Permiso de Operación es en un primer momento con "eficacia restringida", y esta eficacia le otorga el derecho al Operador Ferroviario a acudir al concesionario para que éste le brinde el derecho de acceder a la infraestructura ferroviaria concesionada; razón por la cual, y en aras de que el REA de FETRANS sea concordante con los procedimientos del RNF, se procedió a modificar la oportunidad de presentación de las pólizas de seguro.

III.4.3.3. Oportunidad de entrega de la póliza de seguros

110. En el proyecto de modificatoria del Reglamento de Acceso, se estableció que las pólizas de seguro deberán ser presentadas al momento de la suscripción del Contrato de Acceso y no al momento de solicitar el acceso, tal cual está redactado en el REA-FETRANS vigente. Ello, en razón a que se consideró que la exigencia de presentar los seguros al momento de solicitar el acceso podría convertirse en una barrera al acceso, al aumentar los costos financieros de los potenciales entrantes.
111. Sobre el particular, FETRANS señala que no puede considerarse una barrera de acceso el exigir la contratación de dichas pólizas al momento de solicitar el acceso, tal cual se lee a continuación:

"(...) el efecto entre solicitarlas al momento de la solicitud y la suscripción del contrato de acceso es prácticamente el mismo, en el sentido que si pueden contratarlos antes de la suscripción del contrato de acceso, es claro que podrán contratarlos al momento de formular su solicitud. La oportunidad no determina una barrera o no, de ahí que posponer su contratación carece totalmente de sustento"

112. Al respecto, debe recalcar que la contratación de una póliza de seguros implica un costo financiero (por el pago de la “prima”) para los potenciales usuarios intermedios. Ahora bien, en el lapso comprendido entre que es presentada la solicitud de acceso y al momento de firmar el contrato de acceso, no tiene sentido la contratación de la póliza de seguros, debido a que no hay actividad o riesgo que cubrir. No sólo eso, durante ese periodo de tiempo, se estaría cargando un costo financiero innecesario para los potenciales entrantes, lo cual no haría otra cosa más que encarecer los costos de transacción para ingresar a operar en la vía férrea.
113. En este orden de ideas, se concluye que no es necesaria la presentación de las pólizas de seguros al momento de solicitar el acceso a las vías férreas, dado que ello generaría un costo innecesario para los nuevos operadores. Por tanto, debe reafirmarse que la presentación de las pólizas de seguros debe darse al momento de suscribir los contratos de acceso.

III.4.3.4. Respecto al Monto de la póliza de seguros:

Póliza de seguros de responsabilidad civil de operadores

114. Tal como se señaló en el Proyecto de Modificatoria del REA-FETRANS, en orden de resguardar la infraestructura concesionada, se consideró necesario que los operadores ferroviarios presenten (en el momento de suscribir el contrato de acceso) una póliza de responsabilidad civil de operadores.
115. Por su parte, el monto propuesto en el Proyecto de modificatoria del REA-FETRANS fue de US\$ 2 000 000, tal como se indica a continuación:
- “Contra todo riesgo (patrimonial) de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros por un monto mínimo de US\$ 2`000 000 por evento o siniestro, en caso que el daño sea mayor a lo indicado en la póliza, la responsabilidad será asumida por el operador causante del siniestro.”*
116. FETRANS ha argumentado que el monto de dicha póliza debería ser de US\$ 5 000 000, conforme se lee de la siguiente cita textual del escrito de apelación de la empresa concesionaria:

“(...)

- (ii) *Contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros. Dicha cobertura deberá incluir pero no limitarse a los supuestos de destrucción a causa de desastres naturales, terrorismo o sabotaje y por un monto mínimo de cinco millones de dólares americanos (US\$ 5'000,000) por cada ferrocarril, evento o siniestro.*

(...)”

117. El monto de US\$ 5 000 000 propuesto por FETRANS incluye un monto de lucro cesante, por el monto de US\$ 3 600 000, así como la valorizaciones de los posibles daños a los rieles, durmientes, accesorios, locomotoras y puentes. En el siguiente cuadro, se muestra el detalle de los cálculos efectuados por OSITRAN versus los efectuados por FETRANS:

Cuadro N°1
Montos de la póliza de seguros contra todo riesgo
(en US\$)

Tipo de infraestructura	OSITRAN	FETRANS
Rieles, durmientes y accesorios	70 000	100 000
Estación, patios y casas	40 000	
Locomotora	1 200 000	
Vagones (10)	100 000	1 500 000
Material transportado	20 000	
Otros	20 000	
Puente	550 000	1 500 000
Lucro cesante	0	3 600 000
Monto total de la póliza	2 000 000	5 000 000*

* Si bien el monto de la póliza suma US\$ 6,7', FETRANS propone una póliza de US\$ 5'

Fuente: Informe N°021-2007-GS-OSITRAN/TML y FETRANS

Elaboración: GS-OSITRAN

118. Una de las principales variables que explican la diferencia entre el monto propuesto por OSITRAN y el propuesto por FETRANS es el correspondiente al lucro cesante. Al respecto, cabe mencionar que FETRANS no ha sustentado el por qué de la inclusión de dicho monto dentro de la póliza contra todo riesgo, ni el por qué de la magnitud del mismo.
119. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que no sería apropiado calcular el monto de lucro cesante en función de los ingresos que dejaría de percibir PeruRail en caso haya un accidente, tal como lo propone la empresa concesionaria. En adición a ello, debe tenerse presente que los ingresos que recibe actualmente PeruRail no son un buen punto de referencia, dado que es el único operador de la vía férrea. En ese sentido, debe recalcar que el actual operador obtiene ingresos monopólicos por su actividad en las vías férreas o en todo caso, ingresos que no obtendría en caso hubiera competencia.

120. Según estas consideraciones, no puede tomarse como referencia el monto propuesto por la empresa concesionaria respecto al lucro cesante (US\$ 3 600 000. Por tanto, debe mantenerse los montos propuestos en el Proyecto de Modificatoria del REA-FETRANS.

III.4.4. Respecto a la duración del contrato de acceso (artículo 14° del REA-FETRANS)

121. En el proyecto de modificatoria del REA-FETRANS, se consideró que el Artículo 14° del REA-FETRANS debería quedar redactado de tal forma que exponga expresa y claramente que la duración del Contrato de Acceso debe resultar del proceso de negociación entre las partes. Por tanto, se procedió a modificar el citado Artículo en los siguientes términos:

“Artículo 14°.- Duración del Contrato de Acceso

Los contratos de acceso podrán ser a tiempo determinado o indeterminado, según sea solicitado por el operador y la concesionaria estime conveniente.

En este sentido, la duración del Contrato de Acceso deberá ser resultado de la negociación entre las partes, conforme lo establecido por el REMA.

Igualmente, la duración del contrato de Acceso deberá ser resultado de la negociación entre las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 43° y siguientes del REMA.”

122. Sobre el particular, FETRANS ha señalado que la inclusión del último párrafo del artículo 14° llevarán al error en la práctica, tal como se lee en la siguiente cita de su escrito de apelación:

“(…) Sin embargo, la modificación efectuada, no sólo elimina dicho artículo, sino incluye que la duración del contrato de acceso será resultado de negociación entre las partes, y hace referencia posterior a los mandatos de acceso.

Consideramos que entrar en dicho detalle solo hace más difícil el texto y lleva a error y confusión (…)”

123. Sobre este punto, somos de la opinión que la propuesta de modificación del párrafo en mención simplemente precisa o aclara que a solicitud de un Usuario Intermedio, el Consejo Directivo está facultado a emitir Mandatos de Acceso, tal cual se establece en el mencionado artículo 43° del REMA. Por tanto, no se considera necesario una modificación adicional al artículo 14°.

III.4.5 Respecto a la Revocatoria del acceso (artículo 19° del REA-FETRANS)

124. La redacción de la propuesta de Artículo 19° del proyecto de modificación del REA de FETRANS, aprobado mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN de fecha 03 de diciembre del 2007, es la siguiente:

“Artículo 19°.- Revocatoria del acceso

Corresponde que en el Contrato de Acceso se establezcan causales de revocatoria ante hechos no subsanables y/o respecto de los cuales se han cometido reiterados e injustificados incumplimientos.

Dichas causales de revocatoria no podrán de manera alguna contener condiciones discriminatorias entre los Usuarios Intermedios, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° literales b) y c) y el artículo 33° del REMA.”

125. Sobre el particular, y contrariamente a lo que manifiesta FETRANS en su escrito de Apelación, el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN que sustentó la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN, no consideró la eliminación del Artículo 19° del REA vigente de FETRANS, sino que tan sólo la modificación del citado artículo con la finalidad de no establecer en un reglamento una relación taxativa de las causales de terminación de la relación de acceso, la cual debe estar contenida en el propio contrato de acceso que cada Usuario Intermedio suscriba con el Concesionario.
126. Asimismo, FETRANS señala en su escrito de Apelación que los supuestos de revocatoria del acceso que se encuentran previstos en la actualidad en su REA, tienen una naturaleza diferente a la de las causales de resolución, señalando que los supuestos de revocatoria del acceso están referidos a incumplimientos o violación de condiciones esenciales del acceso.
127. Al respecto, debemos señalar que evidentemente, las causales de revocatoria de acceso tienen una naturaleza particular por cuanto no son simples causales de resolución de un contrato privado, sino que están referidas a incumplimientos de las condiciones de acceso, dentro del marco de un contrato de acceso.
128. No obstante ello, consideramos que lo argumentado por FETRANS no difiere de lo manifestado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN, toda vez que en dicho informe, OSITRAN ha señalado que las causales de revocatoria del acceso deberán establecerse en el propio contrato, justificando dicha acción en que el efecto de invocar una de las referidas causales de revocatoria es obtener la resolución de la relación contractual.
129. Cabe señalar que si bien las causales de revocatoria del acceso reguladas en la actualidad en el REA de FETRANS, están referidas a incumplimientos de las condiciones esenciales del acceso, lo cierto es que éstas implican de manera automática la resolución del contrato de acceso correspondiente, es decir, el efecto es finalmente el mismo que el hecho de establecer el contenido de las causales de resolución del contrato de acceso, que es finalmente dejar sin efecto la relación contractual existente entre el Usuario Intermedio y el concesionario.

130. Además de ello, debemos señalar lo siguiente:

- (i) El Artículo 13° del REMA establece que el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora tiene como finalidad otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el acceso:

“Artículo 13°.- Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.

*Cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con el fin de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso. Este Reglamento debe incorporar el contenido mínimo que se precisa en el siguiente Artículo.
(...)“*

[El subrayado es nuestro]

- (ii) El Artículo 39° del REMA, establece el contenido mínimo del Contrato de Acceso, en cuyos literales se verifica que deberán estar contenidos en éste, entre otras consideraciones, las condiciones de acceso, así como Las causales de resolución, rescisión o culminación del mismo:

“Artículo 39°.- Contenido mínimo del Contrato de Acceso.

El Contrato de Acceso contendrá, cuando menos, los siguientes elementos:

- a) *La descripción del Servicio Esencial que prestará el usuario intermedio.*
- b) *Las Facilidades Esenciales que son objeto de otorgamiento del derecho de Acceso por parte de la Entidad Prestadora.*
- c) *Las Condiciones de Acceso, que incluyan por lo menos:*
 - 1) *Exigencia de requisitos para el Acceso a la Facilidad Esencial a que se hace referencia en el Artículo 18°.*
 - 2) *Condiciones para la Información de la modificación de la infraestructura por parte de la Entidad Prestadora, de conformidad al Artículo 22°.*
 - 3) *Condiciones para la modificación de la infraestructura por parte del Usuario Intermedio de conformidad con lo que establece el Artículo 24°.*
- d) *El Cargo de Acceso, de ser el caso.*
- e) *Cláusula que garantice la adecuación de los Cargos de Acceso o condiciones económicas que fueren aplicables, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 33°.*
- f) *Cláusula de no exclusividad.*
- g) *La duración del contrato.*

- h) Las causales de resolución, rescisión o culminación del mismo.
- i) La jurisdicción aplicable.

[El subrayado es nuestro]

131. En virtud de lo expuesto, resulta pertinente eliminar las causales de revocatoria del acceso, por considerar que ellas deben estar establecidas en el mismo contrato de acceso, garantizando en todo caso el trato igualitario a todos los competidores, por lo que corresponde ratificar la propuesta de redacción del Artículo 19° de la siguiente manera:

“Artículo 19°.- Revocatoria del acceso

Corresponde que en el Contrato de Acceso se establezcan causales de revocatoria ante hechos no subsanables y/o respecto de los cuales se han cometido reiterados e injustificados incumplimientos.

Dichas causales de revocatoria no podrán de manera alguna contener condiciones discriminatorias entre los Usuarios Intermedios, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° literales b) y c) y el artículo 33° del REMA.”

III.4.6 Respetto al Reglamento de Infracciones y Sanciones (Anexo 1° del REA-FETRANS)

132. FETRANS señala en su escrito de Apelación, que la incorporación de un Régimen de Infracciones y Sanciones constituye parte de la información relevante que deberá ser puesta en conocimiento de todos los operadores que deseen ingresar a la línea férrea.
133. Agrega FETRANS que este Régimen de Infracciones y Sanciones no debe de constar en cada contrato de acceso por cuanto es crear desincentivos para el trato equitativo entre operadores, además de generar un marco que incentiva el rompimiento de negociación directa entre concesionario y operador para pasar a uno de solicitudes de mandatos de acceso.
134. Este colegiado coincide con FETRANS en que no debe generarse condiciones inequitativas o desiguales entre los competidores, razón por la cual el régimen de penalidades que contenga cada contrato de acceso no debe encerrar en modo alguno prácticas discriminatorias o desiguales para prestaciones equivalentes, hechos que serán materia de supervisión por parte del regulador.
135. Bajo este contexto, y tal como afirma FETRANS, que independientemente del título que se le asigne, tanto la necesidad de establecer las conductas que deben de ser cumplidas por el Usuario Intermedio contratante como las penalidades que corresponden en cada caso, este colegiado considera que es importante permitir a la propia industria que desarrolle sus propias prácticas en esta materia a través de la

acción privada y directa entre operadores entrantes e incumbente, antes que intervenir fijando un Reglamento de Infracciones y Sanciones a través de una decisión regulatoria.

136. Para lograr ello, es necesario que las partes involucradas puedan tener el espacio de negociación necesario para ello, que estaría constituido por el propio contrato de acceso. Cabe precisar que en caso de no haber acuerdo, la ley contempla la posibilidad de que el regulador dicte mandatos de acceso.
137. Finalmente, cabe señalar que no es legalmente posible que un privado dicte un régimen de infracciones y sanciones, ejercicio de ius imperium reservado exclusivamente para el Estado. Los privados pueden pactar libremente, no obstante, un régimen de penalidades en sus contratación privada.

Por todo lo expuesto, y en mérito a las funciones previstas en el Artículo 7.1°, literal p) de la Ley N° 26917, Artículo 3°, Literal c) de la Ley N° 27332 – Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 27631, el Artículo 24° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y el Artículo 50° del REMA; estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 25 de febrero del 2008 y, sobre la base del Informe N° 014-08-GS-GAL-OSITRAN.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar no pertinente el pedido de acumulación solicitado por Ferrocarril Transandino S.A.

Artículo 2°.- Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por Ferrocarril Transandino S.A.

Artículo 3°.- Aprobar la modificación de los Artículos 5.1.c), 6. 7,8.1, 8.7, 10.3. a), b), c), d) y e), 14° y 19°; y, eliminar el literal b) del artículo 5.2, el romano (ii) del Artículo 11°, así como el segundo párrafo del Artículo 21° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. quedando redactados de la siguiente manera:

“Artículo 5°.- Requisitos para obtener acceso

5.1.- El Operador Ferroviario será el único que podrá solicitar el acceso a una Facilidad Esencial a cargo del Concesionario, siempre y cuando esté referido a la prestación de un servicio esencial que desea y para los que esté autorizado a brindar, conforme a la definición establecida en el Artículo 2, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

(...)

c. Al momento de la suscripción del contrato, el Operador Ferroviario deberá presentar una Carta Fianza emitida por una institución financiera de primer nivel a favor del Concesionario, según las condiciones estipuladas en el literal b del numeral 5.2. Artículo 5°.

La Carta Fianza deberá ser emitida por una institución financiera a favor del Concesionario que garantice el fiel cumplimiento del contrato de acceso. La Fianza deberá ser solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática y con renuncia al beneficio de excusión.

El importe de la Carta Fianza será el equivalente a tres (03) meses de lo que percibirá el Concesionario por el cobro del cargo de acceso, según el contrato de acceso que suscriban las partes. La validez de la carta fianza será por el periodo de vigencia de cada contrato celebrado.

(...)"

5.2.- Para acreditar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el punto anterior, el operador deberá adjuntar a su solicitud de acceso la siguiente documentación:

- a. El permiso de operaciones vigente, emitido por el MTC para el servicio de transporte ferroviario de carga y/o pasajeros en la Ruta Sur y/o Sur Oriente, según corresponda a la solicitud de acceso formulada.
- b. Presentación de la relación previamente presentada al Ministerio de Transportes y Comunicaciones del personal técnico y administrativo que se hará cargo de la gestión de las operaciones ferroviarias, dicha relación."

"Artículo 6°.- Contenido de la Solicitud de Acceso

(...)

7. Al momento de la suscripción del Contrato de Acceso, deberá acreditar la contratación y vigencia, por su cuenta y costo, de pólizas de seguros emitidas en el país por una compañía de seguros con categorías A y B, otorgada por una clasificadora de riesgos, de conformidad con las normas vigentes. La cobertura de los seguros deberá ser la siguiente:

- (i) Contra todo riesgo (patrimonial) de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros por un monto mínimo de US\$ 2`000 000 por evento o siniestro, en caso que el daño sea mayor a lo indicado en la póliza, la responsabilidad será asumida por el operador causante del siniestro.

- (ii) *Por daños y perjuicios a terceros, que deberá incluir cobertura por daños y perjuicios a terceros por muerte; invalidez permanente; incapacidad temporal; gastos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica; gastos de sepelio; y daños a la propiedad de terceros; así como daños derivados de polución y contaminación, por un monto de US\$ 1`000 000.*
- (iii) *Contra daños y perjuicios a pasajeros y mercancías, la cual deberá incluir cobertura contra daños y perjuicios a pasajeros por muerte; invalidez permanente; incapacidad temporal; gastos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica; gastos de sepelio, por un monto de US\$ 20 000 por persona y siniestro y por daños por pérdida de equipaje, por un monto equivalente al 25% de una UIT por pieza de equipaje declarada.”*

“Artículo 8°.- Procedimiento para la Solicitud de Acceso

Sujeto al cumplimiento de las Condiciones establecidas en el Artículo 5°, el operador podrá formular su solicitud de acceso a la Infraestructura Esencial, cuyo contenido ha sido detallado en el Artículo 6°, para lo que se seguirá el siguiente procedimiento:

1 Formulada la solicitud de acceso el Concesionario procederá a evaluar y dar respuesta a la misma, contando para ello con un plazo de diez (10) días a partir de la fecha de recepción de la solicitud.

(...)

7 De ser el caso que la Solicitud de Acceso se declare procedente por el concesionario, este procederá a publicar un aviso con el extracto de esta solicitud, en un plazo máximo de cinco (05) días contados a partir de la fecha de notificación de esta declaración. Dicha publicación se efectuará en el Diario Oficial “El Peruano” y en otro diario de mayor circulación de la localidad en la que se encuentra ubicada la infraestructura. Los costos de las publicaciones mencionadas en el presente Artículo deberán ser asumidos por el concesionario.

Se concederá un plazo de cinco (05) días contados desde la fecha de la última publicación del aviso a que se refiere el párrafo anterior, para que cualquier interesado en contar con Acceso a la misma infraestructura pueda presentar una solicitud señalando su interés por brindar el mismo Servicio Esencial.

(...)”

“10.3 El cronograma de la subasta tendrá los siguientes principios:

a) Venta y difusión de las Bases en la página web: se iniciará como máximo a los cinco (05) días contados desde la fecha de la convocatoria y durará hasta dos días antes de la presentación de propuestas.

b) Presentación de consultas y aclaraciones a las Bases: hasta el quinto día, contado desde la fecha de inicio de la venta y difusión de las bases.

c) Absolución de consultas y observaciones de los postores: hasta el quinto día, contado desde el vencimiento del plazo para presentar consultas y aclaraciones.

d) La presentación de propuestas: hasta el quinto día, contado desde el término del plazo de la absolución de consultas y aclaraciones.

e) La evaluación de propuestas: hasta el quinto día, contado a partir de la fecha en que culmine la presentación de las propuestas.”

“Artículo 11°.- Condición Resolutoria del Acceso

Además de las que se establezca en el contrato de acceso respectivo, dicho contrato y el derecho de acceso otorgado estará sujeto en todo aspecto a:

(i) El cumplimiento de todas y cada una de las condiciones establecidas en el presente Reglamento para formular la solicitud de acceso, las cuales deben mantenerse durante todo el tiempo previsto para el acceso, bajo apercibimiento de lo establecido en el artículo 19°.

(ii) Al Contrato de concesión.

(iii) Las Leyes aplicables.”

“Artículo 14°.- Duración del Contrato de Acceso

Los contratos de acceso podrán ser a tiempo determinado o indeterminado, según sea solicitado por el operador y la concesionaria estime conveniente.

En este sentido, la duración del Contrato de Acceso deberá ser resultado de la negociación entre las partes, conforme lo establecido por el REMA.

Igualmente, la duración del contrato de Acceso deberá ser resultado de la negociación entre las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 43° y siguientes del REMA.”

“Artículo 19°.- Revocatoria del acceso

Corresponde que en el Contrato de Acceso se establezcan causales de revocatoria ante hechos no subsanables y/o respecto de los cuales se han cometido reiterados e injustificados incumplimientos.

Dichas causales de revocatoria no podrán de manera alguna contener condiciones discriminatorias entre los Usuarios Intermedios, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° literales b) y c) y el artículo 33° del REMA.”

“Artículo 21°.- Indemnización y Responsabilidades

Inmediatamente antes de, al momento de o luego de la terminación o vencimiento del Contrato de Acceso, el operador deberá cumplir o disponer que se cumplan todas las directivas impartidas al Concesionario relativas al posicionamiento y ubicación del Equipo Especificado. En el caso que el operador no cumpla o disponga el cumplimiento de tales directivas, el Concesionario tendrá el derecho a retirar de la Red Ferroviaria o a estacionar cualquier Equipo Especificado (y cualesquier otros bienes) que hayan sido dejados en la Red Ferroviaria o a impartir instrucciones a un tercero para que lo haga, y cualquier costo en que el Concesionario incurra en tomar dichas medidas deberá ser pagado de inmediato por el operador al Concesionario.”

Artículo 4°.- Ferrocarril Transandino S.A. deberá difundir el Reglamento de Acceso modificado en su página web, en un plazo que no excederá de cinco (05) días contados a partir de la notificación de la aprobación de OSITRAN, conforme a lo establecido por el Artículo 49° del REMA.

Artículo 5°.- Encargar a la Gerencia de Supervisión efectuar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la presente Resolución.

Artículo 6°.- Exhortar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que proceda, a través de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, a la determinación de los montos de las pólizas de seguros que deberán obtener y mantener los Operadores Ferroviarios que transportan pasajeros y/o mercancías, conforme a lo establecido por la Cuarta Disposición Transitoria del Reglamento Nacional de Ferrocarriles aprobado por el Decreto Supremo N° 032-2005-MTC.

Artículo 7°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 014-08-GS-GAL-OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Perurail S.A., Andean Railways Corp. S.A.C., Inca Rail S.A.C. y Wyoming Railways S.A.

Artículo 8°.- Difundir la presente Resolución y el Informe N° 014-08-GS-GAL-OSITRAN, mediante su publicación en la página web de OSITRAN.

Regístrese, comuníquese y publíquese

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

INFORME N° 014-08-GS-GAL-OSITRAN

A : **Julio Escudero Meza**
Gerente General

De : **Humberto Ramírez Trucíos**
Gerente de Asesoría Legal

Héctor Kuang Salas
Gerente de Supervisión (e)

José Carlos Velarde Sacio
Supervisor Administrativo Comercial

Asunto : Evaluación de escrito de fecha 15 de enero presentado por FETRANS, relativo a:

- (i) Recurso de Apelación, a través del cual se solicita la nulidad de la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN.
- (ii) Análisis del contenido de la propuesta de modificación de Oficio del REA-FETRANS, establecido mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN.
- (iii) Solicitud de nueva acumulación del procedimiento de modificación tramitado DE OFICIO (ACUMULADO) con el procedimiento tramitado a iniciativa DE PARTE por FETRANS para la modificación del REA-FETRANS presentado con fecha 19 de octubre de 2007.

Fecha : 20 de febrero de 2008

I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente Informe es evaluar el escrito de fecha 15 de enero de 2008, presentado por FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (en adelante, FETRANS), por medio del cual:
 - (i) Se APELA la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN, a través del cual se solicita la nulidad de la indicada Resolución.
 - (ii) Se presenta una nueva solicitud de ACUMULACIÓN del procedimiento de modificación tramitado DE OFICIO (ACUMULADO) con el procedimiento tramitado a iniciativa DE PARTE por el FETRANS, para la modificación del REA-FETRANS, presentado con fecha 19 de octubre de 2007¹.

¹ En este punto es pertinente precisar que respecto de la solicitud de acumulación, el procedimiento materia de análisis ya ha sido objeto de acumulación; en efecto, luego de iniciado el procedimiento de modificación de oficio del REA - FETRANS, mediante Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN de fecha 27 de junio de 2007, el FETRANS presentó el día 14 de agosto de 2007 una solicitud de parte para la modificación de REA, la cual fue acumulada al procedimiento iniciado de oficio en virtud de lo dispuesto por la Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN de fecha 23 de agosto de 2007.

- (iii) Se analiza el contenido de la propuesta de modificación de Oficio del Reglamento de Acceso de FETRANS (en adelante, REA-FETRANS), establecido mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN.

II. **ANTECEDENTES**

2. El 23 de septiembre de 2003, mediante Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN se aprobó el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, REMA).
3. El 25 de mayo de 2004, mediante Resolución N° 021-2004-CD-OSITRAN, se aprobó el REA-FETRANS.
4. El 20 de septiembre de 2005, mediante Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN, se aprobó la modificación del REMA. Al respecto, conforme a lo establecido por el Artículo 13° del REMA, cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por el OSITRAN, con el fin de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso.
5. Mediante Resolución del Consejo Directivo del OSITRAN N° 026-2006-CD-OSITRAN del 20 de abril de 2006, se aprobó el REA - FETRANS en los términos señalados en el Informe N° 016-06-GS-GAL-OSITRAN. Cabe mencionar que en el proceso de aprobación de dicho reglamento sólo participó la empresa Concesionaria, por lo que actualmente el REA-FETRANS no contiene los aportes, comentarios u observaciones de los Usuarios Intermedios o de los potenciales entrantes.
6. El 1 de junio de 2007, ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C. (ANDEAN), en su calidad de empresa que en ese momento se encontraba tramitando su permiso de operación, solicitó al OSITRAN la modificación de algunos Artículos del REA-FETRANS, argumentando que algunas de las condiciones exigidas en dicho Reglamento constituirían barreras de acceso para el ingreso de nuevos operadores.
7. Con fecha 27 de junio de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN², se aprobó el Proyecto de Modificación

² En el mencionado pronunciamiento se resolvió lo siguiente:

“Artículo 1°.- Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. que fuera aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006).

Artículo 2°.- En consecuencia, se propone modificar el artículo 2°, en lo relativo a la definición de Contrato de Acceso, el artículo 5.1 literal c), el artículo 5.2, literal b), el artículo 6° Numerales 6) y 7), el artículo 14° y el artículo 19° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CDOSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006)... en los siguientes términos:

(...)

Artículo 3°.- Proponer la eliminación del Literal (ii) del artículo 11° y el artículo 21° del REA-FTA.

Artículo 4°.- Desestimar lo solicitado por Andean Railways Corp. en los extremos referidos a modificar el Artículo 8° Numeral 1), Artículo 10.2 Literal n), Artículo 10.3 Literales a), b), c) y e), Artículo 10.4,

del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. (aprobado mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN).

8. El 25 de julio del 2007, ANDEAN interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN, entre otros, sobre la base de los siguientes argumentos:

- (i) Existe una incongruencia en el texto del Artículo 5° propuesto;
- (ii) Carece de sentido exigir que los seguros ya estén contratados antes de iniciarse las negociaciones de acceso a la vía, siendo lo lógico que dichos seguros sean contratados recién en el momento que efectivamente se va a acceder a la vía;
- (iii) Asimismo, señala que el procedimiento adoptado por el OSITRAN para la tramitación de su solicitud no es el más adecuado pues el mismo, a su entender, los perjudicaría, dado que para operar a partir de enero de 2008, deberían de asegurar en noviembre de 2007, a los operadores turísticos que ya podrían operar; razón por la cual, considera que resulta de aplicación el Artículo 26° del Reglamento del OSITRAN, el cual a su entender faculta al OSITRAN a tomar acciones inmediatas sin requerir de prepublicaciones ni recabar opiniones de los interesados cuando la urgencia así lo determina;
- (iv) Finalmente, considera necesario que el OSITRAN reconsidere la modificación de los plazos del REMA y del REA – FETRANS, pues considera que sin dichas modificaciones será imposible su acceso oportuno a la vía concesionada.

9. Mediante escrito de fecha 26 de julio de 2007, FETRANS impugnó la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN, sobre la base a los siguientes principales argumentos:

- (i) El REMA no permite que los REA's aprobados por el OSITRAN puedan ser modificados de oficio o a solicitud de terceros, siendo ello posible solamente a través de la solicitud efectuada por la misma entidad prestadora. Por ello, según FETRANS, en aplicación del principio de legalidad, no podría permitirse la modificación aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN. Con relación a este punto, FETRANS adicionalmente señaló que:

Artículo 19° y 21° del REA – FTA, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 050-07-GS-GALOSITRAN.

Artículo 5°.- *Notificar la presente Resolución y el Informe N° 050-07-GS - GAL - OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., PeruRail S.A., Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A.*

Artículo 6°.- *Difundir la presente Resolución mediante su publicación en la página web de OSITRAN.*

Artículo 7°.- *Disponer que Ferrocarril Transandino difunda en su página web, el Proyecto de Modificación de su Reglamento de Acceso, aprobado en virtud de la presente Resolución.*

Artículo 8°.- *Poner en conocimiento de las partes que el plazo para que puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. es de quince (15) días hábiles, contados a partir de recibida la notificación de la presente Resolución."*

- El REA-FETRANS no es un producto normativo sino un acto administrativo, el cual conforme al REMA únicamente puede ser modificado a solicitud de la entidad prestadora.
 - La Resolución de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN no tiene carácter general ya que busca modificar únicamente el REA – FETRANS. Al respecto, FETRANS señaló que: *“... es Ferrocarril Transandino quien está obligado a modificar su REA y quien en caso de incumplimiento será sancionado, con lo cual queda demostrado que la Resolución [de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN] no tiene carácter general y abstracto a diferencia del REMA”*
 - Asimismo señaló que *“[s]i la preocupación del OSITRAN radica en eliminar las barreras de acceso a los mercados bajo su competencia no encontramos justificación para que solamente se busque modificar el REA FETRANS ya que barreras de acceso existen en todos los mercados bajo la competencia de OSITRAN. Sin ir muy lejos, existe otro concesionario de ferrocarriles con un REA muy similar y hasta idéntico en algunos aspectos que OSITRAN desea modificar en el REA FETRANS, sin embargo el Regulador no se ha manifestado al respecto.”*
 - De igual forma señaló que el Artículo 16° del REMA recoge el principio de no discriminación, lo que implica que *“...el análisis y la decisión de solicitar condiciones similares que las otorgadas a un competidor corresponden a cada empresa y no al regulador”,* razón por la cual concluye que *“... no puede sostenerse que <de oficio> el regulador puede modificar condiciones de acceso cuando considere que un usuario intermedio no está recibiendo condiciones similares.”*
- (ii) La adecuación del REA - FETRANS en el año 2006 tuvo como origen la modificación del REMA y la necesidad de adecuar el REA - FETRANS a dicha modificación, siendo aquel supuesto válido según el ordenamiento jurídico. En ese sentido, considera que mientras no se modifique el REMA no existe posibilidad de realizar modificaciones de oficio o a solicitud de terceros de los REA´s aprobados por el OSITRAN;
- (iii) Existió una limitación al derecho de defensa de FETRANS y demás operadores ferroviarios pues consideran que la solicitud de ANDEAN debió notificarse a los administrados sobre cuyos efectos recae dicha solicitud, es decir, FETRANS y las empresas PERURAIL y WYOMING.

Al respecto, FETRANS señala que:

“... tenía el derecho a exponer sus argumentos sobre la solicitud de modificación de su REA, tanto a solicitud de tercero o de oficio, antes de que el Consejo Directivo emita un Acto Administrativo aprobando dicho proyecto, ya que conforme el[sic] artículo 139 del a [sic] Constitución establece <El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso>. Ferrocarril Transandino debió de haber participado de la discusión acerca de la procedencia de modificar el REA FETRANS y, el Consejo Directivo de OSITRAN como muestra del respecto a los derechos de FETRANS como administrado, debió haber requerido contar con la posición de FETRANS respecto a dicha modificación antes de proceder a emitir la Resolución (un Acto Administrativo), sin embargo no lo hizo.

El hecho que se le permita a Ferrocarril Transandino enviar sus comentarios y observaciones sobre el proyecto de Modificación del REA FETRANS YA APROBADO no quita el hecho de que se nos privó de nuestra garantía al derecho al debido procedimiento administrativo y al ejercicio de nuestros derechos a la contradicción y a la defensa en la etapa previa.”

10. Mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2007, FETRANS presentó una solicitud de modificación del REA-FETRANS dado que considera “... **que existen algunos aspectos que deben adecuarse para responder a la presencia de pluralidad de operadores, a fin de resguardar el correcto desempeño de las operaciones de cada uno de ellos.**” En dicho escrito, presentó nueva información acerca del cálculo del monto de las pólizas de seguros, de la carta fianza y propuso además que se incluya un procedimiento de infracciones y sanciones.
11. Con fecha 23 de agosto de 2007, mediante Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN³, se admitió a trámite la solicitud de FETRANS para la modificación de su REA; y, se dispuso la acumulación del procedimiento iniciado de oficio y del procedimiento iniciado a petición de FETRANS, destinados a la modificación del REA-FETRANS, en un sólo procedimiento administrativo.
12. El 19 de octubre de 2007, FETRANS presentó una nueva solicitud de modificación de su REA, la misma que viene siendo tramitada a la fecha en forma paralela al presente procedimiento tramitado de oficio (acumulado)⁴.
13. Con fecha 13 de noviembre de 2007, FETRANS remitió el Informe emitido por Contacto Corredores de Seguros S.A. respecto de las condiciones en seguros que debería cumplir un nuevo operador en el Ferrocarril Sur y Sur Oriente, precisando las coberturas que deberían tener los seguros prestados por los operadores ferroviarios.
14. Mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN, de fecha 03 de diciembre de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN resolvió entre otras consideraciones, modificar los Artículos 5.1.c), 6. 7, 8.1, 8.7, 10.3. a), b), c), d) y e), 14° y 19°; y, eliminar el literal b) del artículo 5.2, el romano (ii) del Artículo 11°, así como el segundo párrafo del Artículo 21° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A.⁵

³ Dicha Resolución determinó lo siguiente:

“Artículo 1°.- Declarar la admisión a trámite de la solicitud de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. sobre modificación de su Reglamento de Acceso, aprobado por Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN.

Artículo 2°.- Disponer la acumulación del procedimiento iniciado de oficio a que se refiere el Numeral 19) de la presente Resolución, con el procedimiento iniciado a petición de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., destinados a la modificación del Reglamento de Acceso de FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., en un solo procedimiento administrativo.

Artículo 3°.- Encargar a la Secretaría del Consejo Directivo, dar cuenta de la presente Resolución en la Sesión más próxima de este órgano colegiado.

Artículo 4°.- Notificar la presente resolución a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C., PERÚRAIL S.A. y WYOMING RAILWAYS S.A.”

⁴ En vista de ello, en el presente Informe únicamente se tomarán en cuenta y se analizarán principalmente los hechos que sean concernientes al procedimiento de modificación de oficio (acumulado).

⁵ Dicha Resolución determinó lo siguiente:

15. Mediante escrito de fecha 15 de enero de 2008, FETRANS presentó lo siguiente:
- (i) Recurso de Apelación, a través del cual se solicita la nulidad de la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN.
 - (ii) Análisis del contenido de la propuesta de modificación de Oficio del REA – FETRANS, establecido mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN.
 - (iii) Solicitud de nueva acumulación del procedimiento de modificación tramitado DE OFICIO (ACUMULADO) con el procedimiento tramitado a iniciativa DE PARTE por el FETRANS, para la modificación del REA – FETRANS, presentado con fecha 19 de octubre de 2007.

III.- De los fundamentos esgrimidos por FETRANS

16. En lo que respecta al **recurso de apelación**, FETRANS sustentó su posición en los siguientes principales argumentos⁶:

III.1 Con relación a la naturaleza de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de Ositran

- (i) **En la etapa de elaboración (y/o modificación) del REA nos encontramos ante un procedimiento administrativo (hecho que según FETRANS habría sido negado por OSITRAN), razón por la**

“Artículo 1°.- Declarar IMPROCEDENTE los recursos de Reconsideración interpuestos por FETRANS y ANDEAN en contra de la Resolución N° 043- 2007-CD-OSITRAN que aprobó el proyecto de REA – FETRANS, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

Artículo 2°.- Declarar IMPROCEDENTE el pedido de Nulidad deducido por FETRANS en contra de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN que aprobó el Proyecto de Modificatoria del REA – FETRANS, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

Artículo 3°.- Aprobar el proyecto de modificación de los Artículos 5.1.c), 6. 7, 8.1, 8.7, 10.3. a), b), c), d) y e), 14° y 19°; y, eliminar el literal b) del artículo 5.2, el romano (ii) del Artículo 11°, así como el segundo párrafo del Artículo 21° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. de acuerdo a las observaciones señaladas en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN, quedando redactados de la siguiente manera:

Artículo 4°.- Disponer que Ferrocarril Transandino S.A. difunda el Proyecto de Modificatoria de su Reglamento de Acceso en su página web, luego de subsanar las observaciones correspondientes, en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente.

Artículo 5°.- Poner en conocimiento de las partes notificadas que el plazo para que puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. es de quince (15) días hábiles, contados a partir de recibida la notificación de la presente Resolución.

Artículo 6°.- Encargar a la Gerencia de Supervisión efectuar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la presente Resolución.

Artículo 7°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Andean Railways Corp. S.A.C. y Wyoming Railways S.A.

Artículo 8°.- Difundir la presente Resolución y el Informe N° 072-07-GS-GAL- OSITRAN, mediante su publicación en la página web del OSITRAN.”

⁶ FETRANS ha sustentado apelación en muy diversos argumentos, razón por la cual hemos procedido a organizar los mismos de la manera contemplada en el ítem 16.

cual la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN (artículo 7°), al disponer u ordenar a FETRANS la difusión del proyecto de modificación del REA, constituye un Acto Administrativo.

*“El artículo 13° del REMA establece la obligación individual a cada entidad prestadora de contar con Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, obligación que se cumple presentando **individualmente** cada entidad prestadora un proyecto de Reglamento de Acceso para la aprobación de OSITRAN. (...)”*

“Es evidente que en la medida que el REMA [se refiere al Artículo 46°] considera que el incumplimiento de la obligación de presentar los proyectos de Reglamento de Acceso es considerado como infracción y que el mismo se encuentra sujeto a sanción de acuerdo con el Reglamento de infracciones y Sanciones del OSITRAN, que no podemos, por lo menos hasta el momento de aprobar el Reglamento de Acceso considerar que el mismo se refiere a una colectividad, sino únicamente a cada Entidad Prestadora, ello por que si la Entidad prestadora no cumple con presentar su proyecto de Reglamento de Acceso, es ella y únicamente ella quién va a ser objeto de sanción y no una colectividad.”

*“... resulta conveniente diferenciar entre **dos etapas del proceso de aprobación de los Reglamentos de Acceso**. La primera etapa es la etapa de elaboración del mismo, y la segunda es el momento de aprobación del Reglamento de Acceso.”*

“Respecto de la etapa de elaboración del mismo, podemos afirmar que sin duda alguna nos encontramos ante un procedimiento administrativo, contrariamente a lo que LA RESOLUCIÓN afirma (...)

(...)

... la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN es un Acto Administrativo porque:

- *Es una declaración de OSITRAN*
- *Destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses (derecho de la seguridad jurídica, y respeto pro parte de la administración del principio de legalidad), obligaciones (**YA QUE SE IMPONE LA OBLIGACIÓN DE FETRANS DE DIFUNDIR EL PROYECTO DE REGLAMENTO EN SU PAGINA WEB**) o derechos (a que se respete su derecho a la seguridad jurídica, a exponer sus argumentos y ejercer el derecho a la contradicción y defensa).*
- *Dentro de una situación concreta, ya que se busca modificar el REA de FETRANS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN”.*

[El subrayado, negrilla y mayúscula son nuestros]

- (ii) **En la etapa de aprobación del REA (sea de un nuevo REA o de la aprobación definitiva de sus modificaciones), la Resolución que aprueba el mismo también es un Acto Administrativo, en tanto imponen obligaciones particulares en un caso concreto a FETRANS (por ejemplo, a través de los artículos Segundo y Tercero de la citada Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN, el Regulador dispuso determinadas obligaciones a FETRANS).**

*“Respecto de la etapa de **aprobación de un Reglamento de Acceso**, cabe señalar que la Resolución de Consejo Directivo que aprueba el mismo **TAMBIÉN ES UN ACTO ADMINISTRATIVO**. Para acreditar ello, consideramos pertinente citar la parte Resolutiva de la Resolución de de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN.*

[El subrayado es nuestro]

- *Es una declaración de OSITRAN,...*
- *Destinada a producir efectos jurídicos sobre:*
 - i) *Los intereses de FETRANS: si, sobre el derecho a la seguridad jurídica, y respeto pro parte de la administración del principio de legalidad*
 - ii) *Obligaciones de FETRANS: si, ya que impone obligaciones a FETRANS en sus artículos:*
 - a) *Subsanar las observaciones al proyecto*

- b) Realice Precisiones al proyecto
- iii) Derechos de FETRANS: si, ya que limita el derecho de FETRANS a la seguridad jurídica.
- **Dentro de una situación concreta**, ya que se busca modificar el REA de FETRANS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN”

“... la Resolución que dispone la modificación o aprobación de un REA es distinta al REA en sí. Es claro que el Reglamento de Acceso aprobado y vigente no es un Acto Administrativo, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales. Sin embargo las Resoluciones que disponen su modificación y aprobación no contienen el marco regulatorio de acceso a facilidades esenciales sino que contienen mandatos específicos a la Entidad prestadora a cargo de la facilidad esencial (tales como la obligación de publicar en su pagina web el proyecto, subsanar las observaciones, realizar precisiones etc..) es en esa medida que dichas resoluciones SI CONSTITUYEN ACTOS ADMINISTRATIVOS.”

“... conforme hemos demostrado, tanto LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] como la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN (y queremos reiterar nuevamente que no el REA FETRANS, el cual es un producto distinto a dichas Resoluciones) son actos administrativos, en tanto imponen obligaciones particulares en un caso concreto a FETRANS.”

[El subrayado y negrilla son nuestros]

- (iii) **OSITRAN anteriormente ha considerado que las Resoluciones que disponen la modificación u aprobación de los REA son Actos Administrativos impugnables.**

“El 04 de mayo de 2006, FETRANS presentó un Recurso de Apelación contra la Resolución N° 026-2006-CD- OSITRAN, por la cual se resuelve aprobar el Reglamento de Acceso presentado por FETRAN; sin embargo, en dicha oportunidad el Consejo Directivo de OSITRAN se pronunció respecto a dicho recurso declarándolo INFUNDADO. Ello porque OSITRAN consideró que efectivamente la Resolución impugnada se trata de un acto administrativo.

(...)

OSITRAN no ha cumplido con fundamentar adecuadamente la razón que motiva que esta vez afirme que LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] no es un Acto Administrativo, más aún teniendo en consideración el precedente expuesto. Por ello es que, por lo menos por falta de motivación del Acto Administrativo es que debe declararse la nulidad de LA RESOLUCIÓN, ya que el precedente fue también una decisión del Consejo Directivo.”

“El procedimiento administrativo de aprobación del REA de las entidades prestadoras es uno de evaluación previa. Dicho procedimiento, a diferencia del de aprobación automática supone que el Organismo Regulador debe evaluar minuciosa y profundamente los REA presentados para aprobación, y, si y solo si los encuentra conformes, emite el acto administrativo correspondiente a la aprobación de los mismos, que en el caso del REA FETRANS fue la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN.”

[El subrayado es nuestro]

- (iv) **Al ser la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN un acto administrativo, la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN no podría contravenir dicho acto administrativo previo.**

“Hemos demostrado que todos y cada [uno]de los aspectos que se pretende modificar del REA FETRANS a través de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN han sido objeto de evaluación y pronunciamiento por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, ... En ese sentido, si la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN es un Acto Administrativo perfectamente válido y que ha surtido efectos dotando de legitimidad al REA FETRANS ,

entonces la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN no podría contravenir dicho acto administrativo previo.”

- (v) **La Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN, constituye un acto administrativo en la medida que el Regulador puede sancionar a FETRANS por el incumplimiento de dicha Resolución.**

“... si fuera verdad lo sostenido en la RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN], entonces en caso FETRANS no cumpla con las obligaciones contenidas en la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN y en LA RESOLUCIÓN, entonces OSITRAN NO PODRÍA SANCIONAR A FETRANS POR DICHO INCUMPLIMIENTO, EN LA MEDIDA QUE SI NO CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO ENTONCES NO PODRÍA IMPUTARSE INCUMPLIMIENTO ALGUNO AL FETRANS. (...)”

- (vi) **La Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN no tiene carácter general ya que busca modificar únicamente el REA FETRANS y establece obligaciones únicamente a FETRANS.**

El ... artículo 24 del Reglamento General de OSITRAN establece como condición para el Organismo Regulador en el ejercicio de la función normativa pueda válidamente dictar normas y reglamentos respecto a las referidas materias que dichas normas y reglamentos sean de carácter general. Sin embargo, como hemos expuesto en el punto anterior, LA RESOLUCIÓN N° 043-2007-CD/OSITRAN Y LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] NO TIENEN CARÁCTER GENERAL YA QUE BUSCA MODIFICAR ÚNICAMENTE EL REA FETRANS Y ESTABLECE OBLIGACIONES ÚNICAMENTE A FETRANS ...

... la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN y LA RESOLUCIÓN no tienen carácter general y abstracto, a diferencia del REMA y de los REA...

III.2 Con relación a las facultades de OSITRAN

- (vii) **OSITRAN debió primero modificar el REMA a fin de poder modificar el REA a solicitud de un tercero o de oficio**

“... lo que correspondía era proceder primero a MODIFICAR EL REMA, a fin de permitir que se modifiquen los REA’s aprobados a solicitud de un tercero, o de oficio; y luego proceder conforme a lo solicitado.”

“De la lectura y análisis de lo establecido en el REMA, es claro que dicho Reglamento no permite que los REA’s aprobados por OSITRAN puedan ser modificados de oficio o a solicitud de terceros, estableciendo como único supuesto de modificación de los mismos la solicitud efectuada por la misma entidad prestadora. Por ello, en aplicación del principio de legalidad no puede permitirse la modificación aprobada por la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN.”

“... al no haber posibilidad de modificación de los REA’s de oficio o a solicitud de tercero, el REMA no ha contemplado un procedimiento para ello, por lo que realizar modificaciones en términos de la referida Resolución no es posible jurídicamente...”

“... en virtud del Artículo 5 de la Ley 27444, la modificación de oficio y a solicitud de tercero de del REA FETRANS no sería procedente...”

- (viii) **En la Resolución impugnada OSITRAN entra en contradicción pues no obstante reconocer que el REMA es un Reglamento que busca limitar sus facultades discrecionales, luego señala que tiene facultades para iniciar la modificación de oficio**

.... En relación a los párrafos 46 y 48 de EL INFORME [...] debemos señalar que el Regulador entra en contradicción respecto a sus facultades...

Si el mismo OSITRAN está reconociendo expresamente que el REMA tiene como fin limitar la facultad discrecional del Regulador, entonces, después no puede desconocer aquella limitación autoimpuesta, bajo la premisa de que tiene suficientes facultades para hacerlo, ya que ello implicaría pasar a un marco de total arbitrariedad. (...)

- (ix) **OSITRAN no puede sustentar su actuación en el artículo 3 del Reglamento General de OSITRAN (en adelante, REGO), aprobado por Decreto Supremo N° 044 – 2006 – PCM**

“El objetivo del artículo 3 del Reglamento General de OSITRAN consiste en evitar que cualquier usuario que [no] cumpla con los requisitos legales y contractuales no pueda acceder a la infraestructura esencial o a la prestación del servicio...”

- (x) **Que, a consideración de FETRANS, OSITRAN ha interpretado que el artículo 16 del REMA le permite “... de oficio o a solicitud de parte dar inicio a un procedimiento de investigación destinado a determinar la inaplicación de las condiciones de acceso que impongan las Entidades Prestadoras, en caso estas no cumplan con ajustarse a la naturaleza de la operación y servicio involucrado.”**

“... el artículo 16 del REMA en ningún momento habilita a inaplicar condiciones de acceso...”

“La correcta aplicación del principio de no discriminación supone que el análisis y la decisión de solicitar condiciones similares que las otorgadas a un competidor corresponde a cada empresa y no al regulador.”

III.3 Con relación al derecho de defensa de FETRANS

- (xi) **Se ha violado el derecho de defensa de FETRANS**

“... conforme al artículo 1 de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN establece, ustedes han decidido “Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino”, han tomado ya una decisión sin siquiera otorgarnos la oportunidad de ejercer nuestro derecho a la defensa. Es más el artículo 7 de la Resolución ordena a Ferrocarril Transandino a difundir en su página web el referido proyecto de modificación, con lo cual queda acreditado totalmente la afectación a nuestros derechos e intereses.”

“Ferrocarril Transandino debió haber participado de la discusión acerca de la procedencia de modificar el REA FETRANS y, el Consejo Directivo de OSITRAN como muestra de respeto a los derechos de FETRANS como administrado, debió haber requerido contar con la posición de FETRANS respecto a dicha modificación antes de proceder a emitir la Resolución (un Acto Administrativo), sin embargo no lo hizo.”

“El hecho de que se le permita a Ferrocarril Transandino enviar sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación de REA FTDSA YA APROBADO no quita el hecho de que se nos privó de nuestra garantía al derecho al debido procedimiento administrativo y al ejercicio de nuestros derechos a la contradicción y a la defensa etapa previa.”

17. En lo que respecta al análisis del contenido de la propuesta de modificación de Oficio del REA – FETRANS, establecido mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN, en la siguiente parte del Informe se analizará cada uno de los aspectos señalados por FETRANS.
18. En lo que respecta a la solicitud de acumulación efectuada por FETRANS, debemos señalar que dicho Concesionario ha señalado lo siguiente:

“... en aplicación de un criterio de equidad con la solicitud de Andean Railways, solicitamos se sirva acumularla en el procedimiento de modificación del REA FETRANS presentada a través de la Carta s/n de fecha 19 de octubre de 2007, debiendo el Consejo Directivo emitir pronunciamiento sobre el mismo antes de aprobar el REA FETRANS.”

IV. ANÁLISIS

19. De acuerdo a lo señalado precedentemente, hemos estructurado el estudio del presente análisis de la siguiente manera:

IV.1 Cuestión Previa: Del alcance de las Funciones de OSITRAN

IV.1.1 Del marco legal de las actividades ferroviarias.

IV.1.2 Alcances del contrato de concesión celebrado por el Estado con FETRANS, cuya supervisión está encargada a OSITRAN.

IV.1.3 De la naturaleza de las Resoluciones emitidas por OSITRAN.

IV.2 Análisis respecto de la pertinencia del pedido de acumulación del procedimiento de modificación de rea tramitado de oficio (acumulado), con el procedimiento de modificación tramitado a iniciativa de parte por el FETRANS (presentado con fecha 19 de octubre de 2007).

IV.3 Análisis del recurso apelación interpuesto:

IV.3.1 Respecto de la naturaleza de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de OSITRAN

IV.3.2 Con relación a las facultades del OSITRAN

IV.3.3 Con relación al derecho de defensa de FETRANS

IV.4 De la modificatoria del Reglamento de Acceso

20. En ese sentido, a continuación, procederemos a analizar cada uno de los aspectos arriba señalados.

IV.1 Cuestión previa: del alcance de las funciones de OSITRAN

21. Antes de pasar a desarrollar nuestros argumentos con relación al escrito presentado por FETRANS, consideramos necesario dar un repaso general sobre el ámbito de competencia de OSITRAN en este aspecto.

22. En ese sentido, es pertinente mencionar que el inciso 3.1 del Artículo 3° de la Ley de creación de OSITRAN, señala que la misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras⁷,

⁷ Conforme al literal k) del Artículo 1° del Reglamento General de OSITRAN (REGO), aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM, debe entenderse como **Entidad Prestadora** a las *Empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de Infraestructura nacional o regional de transporte de uso público, sean empresas públicas o privadas y que conservan frente al Estado la*

así como el cumplimiento de los contratos de concesión; en el marco de las políticas y normas que dicta el MTC, a fin de garantizar la eficiencia en la explotación de la infraestructura bajo su ámbito.

23. De igual forma, el literal p) del Artículo 7° del citado cuerpo legal señala que es función del OSITRAN, 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, es decir, OSITRAN debe velar por los intereses no solamente del concesionario, en este caso FETRANS, sino también por intereses de los usuarios.
24. En consecuencia, con relación al Ferrocarril del Sur Oriente, corresponde al OSITRAN velar por el derecho de acceso a la infraestructura férrea por parte de eventuales operadores interesados.
25. De acuerdo al marco legal y contractual que explicaremos a continuación, el libre acceso a la infraestructura es un principio básico para la operación eficiente del mercado de servicios de transporte ferroviario. Sin acceso a la infraestructura no operará la competencia en los servicios de transporte, situación contraria al marco contractual y legal ferroviario.

IV.1.1 Del marco legal de las actividades ferroviarias

26. En el marco del proceso de apertura de los mercados iniciado en la década de los noventa en el Perú, el 6 de noviembre de 1991, se emitió el **Decreto Legislativo N° 690**, el cual declaró de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria y, a la vez, PROHIBIÓ cualquier forma de monopolio y de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria (Artículo 1°). Dicha norma estableció, además, una diferenciación entre las siguientes actividades:
 - **Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria**⁸. (Artículo 2, literal a)
 - **Servicio de transporte ferroviario**⁹. (Artículo 2, literal b)

responsabilidad por la prestación de los servicios. Del mismo modo, los son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público a que se refiere la Ley N° 27943.

⁸ Artículo 2, literal a

- Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria; lo que comprende la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas permanentes, del ancho de la zona del ferrocarril, de los terraplenes, puentes, túneles, rieles, durmientes y otros bienes afectados al servicio, así como las instalaciones complementarias que comprenden patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal.

⁹ Artículo 2, literal b

- Servicios de transporte ferroviario; lo que comprende las operaciones de embarque, desembarque, carga, descarga y, en general, todo lo necesario para permitir el movimiento de pasajeros y de carga en las vías férreas, así como las operaciones relacionadas al material tractivo y rodante(*), compuesto por locomotoras, coches y vagones, y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad.

27. Al día siguiente, el 7 de noviembre de 1991, se emitió el Decreto Legislativo N° 701, norma que estableció el Marco Jurídico Protector de la Libre Competencia en el Mercado, a través de las prohibiciones de conductas, a los agentes económicos, que impliquen el Abuso de una Posición de Dominio.

En ese sentido, queda claro que el Decreto Legislativo N° 701 prohíbe el abuso de posición de dominio en cualquier actividad económica, que incluye, por su puesto, las actividades ferroviarias.

28. De igual forma, la Constitución de 1993, estableció a través de su Artículo 61° que:

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

[El subrayado es nuestro]

29. En consecuencia, es claro que, de manera previa a la suscripción del Contrato de Concesión, el marco normativo estableció como principio de la reforma en la actividad ferroviaria, la **NECESIDAD DE INTRODUCIR Y PERMITIR LA LIBRE COMPETENCIA DE OPERADORES PRIVADOS EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO.**¹⁰

30. A continuación, pasaremos a analizar el contenido del Contrato de Concesión, así como de sus documentos integrantes (Circular N° 017), instrumentos que deben ser interpretados dentro del marco constitucional y legal (**PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN ACORDE CON LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY**).

Asimismo, debemos precisar que las diferentes cláusulas del Contrato de Concesión, así como de sus instrumentos conformantes (Circular N° 17), deben ser interpretadas de manera sistemática, en virtud del **PRINCIPIO DE UNIDAD DEL CONTRATO**.

IV.1.2 Alcances del contrato de concesión celebrado por el Estado con FETRANS, cuya supervisión está encargada a OSITRAN

31. En el Numeral 6.5 de la CLÁUSULA SEXTA del Contrato de Concesión, se establece que el Concesionario tiene plena libertad para la gestión y

(*) MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE

Es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros y/o el traslado de personal de supervisión. Esta conformado por autovagones, autocarriles y autovías.

¹⁰ Como puede observarse hasta aquí, alguien podría señalar que el modelo de estructura que optó el Estado Peruano para la participación del sector privado en los ferrocarriles obedecía al modelo de **“separación vertical”** (en donde el servicio de transporte es prestado por una empresa diferente, no vinculada, al administrador del servicio de infraestructura); sin embargo, como veremos a continuación, por razones de orden práctico (relacionados a la naturaleza del servicio de transporte), para efectos del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente dicho modelo cambió hacia un modelo de **“acceso competitivo”** (en donde el servicio de transporte es prestado por una empresa vinculada al administrador de la infraestructura, teniendo este último la **OBLIGACIÓN de permitir el acceso competitivo de potenciales operadores del servicio de transporte**).

conducción del negocio, pero DENTRO de los LIMITES contenidos en el CONTRATO DE CONCESIÓN, las BASES y las LEYES APLICABLES:

<<El Concesionario tiene derecho a explotar los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario y los Servicios Complementarios que crea conveniente, de acuerdo a lo establecido en el Contrato, en las Bases y en las Leyes Aplicables. Este derecho implica la libertad del Concesionario en la gestión y conducción del negocio, lo cual incluye, pero no se limita, a la administración, mantenimiento, rehabilitación y construcción de Infraestructura Vial Ferroviaria, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrate y la libertad de decisión comercial, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato, las Bases y las Leyes Aplicables.
(...)>>

[El subrayado es nuestro]

32. De otro lado, por medio del Numeral 7.5 de la CLÁUSULA SÉTIMA (*Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario*) se establece que el Concesionario se obliga a prestar todos y cada uno de los servicios que desarrolle dando estricto cumplimiento a las leyes aplicables a cada servicio. Dicha obligación, de acuerdo con el inciso mencionado, también alcanza a cualquier tercero que preste servicios de transporte ferroviario y/o servicios complementarios, debiendo el Concesionario supervisar su cumplimiento.
33. Como puede observarse la CLÁUSULA SEXTA (*Explotación de la Concesión*) en su Numeral 6.5, así como la CLÁUSULA SÉTIMA (*Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario*), en su Numeral 7.5, del Contrato de Concesión, establecen que si bien es cierto, FETRANS tiene el derecho de explotar la Concesión, dicho aprovechamiento debe darse respetando las disposiciones contenidas en la Constitución y en el marco legal vigente, es decir **EL MISMO CONTRATO DE CONCESIÓN RECONOCE EXPRESAMENTE que los actos de explotación de la Concesión, deberá efectuarse respetando la libre competencia, lo que a su vez implica un respeto por establecer las condiciones de LIBRE ACCESO a la vía férrea.**
34. Seguidamente, analizaremos el contenido del Numeral 7.6 de la citada CLÁUSULA SÉTIMA (*Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario*), el cual recoge la finalidad promotora de competencia del marco constitucional y legal anteriormente citado.
35. En efecto, el Numeral 7.6 al desarrollar el **PRINCIPIO DE EQUIDAD EN SERVICIOS**, establece que:

<<El Concesionario no podrá discriminar entre 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 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 relación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

Las obligaciones previstas en los párrafos precedentes también alcanzan, respecto de cualquier persona que solicite sus servicios, cualquier Operador de Servicios de

Transporte Ferroviario o, en general, a cualquier tercero que opere Servicios Complementarios, con autorización del Concesionario, debiendo este último supervisar su cumplimiento.

(...)>>

[El subrayado es nuestro]

36. Como puede observarse, en virtud del citado Numeral 7.6, el **Concesionario** se encuentra **PROHIBIDO de desarrollar conductas que tengan por objeto limitar la libre competencia o el acceso a la línea férrea.**
37. Asimismo, este numeral establece la obligación para el Concesionario de otorgar el libre acceso, principio en virtud del cual el Concesionario está obligado a otorgar el acceso a los operadores de servicio que lo soliciten. La importancia del cumplimiento de ésta obligación contractual se deriva del hecho de que, **en caso el Concesionario niegue el acceso a la vía, no podrá existir competencia en los servicios de transporte, vulnerándose el marco legal y constitucional aplicable.**
38. La mencionada finalidad pro-competencia establecida por el citado Numeral 7.6, guarda concordancia con la disposición establecida en el Numeral 12.2 de la CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA (Obligaciones del Concesionario), la misma que establece lo siguiente:
- <<(…)
El Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en caso que:
- (i) No cuente con el respectivo Permiso de Operación vigente extendido por el MTC; o,*
 - (ii) Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su Material Tractivo o Material Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en este Contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7; o*
 - (iii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables.*
- (…)
El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en este numeral constituye causal de caducidad de este Contrato.>>*
- [El subrayado es nuestro]
39. Es decir, el mismo Contrato de Concesión ha establecido TAXATIVAMENTE los supuestos en los cuales el Concesionario podrá impedir el ingreso a la línea férrea de un nuevo operador de servicios de transporte ferroviario.
40. En suma, en concordancia con el marco constitucional y normativo vigente, **el Contrato de Concesión establece una PROHIBICIÓN de limitar, restringir o distorsionar el libre acceso a la vía férrea** (Numeral 7.6). Dicha finalidad de favorecer la competencia yace incluso en el sustrato de ciertas obligaciones del Concesionario (Numeral 12.2), razón por la cual podemos señalar en este punto que **el Concesionario, al momento de explotar la concesión, deberá efectuarlo observando que su conducta NO limite el libre acceso.**
41. Del mismo modo, forma parte integrante del Contrato de Concesión, la Circular N° 17, emitida el 15 de marzo de 1999 por la CEPRI ENAFER¹¹, a través de la

¹¹ Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada de la Empresa Nacional de Ferrocarriles, encargada de llevar a cabo el proceso de Concesión.

cual se aclaró y amplió las bases, así como la versión preliminar del Contrato de Concesión, disponiéndose que:

- “1.- **A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.**
- 2.- *Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. En el caso de Consorcios Divisibles, el Adjudicatario deberá contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario para más de un ferrocarril.*
- (...)
- 5.- *El Concesionario no podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas en más de un operador de Servicios de Transporte Ferroviario. El incumplimiento de esta obligación será tipificado en el Contrato como causal de caducidad de la concesión.*
- 6.- **Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.**
- (...)”

[El subrayado y resaltado es nuestro]

42. Para entender ésta Circular, debemos recordar que la única forma de transportarse entre Ollantaytambo a Macchu Picchu es a través del Ferrocarril, en ese sentido, era necesario asegurar la CONTINUIDAD de la PRESTACIÓN del SERVICIO PÚBLICO de TRANSPORTE entre dichas localidades, para el momento que la administración del ferrocarril pase del Estado a manos privadas. En ese sentido, con el objeto de asegurar que el mencionado traspaso no genere la falta del servicio, la autoridad encargada del Proceso de Concesión consideró pertinente que la empresa que resulte ganadora de la licitación constituya una empresa VINCULADA para que ésta última se haga cargo de la administración del servicio de transporte ferroviario, en tanto que la empresa ganadora administraría la infraestructura ferroviaria, a la vez que se garantizaba que terceros puedan acceder a competir en el servicio de transporte, con lo cual el modelo pasó de ser uno de **separación vertical** a uno de **acceso competitivo**¹².
43. En ese sentido, observamos que la Circular N° 17 GARANTIZA EXPRESAMENTE el INGRESO de potenciales OPERADORES del SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO, estableciendo la OBLIGACIÓN al Concesionario de PERMITIR el INGRESO a la VÍA FÉRREA, así como de otorgarle condiciones no discriminatorias (lo que implica necesariamente la prohibición del establecimiento de condiciones más favorables a su empresa VINCULADA)
44. En suma, hasta aquí, hemos podido demostrar que tanto del marco legal y constitucional, anteriormente citado, VIGENTE al momento de CELEBRACIÓN del CONTRATO DE CONCESIÓN, así como las cláusulas establecidas en el

¹² Sobre las implicancias de los conceptos de **separación vertical** y de **acceso competitivo** ver nota a pie de página 10 del presente Informe.

mismo Contrato de Concesión, señalan un claro objetivo del Estado con miras a **promover el acceso a la vía férrea, con el objeto de promover la competencia en los servicios de transporte de pasajeros y carga.**

45. Teniendo en cuenta que uno de los **principales objetivos del Contrato de Concesión es, como lo hemos visto, permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y/o de carga, sobre la misma infraestructura (competencia intramodal),** a continuación pasaremos a desarrollar la posición de OSITRAN con relación al escrito de fecha 15 de enero de 2008 presentada por FETRANS.

IV.1.3 De la naturaleza de las resoluciones emitidas por el OSITRAN

46. Conforme a lo establecido por el Artículo 1º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) **“son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.**

De otro lado, el Artículo 29º de la LPAG señala que **“[s]e entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.**

47. En base a las normas legales anteriormente citadas, podemos señalar que la LPAG, considera como elementos constitutivos del acto administrativo los siguientes:
- (i) Una declaración de una entidad
 - (ii) Destinada a producir efectos jurídicos externos
 - (iii) Que sus efectos recaigan sobre derechos, intereses y obligaciones de los administrados
 - (iv) En una situación concreta
 - (v) En el marco del derecho público
 - (vi) Puede tener efectos individualizados o individualizables

48. Por tanto, para efectos de determinar si nos encontramos o no ante actos administrativos, deberán presentarse TODOS los elementos constitutivos del mismo anteriormente indicados.

Para los fines del presente análisis, nos basta con señalar que las Resoluciones que APRUEBAN Reglamentos (sea un REMA o REA's) no constituirán Actos Administrativos, en vista que con dicha aprobación no se está generando efectos individualizados o individualizables en los administrados.

A mayor abundamiento, a manera de ejemplo, podemos citar el proceso de acción popular tramitado por la Asociación Peruana de Agentes Marítimos – APAM en contra de OSITRAN, por la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSIRTRAN que aprobó el REMA de OSITRAN.

Al respecto, en el considerando décimo segundo de la Resolución N° 28 del 20 de julio de 2007, la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado lo siguiente:

“DECIMO SEGUNDO: Que, de acuerdo a los dispositivos citados, se tienen que la Resolución de Presidencia [sic] del Consejo Directivo número 014-2003-CD-OSITRAN, que APROBÓ el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, norma que motiva el presente proceso de Acción Popular, ha sido expedida por OSITRAN en el ejercicio de sus facultades normativas y por tanto no infringe la Constitución Política del Estado...”

Como puede observarse, la Sala considera que la Resolución de Consejo Directivo que APRUEBA el Reglamento (en este caso, el REMA), ha sido emitida en ejercicio de facultades NORMATIVAS y no en ejercicio de facultades administrativas, hecho que se confirma, además, con el trámite seguido por los propios demandantes, es decir, a través de un proceso de acción popular y no de un proceso contencioso administrativo.

IV.2 Análisis respecto de la pertinencia del pedido de acumulación del procedimiento de modificación de rea tramitado de oficio (acumulado), con el procedimiento de modificación tramitado a iniciativa de parte por el FETRANS (presentado con fecha 19 de octubre de 2007)

49. Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- (i) Con fecha 27 de junio de 2007, el Consejo Directivo de OSITRAN, mediante Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN dispuso lo siguiente:

“Artículo 1°.- Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. que fuera aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006).

Al respecto, conforme a lo señalado en el ítem 58 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN:

“... debe tenerse en consideración que, en el presente caso, lo que ha aprobado la Resolución impugnada es simplemente un PROYECTO de REGLAMENTO, es decir, se trata de un proyecto normativo que no se encuentra en capacidad de producir derechos y obligaciones para los administrados, dado que su eficacia está supeditada a la aprobación posterior de la versión final del reglamento.”

La Resolución que dispuso el inicio del procedimiento de modificación de oficio fue inmediatamente impugnada por FETRANS mediante escrito de fecha 26 de julio de 2007.

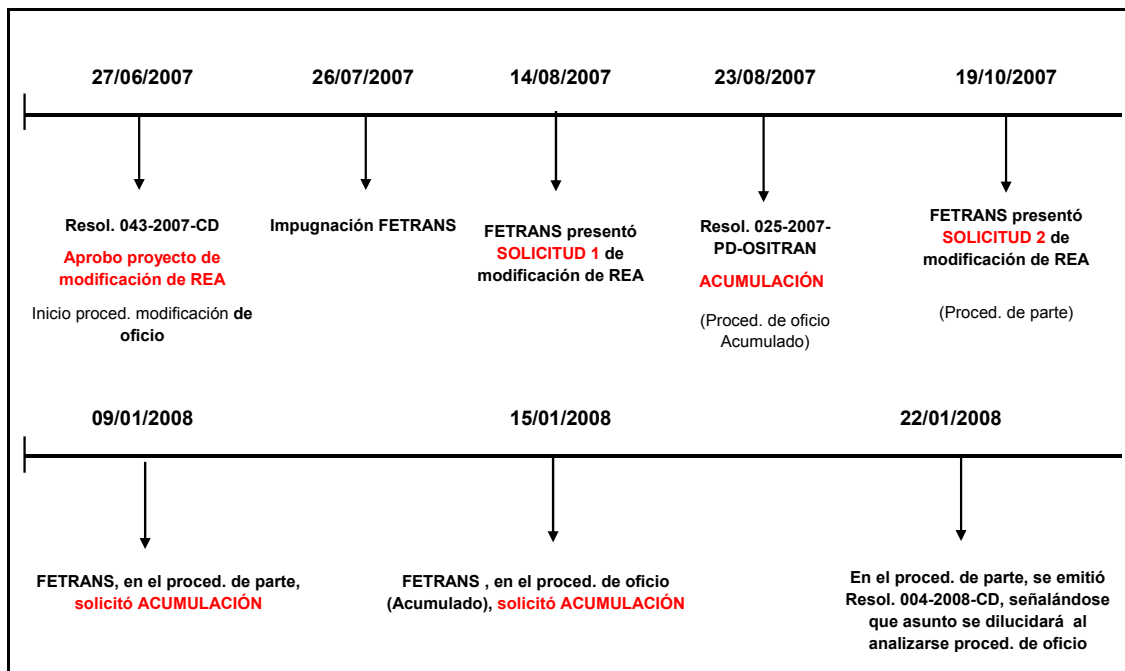
- (ii) Luego de iniciado el procedimiento de modificación de oficio del REA – FETRANS, el Concesionario, mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2007, presentó una solicitud de parte de modificación del REA-FETRANS dado que consideraba *“... que existen algunos aspectos que deben adecuarse para responder a la presencia de pluralidad de operadores, a fin de resguardar el correcto desempeño de las operaciones de cada uno de ellos.”*
- (iii) En vista de ello, con fecha 23 de agosto de 2007, mediante Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN, se admitió a trámite la

solicitud de FETRANS para la modificación de su REA; y, se dispuso la ACUMULACIÓN del procedimiento iniciado de oficio y del procedimiento iniciado a petición de FETRANS, destinados a la modificación del REA FETRANS, en un sólo procedimiento administrativo.

- (iv) El 19 de octubre de 2007, FETRANS presentó una nueva solicitud de modificación de su REA, la misma que viene siendo tramitada a la fecha como procedimiento **de parte** en forma paralela al presente procedimiento tramitado **de oficio (acumulado)**.
- (v) En este punto es pertinente señalar que en el procedimiento de parte, mediante carta s/n de fecha 09 de enero de 2008, FETRANS procedió no solamente a absolver los requerimientos efectuados por OSITRAN en dicho procedimiento, sino que adicionalmente solicitó: ***“ACUMULAR los dos procedimientos actualmente en trámite, referidos a las modificaciones del REA FETRANS, por cuanto no sólo se trata de la misma materia, sino que todas éstas han sido detalladas y desarrolladas en el presente procedimiento”***
- (vi) Asimismo, en el procedimiento tramitado de oficio (acumulado), FETRANS en su escrito de fecha 15 de enero de 2008, ha solicitado también la acumulación de los procedimientos tramitados de oficio (acumulado) y de parte.
- (vii) Con relación a la solicitud de acumulación efectuada en el procedimiento de parte, en la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2008-CD-OSITRAN de fecha 22 de enero de 2008, se consideró que:

“... dado que la FETRANS señala que el contenido de la modificación del REA, materia del trámite de oficio, ha sido desarrollado en su escrito de subsanación..., dicho asunto debe dilucidarse al momento de analizarse proyecto de REA tramitado en el procedimiento de oficio”.

50. Lo señalado precedentemente podemos graficarlo de la siguiente manera:



51. Como puede observarse, luego de iniciado el procedimiento de modificación de oficio el 27 de junio de 2007, FETRANS no solamente impugnó dicha decisión del Regulador sino que además procedió a plantear una modificación de parte, la cual fue acumulada en virtud de lo dispuesto por la Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN.
52. Posteriormente a ello, FETRANS nuevamente presentó una nueva solicitud de modificación del REA, la misma que viene siendo tramitada de manera paralela al presente procedimiento de oficio (acumulado) y respecto de la cual FETRANS ha solicitado acumulación.
53. Respecto a la pertinencia de acumular procedimientos, ante las sucesivas e inmediatas peticiones de modificación del REA, debemos señalar lo siguiente:
- (i) La acumulación de procedimientos de modificación del REA, es un supuesto no contemplado por el REMA, motivo por el cual nos encontramos ante un VACÍO NORMATIVO.
 - (ii) No obstante ello, el inciso 2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG señala que los Principios del Procedimiento Administrativo servirán, entre otras cosas, **“... para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo”**.
 - (iii) Sobre el particular, el **principio de celeridad** establecido por el inciso 1.9 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, señala lo siguiente: **“1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”** [El subrayado es nuestro]

- (iv) Por otra parte, debe tenerse presente que el Artículo 149° de la LPAG regula los supuestos de pertinencia de la ACUMULACIÓN.

Sobre el particular, debemos tener en consideración que, en el presente caso, esta norma únicamente resultaría de aplicación por ANALOGÍA, dado que los procedimientos a los que hace referencia el citado Artículo 149° están destinados a la producción de un Acto Administrativo, situación que no se presenta en el caso bajo análisis, en vista que el mismo se encuentra destinado a la producción de un Reglamento Administrativo (REA-FETRANS), hecho ampliamente analizado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN y ahora, además, reconocido por el propio Concesionario en su escrito de fecha 15 de enero de 2008¹³.

De esta manera, el Artículo 149° de la LPAG, señala lo siguiente:

“La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión”

Sobre el particular, MORON¹⁴ señala que:

“Aunque la acumulación puede proveerse a pedido de parte, siempre será la autoridad quien determine su PERTINENCIA siguiendo los criterios de oportunidad y celeridad, que debe cumplir.”

[El subrayado y mayúscula son nuestros]

En consecuencia, queda claro que el citado Artículo 149° reconoce que es FACULTAD de la Administración el decidir sobre la pertinencia o no de la acumulación.

- (v) En ese sentido, teniendo en consideración que el procedimiento de modificación de oficio (acumulado), se encuentra en su fase de conclusión, somos de la opinión que no resulta pertinente proceder a la acumulación solicitada pues el nuevo procedimiento de parte iniciado por FETRANS aún se encuentra en su fase de recabar los comentarios y observaciones de los interesados (es decir, de PERURAIL S.A., ANDEAN RAILWAYS S.A., WYOMING RAILWAYS S.A. e INCARAIL S.A.C.), de esta manera, el acceder a la acumulación solicitada implicaría un nuevo retraso en la tramitación del procedimiento del REA, situación que consideramos perjudicaría a los interesados pues las modificaciones planteadas en el procedimiento de oficio (acumulado) tienen por objeto adecuar el REA a las nuevas condiciones del mercado¹⁵.

¹³ En efecto FETRANS en las paginas 8 y 9 de su escrito de fecha 15 de enero de 2008, señala lo siguiente:

“(...). Es claro que el Reglamento de Acceso aprobado y vigente no es un Acto Administrativo, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales. (...)”

¹⁴ MORON, Juan Carlos: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Sexta Edición, Gaceta Jurídica, 2007, Lima, página 432.

¹⁵ Al respecto, ver ítems 100 a 105 del presente Informe.

- (vi) Sin perjuicio de ello, debemos precisar que conforme a lo establecido en el REMA y de acuerdo al derecho que ha venido ejerciendo FETRANS hasta en dos oportunidades luego de iniciado el presente procedimiento de oficio (acumulado), FETRANS tiene expedito su derecho de solicitar la modificaciones del REA que crea conveniente, respetando el marco legal vigente. Ello implica, que el ejercicio de dicho derecho no debe constituir un ejercicio abusivo del mismo dado que no se puede ejercer la atribución legal contrariando los dictados de la BUENA FE o desviándola del fin para el cual ha sido reconocida.

54. Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, somos de la opinión que en esta etapa del procedimiento no resulta pertinente la acumulación solicitada por FETRANS.

IV.3 Análisis del recurso apelación interpuesto

55. A continuación analizaremos cada uno de los argumentos esgrimidos por FETRANS en su escrito de fecha 15 de enero de 2008.

IV.3.1 Respeto de la naturaleza de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de OSITRAN

(i) **Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, no todo procedimiento tiene por objeto la emisión de un acto administrativo.**

56. Conforme a lo establecido por el Artículo 29° de la LPAG, el procedimiento administrativo es el “... conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados” [El subrayado es nuestro]

57. Por otra parte, los artículos 46° a 51° del REMA regulan el procedimiento para la emisión del REA, a iniciativa de FETRANS. Ahora bien, dicho procedimiento, conforme ha sido reconocido por FETRANS en su escrito de fecha 15 de enero de 2008¹⁶, no constituye un acto administrativo dado que el REA es emitido en base a las facultades normativas de OSITRAN¹⁷.

58. Siendo ello así, es claro que los procedimientos regulados por la LPAG y por el REMA son procedimientos de diferente naturaleza, dado que el primero tiene por objeto la emisión de un acto administrativo, en tanto que el segundo tiene por finalidad la emisión de un Reglamento Administrativo.

59. En consecuencia, el hecho que se siga un **procedimiento** para la emisión de un **Reglamento** (en este caso el REA), no implica que la actuación de la

¹⁶ En efecto FETRANS ha señalado que:

“... la Resolución que dispone la modificación o aprobación de un REA es distinta al REA en sí. Es claro que el REGLAMENTO DE ACCESO APROBADO Y VIGENTE NO ES UN ACTO ADMINISTRATIVO, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales.(...)”

[El subrayado y mayúscula son nuestros]

¹⁷ Sobre el particular, ver ítem 31 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

Administración Pública (OSITRAN) con miras a la aprobación del mismo (sea de su proyecto o de su versión definitiva) constituya indefectiblemente un Acto Administrativo; en otras palabras, **contrariamente a lo afirmado por FETRANS, NO TODO PROCEDIMIENTO TIENE POR OBJETO LA EMISIÓN DE UN ACTO ADMINISTRATIVO, es por ello que justamente el Artículo 29° de LPAG PRECISA que el procedimiento regulado por dicho cuerpo legal es el que tiene por objeto la emisión de un acto administrativo.**

60. Por lo tanto, este extremo de la argumentación de FETRANS carece de asidero legal.

(ii) **Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, el hecho que el artículo 7° de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN ordene a FETRANS la difusión del proyecto de modificación del REA, no genera que TODO el contenido de dicha Resolución constituya un Acto Administrativo**

61. Con el objeto de analizar si la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN, de fecha 27 de junio de 2007, constituye un acto administrativo debemos proceder a analizar el contenido de la misma. Así, en la citada Resolución, el Consejo Directivo de OSITRAN dispuso lo siguiente:

“Artículo 1°.- Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. que fuera aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006).

*Artículo 2°.- En consecuencia, se propone modificar el artículo 2°, en lo relativo a la definición de Contrato de Acceso, el artículo 5.1 literal c), el artículo 5.2, literal b), el artículo 6° Numerales 6) y 7), el artículo 14° y el artículo 19° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. aprobado por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 026-2006-CDOSITRAN (de fecha 20 de abril de 2006)... en los siguientes términos:
(...)*

Artículo 3°.- Proponer la eliminación del Literal (ii) del artículo 11° y el artículo 21° del REA-FTA.

Artículo 4°.- Desestimar lo solicitado por Andean Railways Corp. en los extremos referidos a modificar el Artículo 8° Numeral 1), Artículo 10.2 Literal n), Artículo 10.3 Literales a), b), c) y e), Artículo 10.4, Artículo 19° y 21° del REA – FTA, por las consideraciones expuestas en el Informe N° 050-07-GS-GALOSITRAN.

Artículo 5°.- Notificar la presente Resolución y el Informe N° 050-07-GS - GAL - OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., PeruRail S.A., Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A.

Artículo 6°.- Difundir la presente Resolución mediante su publicación en la página web de OSITRAN.

Artículo 7°.- Disponer que Ferrocarril Transandino difunda en su página web, el Proyecto de Modificación de su Reglamento de Acceso, aprobado en virtud de la presente Resolución.

Artículo 8°.- Poner en conocimiento de las partes que el plazo para que puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. es de quince (15) días hábiles, contados a partir de recibida la notificación de la presente Resolución.”

[El subrayado es nuestro]

62. Como puede observarse, FETRANS señala que la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN constituye un Acto Administrativo en vista que en el Artículo 7° de la Resolución mencionada OSITRAN **IMPONE al FETRANS LA OBLIGACIÓN DE DIFUNDIR EL PROYECTO DE REGLAMENTO EN SU PAGINA WEB**
63. Al respecto, si bien es cierto, el citado Artículo 7° impone una obligación al FETRANS (exclusivamente limitada a la difusión del proyecto del Reglamento en su página web), ello no implica que TODA la Resolución constituya un Acto Administrativo.
64. En efecto, como puede constarse, la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2007-CD-OSITRAN, no solamente contiene el mandato establecido en el Artículo 7° sino que, por ejemplo, los Artículos 5°, 6° y 8° constituyen DISPOSICIONES DE ORDEN INTERNO DE OSITRAN (es decir, se ordena a la ADMINISTRACIÓN la realización de determinadas actuaciones) y no por ello, a partir de allí, podría sostenerse que TODA la Resolución contiene disposiciones de orden interno.
65. Asimismo, debemos tener en consideración que el Artículo 1° de la citada Resolución es la que APRUEBA la propuesta de modificación del REA (es decir, aprueba una propuesta normativa para que sea objeto de análisis durante la tramitación de la modificación del REA¹⁸) y fue exclusivamente respecto de dicho extremo que FETRANS interpuso recurso de reconsideración y solicitud de nulidad en su escrito de fecha 26 de julio de 2007.
66. Al respecto, debemos tener en cuenta que, si el Artículo 1° de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN simplemente APRUEBA una propuesta de reglamento - la misma que en virtud de dicha aprobación, ha sido justamente materia de análisis en el trámite de modificación de oficio -, queda claro que, en este extremo, el contenido de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN, NO constituye un acto administrativo, en la medida que no está destinada a producir efectos jurídicos externos y menos aun tiene efectos individualizados o individualizables.
67. Ahora bien, no obstante que ahora FETRANS reconoce que el Artículo 7° le genera una obligación (la de difundir el proyecto de Reglamento en su web institucional) y que en virtud de ello sostiene que la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN constituye un acto administrativo, debemos aclarar que dicho extremo NO FUE OBJETO DE IMPUGNACIÓN en el escrito de fecha 26 de julio de 2007.
68. En efecto, **si FETRANS consideraba que el Artículo 7° de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN constituía un acto administrativo pues era EXCLUSIVAMENTE RESPECTO DE ESE EXTREMO que el citado Concesionario tenía el derecho de ejercer su derecho de contradicción;** sin embargo, como puede constarse de sus escrito de fecha 26 de julio de 2007

¹⁸ Al respecto, conforme a lo señalado en el ítem 58 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN:

“... debe tenerse en consideración que, en el presente caso, lo que ha aprobado la Resolución impugnada es simplemente un PROYECTO de REGLAMENTO, es decir, se trata de un proyecto normativo que no se encuentra en capacidad de producir derechos y obligaciones para los administrados, dado que su eficacia está supeditada a la aprobación posterior de la versión final del reglamento.”

y 15 de enero de 2008, en ninguna parte de ellos ha cuestionado dicho mandato, sino que, por el contrario, la fundamentación de su reconsideración se baso exclusivamente en la APROBACIÓN del Proyecto de REA, es decir, en el artículo 1° de la citada Resolución.

69. En efecto, tal como lo indicamos en el ítem 16 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN, FETRANS en su escrito de fecha 26 de julio de 2007 señaló lo siguiente:

“... de acuerdo a [sic] la doctrina, las disposiciones dictadas por OSITRAN en el ejercicio de su función normativa [sic] pueden ser:

- i) Productos Normativos propiamente. Cuando tengan carácter general y abstracto*
 - ii) Actos Administrativos. Cuando no tengan carácter general y abstracto.*
- En el presente caso, al pretender la Resolución modificar ÚNICAMENTE el REA FETRANS resulta evidente que se trata de un Acto Administrativo y no de un producto normativo propiamente dicho...”*

[El subrayado y mayúscula son nuestros]

70. Como puede observarse, en virtud de dicha afirmación, queda claro que FETRANS impugnó la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN en vista que la misma dispuso la APROBACIÓN del **PROYECTO** del REA – FETRANS, es decir, su recurso impugnativo se basó EXCLUSIVAMENTE en el extremo establecido por el Artículo 1° de la citada Resolución, el cual, como lo hemos indicado precedentemente NO constituye acto administrativo alguno dado que no genera efectos jurídicos externos ni origina efectos individualizados o individualizables.

71. Adicionalmente, en el supuesto negado que se considere que las Resoluciones de OSITRAN relativas a la modificación o aprobación de REA constituyan actos administrativos, la Concesionaria debería de haber observado lo establecido por los artículos 206° y 207° de la LPAG, referidos a que el plazo para ejercer la facultad de contradicción es de 15 días hábiles, pasados los cuales el supuesto acto quedaría firme, conforme a lo establecido por el artículo 212° del citado cuerpo legal.

- (iii) FETRANS sostiene que OSITRAN anteriormente ha considerado que las Resoluciones que disponen la modificación u aprobación de los REA son Actos Administrativos impugnables**

72. Sobre el particular, FETRANS ha señalado lo siguiente:

“El 04 de mayo de 2006, FETRANS presentó un Recurso de Apelación contra la Resolución N° 026-2006-CD- OSITRAN, por la cual se resuelve aprobar el Reglamento de Acceso presentado por FETRAN; sin embargo, en dicha oportunidad el Consejo Directivo de OSITRAN se pronunció respecto a dicho recurso declarándolo INFUNDADO. Ello porque OSITRAN consideró que efectivamente la Resolución impugnada se trata de un acto administrativo.

(...)

OSITRAN no ha cumplido con fundamentar adecuadamente la razón que motiva que esta vez afirme que LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] no es un Acto Administrativo, más aún teniendo en consideración el precedente expuesto. Por ello es que, por lo menos por falta de motivación del Acto

Administrativo es que debe declararse la nulidad de LA RESOLUCIÓN, ya que el precedente fue también una decisión del Consejo Directivo.”

“El procedimiento administrativo de aprobación del REA de las entidades prestadoras es uno de evaluación previa. Dicho procedimiento, a diferencia del de aprobación automática supone que el Organismo Regulador debe evaluar minuciosa y profundamente los REA presentados para aprobación, y, si y solo si los encuentra conformes, emite el acto administrativo correspondiente a la aprobación de los mismos, que en el caso del REA FETRANS fue la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN.”

[El subrayado es nuestro]

73. Sobre dicho extremo de la argumentación de FETRANS, debemos señalar que, contrariamente a lo afirmado por FETRANS, OSITRAN cumplió con fundamentar adecuadamente la Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN.
74. En efecto, conforme se indicó en la citada Resolución, el Consejo Directivo emitió la misma sobre la base del Informe N° 072-GS-GAL-OSITRAN de fecha 19 de noviembre de 2007, en cuyos ítems 21 a 31 y 55 a 59, se señala lo siguiente:

<<(…)

21. Al respecto, el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 054-2005-CD-OSITRAN del 20 de septiembre de 2005 (en adelante, REMA), establece lo siguiente:

“Artículo 14º.- Contenido mínimo del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora

El Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora deberá tener como contenido mínimo lo siguiente:

- a) La lista de Servicios Esenciales incluidos en el Anexo 2 del presente Reglamento que requieren la utilización de las Facilidades Esenciales administradas por las Entidades prestadoras. Dicha lista deberá precisar los Servicios Esenciales que enfrentan restricciones de disponibilidad de uso de las Facilidades Esenciales.
- b) La descripción de las Facilidades Esenciales que utilizan en la prestación de los referidos Servicios Esenciales.
- c) Los requisitos y condiciones requeridos para el acceso a las Facilidades Esenciales necesarios para prestar cada Servicio Esencial, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18º del presente Reglamento.
- d) Requisitos y condiciones para el acceso a las Facilidades Esenciales que no enfrentan restricciones de disponibilidad de uso para la prestación de servicios Esenciales, y respecto de las cuales la Entidad Prestadora no requiere suscribir un contrato de acceso con el fin de formalizar la relación de acceso, de conformidad con el Artículo 52.3.
- e) Los cargos de acceso aplicables a la utilización de las Facilidades Esenciales pro parte de los usuarios Intermedios, en los casos a que se refiere el literal anterior.
- f) Los requisitos a que se refiere el Literal d) del Artículo 6º], de conformidad con lo establecidos en la legislación aplicable y en los respectivos contratos de concesión. Estos requisitos no deben constituir barreras de Acceso injustificadas.
- g) Los componentes relevantes para la determinación de Cargos de Acceso.
- h) Los recursos impugnatorios aplicables durante el procedimiento de Acceso.”

[El subrayado es nuestro]

22. Asimismo, el REA – FETRANS, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN, establece en su Artículo 1° el **objeto** del mencionado REA, señalando lo siguiente:

“Artículo 1.- Objeto

De conformidad con lo dispuesto por la Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003/CD/OSITRAN, el presente reglamento (...) tiene la finalidad de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso a la Infraestructura Esencial cuya administración le ha sido otorgada en Concesión a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (...) a través del Contrato de Concesión celebrado con el Estado Peruano en fecha 21 de septiembre de 1999.

De esta manera, el presente Reglamento regula principalmente:

- a. Las condiciones que debe cumplir un operador para solicitar el acceso a la Facilidad Esencial que se encuentra bajo la administración del concesionario.
- b. El procedimiento que debería seguir el operador ante el concesionario para acceder a dicha Facilidad Esencial.
- c. Las implicancias generales de la obtención del acceso a la Facilidad Esencial por parte del Operador.
- d. Las consecuencias de la pérdida o incumplimiento por parte del operador de las condiciones que le fueron requeridas para otorgarle el acceso.

No constituyen objeto del presente reglamento:

- a. El ingreso a la infraestructura por parte de usuarios finales.
- b. El acceso a la infraestructura por parte de usuarios intermedios u de otros proveedores, con fines distintos a la prestación de servicios no calificados como esenciales.
- c. Servicios que se brinden de manera ocasional o por situaciones de emergencia, aun cuando utilicen Facilidades Esenciales.”

[El subrayado es nuestro]

23. Como puede observarse, resulta claro que el contenido de los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras, como el caso del REA – FETRANS, está referido básicamente al establecimiento de **REQUISITOS** y **PROCEDIMIENTOS** que deberán cumplir los **operadores** para poder obtener el **acceso a la facilidad esencial**.

24. En virtud de ello, independientemente del “**procedimiento**” establecido en el REMA para la aprobación del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, somos de la opinión que este último no constituye Acto Administrativo alguno, toda vez que, concretamente, el REA – FETRANS no está destinado a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados en una situación concreta.

25. En efecto, somos de la opinión que REA - FETRANS no genera efectos jurídicos en una situación concreta, en base a las siguientes consideraciones:

(viii) El Artículo 1° de la LPAG, ha establecido que constituye un requisito del Acto Administrativo, entre otros, el que este genere efectos jurídicos sobre una situación concreta.

- (ix) De otro lado, conforme a lo establecido en Artículo 1° del REA – FETRANS, este “... tiene la **finalidad de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso a la Infraestructura Esencial** cuya administración le ha sido otorgada en Concesión a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.”
[El subrayado y negrilla es nuestro]

(x) En consecuencia, al estar destinado el REA –FETRANS a brindar información a los “**potenciales**” usuarios intermedios, queda claro que con la sola emisión de dicho documento no se está produciendo efectos jurídicos sobre una SITUACIÓN CONCRETA.

26. Adicionalmente, conforme lo señala MORON una “[c]aracterística del acto administrativo, es que los efectos subjetivos que producen son concretos, de materia y situación jurídico – administrativa específica, lo que los diferencia de los reglamentos que son abstractos, generales e impersonales.”

Del mismo modo, queda claro que el contenido del REA – FETRANS, y menos aún su proyecto, por el solo hecho de su emisión, no producen efectos jurídicos individuales o individualizables, razón por la cual ellos no se constituyen en actos administrativos.

27. Por tanto, teniendo en consideración que el REA - FETRANS no constituye un acto administrativo, queda por dilucidar entonces cual es la naturaleza jurídica de dicho acto unilateral de la administración.

28. En vista de ello, debemos acudir a las normas que establecen el marco legal de atribuciones y funciones de OSITRAN, a saber 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 adelante, Ley de Creación del OSITRAN) y la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, Ley Marco de los Reguladores).

Al respecto, la Ley de Creación del OSITRAN, señala lo siguiente:

“Artículo 6.- Atribuciones

6.1. El OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, **normativa**, fiscalizadora y de resolución de controversias.

6.2. Las atribuciones reguladoras y normativas del OSITRAN comprenden la **potestad exclusiva de dictar**, en el ámbito de su competencia, **reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios.**

[El subrayado es nuestro]

Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones del OSITRAN son las siguientes:

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

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

[El subrayado es nuestro]

De otro lado, la Ley Marco de los Reguladores, modificado por la Ley 27631, establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Funciones

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

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

(...)”

[El subrayado es nuestro]

29. Como puede observarse del marco legal citado, además de los **Actos Administrativos**, el OSITRAN es competente para emitir **Reglamentos Administrativos**.

Al respecto, DROMI señala que el **Reglamento Administrativo** consiste en una **“declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa”**.

Por otra parte, CASSAGNE indica que un Reglamento es un **“acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales...”**.

En nuestro medio, MORON señala que la actividad reglamentaria **“... es una actividad abstracta y general por la cual se crean normas jurídicas vinculantes para sus destinatarios indeterminados”**, la cual se contrapone con el acto administrativo el cual consiste en **“... un acto de la autoridad competente[,] concreto, específico y que crea, modifica, extingue o interpreta derechos en particular.”**

30. Al respecto, la doctrina ha establecido que existen diferentes tipos de Reglamentos Administrativos, entre los cuales podemos mencionar a los (i) reglamentos autónomos o independientes y los (ii) reglamentos delegados.

Los **reglamentos autónomos o independientes** son los emitidos para regular el ejercicio de poderes que le han sido conferidos discrecionalmente a la Administración por el ordenamiento jurídico. En tanto que los **reglamentos delegados** son las normas generales dictadas por la Administración en base a la autorización o habilitación expresa contenida en la misma norma con rango de ley, objeto de reglamentación; en ese sentido, la facultad para dictar dichos reglamentos delegados no emana propiamente de la potestad reglamentaria de la administración, sino de la habilitación legal.

31. En el presente caso consideramos que los Reglamentos de Acceso, al igual que el REMA, constituyen Reglamentos Autónomos en vista que los mismos han tenido por finalidad definir la facultad discrecional del OSITRAN frente a las Entidades Prestadoras, en el afán de regular el acceso a la infraestructura esencial de los potenciales usuarios intermedios.

En consecuencia, queda claro que los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras, como es el caso del REA – FETRANS, no constituyen actos administrativos, dado que su naturaleza jurídica es la de un **reglamento autónomo**.

(...)

55. Con relación a la interposición de los Recursos de Reconsideración, el Artículo 206° de la LPAG establece lo siguiente:

“Artículo 206.- Facultad de Contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108°, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el Artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

(...)”

[El subrayado es nuestro]

56. Como puede observarse, el Artículo 206°, establece los requisitos para que una declaración de la administración sea impugnable:

1° Debe tratarse de un acto administrativo;

2° Dicho acto administrativo debe haber puesto fin a la instancia; o,

3° Si se trata de un acto de trámite, éste debe determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión.

57. Ahora bien, habiendo quedado claro (al analizarse el punto III.1.1 del presente Informe), que los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras, como es el caso del REA – FETRANS, no constituyen actos administrativos, dado que su naturaleza jurídica es la de un reglamento autónomo, podemos afirmar que dichos Reglamentos, y menos aun sus Proyectos, no pueden ser objeto de interposición de recurso impugnativo alguno.

58. En efecto, debe tenerse en consideración que, en el presente caso, lo que ha aprobado la Resolución impugnada es simplemente un PROYECTO de REGLAMENTO, es decir, se trata de un proyecto normativo que no se encuentra en capacidad de producir derechos y obligaciones para los administrados, dado que su eficacia está supeditada a la aprobación posterior de la versión final del reglamento.

Asimismo, debemos reiterar que aún en el supuesto que estemos frente a la aprobación de una versión definitiva del REA – FETRANS, tampoco nos encontraremos ante un acto administrativo, dado que el OSITRAN, en el presente caso, no se encuentra tramitando procedimiento administrativo alguno con miras a la emisión de un acto administrativo, sino que su objetivo es la emisión de un Reglamento Administrativo, que establece REQUISITOS y PROCEDIMIENTOS, conforme a las atribuciones administrativas fijadas en su marco legal de competencia.

59. En consecuencia, en virtud de lo expuesto, resulta jurídicamente imposible proceder a evaluar los recursos impugnativos interpuestos por FETRANS y ANDEAN, correspondiendo declararlos IMPROCEDENTES.>>

[Comentarios y notas a pie de página, omitidos]

75. Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por FETRANS, el cambio de opinión de OSITRAN se encuentra debida y ampliamente fundamentado, habiéndose demostrado que la Resolución que aprueba un proyecto de REA, así como la

Resolución que aprueba la versión definitiva del mismo, no tienen naturaleza de acto administrativo sino de una disposición normativa, dado que tiene por objeto la aprobación de un Reglamento que establece requisitos y procedimientos con la finalidad de facilitar el acceso de los operadores a la vía férrea, a fin de hacer posible la competencia intramodal, en beneficio de los consumidores del servicio de transporte férreo.

- (iv) **Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, LA RESOLUCIÓN QUE DISPONE LA APROBACIÓN DE UN REA NO CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO PUES NO SE GENERAN EFECTOS INDIVIDUALIZADOS O INDIVIDUALIZABLES EN LOS ADMINISTRADOS CON LA SOLA APROBACIÓN DE DICHO REA. En ese sentido, si en la misma Resolución que aprueba el REA adicionalmente se establece algún tipo de carga para el concesionario, ello no convertirá al acto de aprobación del REA en acto administrativo.**

76. FETRANS ha señalado lo siguiente:

*“Respecto de la etapa de **aprobación de un Reglamento de Acceso**, cabe señalar que la Resolución de Consejo Directivo que aprueba el mismo TAMBIÉN ES UN ACTO ADMINISTRATIVO. Para acreditar ello, consideramos pertinente citar la parte Resolutiva de la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN.*

[El subrayado es nuestro]

- *Es una declaración de OSITRAN,...*
- *Destinada a producir efectos jurídicos sobre:*
 - iii) *Los intereses de FETRANS: si, sobre el derecho a la seguridad jurídica, y respeto por parte de la administración del principio de legalidad*
 - iv) *Obligaciones de FETRANS: si, ya que impone obligaciones a FETRANS en sus artículos:*
 - a) *Subsanar las observaciones al proyecto*
 - b) *Realice Precisiones al proyecto*
 - v) *Derechos de FETRANS: si, ya que limita el derecho de FETRANS a la seguridad jurídica.*
- ***Dentro de una situación concreta**, ya que se busca modificar el REA de FETRANS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 026-2006-CD-OSITRAN”*

“... la Resolución que dispone la modificación o aprobación de un REA es distinta al REA en sí. Es claro que el Reglamento de Acceso aprobado y vigente no es un Acto Administrativo, ya que no ordena nada en particular a FETRANS, sino que establece un marco de acceso que tiene que cumplirse para utilizar facilidades esenciales. Sin embargo las Resoluciones que disponen su modificación y aprobación no contienen el marco regulatorio de acceso a facilidades esenciales sino que contienen mandatos específicos a la Entidad prestadora a cargo de la facilidad esencial (tales como la obligación de publicar en su página web el proyecto, subsanar las observaciones, realizar precisiones etc..) es en esa medida que dichas resoluciones SI CONSTITUYEN ACTOS ADMINISTRATIVOS.”

“... conforme hemos demostrado, tanto LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] como la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN (y queremos reiterar nuevamente que no el REA FETRANS, el cual es un producto distinto a dichas Resoluciones) son actos administrativos, en tanto imponen obligaciones particulares en un caso concreto a FETRANS.”

[El subrayado y negrilla son nuestros]

77. Como puede observarse, al igual que en el caso analizado precedente, FETRANS trata de fundamentar que TODA la Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN constituye un acto administrativo, en la medida que alguna de las disposiciones contenidas en ella disponen obligaciones para FETRANS.

78. En ese sentido, corresponde revisar el contenido de la citada Resolución:

“PRIMERO: Aprobar el Reglamento de Acceso presentado por el Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANSA) en los términos señalados en el Informe N° 016-06-GS-GALOSITRAN, el mismo que forma parte integrante de la presente Resolución.

SEGUNDO: Disponer que FETRANSA está obligado a subsanar las observaciones a que se refiere el Informe N° 016-06-GS-GAL-OSITRAN, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 50° del REMA, y deberá difundir su Reglamento de Acceso en su página web, en el plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente, conforme lo establece el Artículo 49° del REMA.

TERCERO: Disponer que FETRANSA precise en su Reglamento de Acceso que la Relación del personal técnico y administrativo que se encargará de las operaciones ferroviarias, tiene que ser la misma que fue previamente presentada al MTC, para obtener el correspondiente Permiso de Operación.

CUARTO: FETRANSA deberá cumplir con el Artículo 20, inciso “c” del Reglamento de Acceso, aprobado por Resolución N° 014-2003-CD-OSITRAN, que establece la obligación de publicar en su página Web el grado de utilización de la vía férrea, incluyendo la frecuencia y horarios, por cada tramo de la Concesión.

QUINTO: Encargar a la Gerencia de Supervisión efectuar las acciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la presente Resolución.

SEXTO: Notificar la presente Resolución a FETRANSA.

SETIMO: Difundir la presente Resolución mediante su publicación en la página Web de OSITRAN, de conformidad con lo previsto en el literal c) del artículo 1° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2001-CD/OSITRAN.”

79. Tal como lo señalamos precedentemente, el hecho que aparentemente un extremo de una Resolución constituya “eventualmente” un acto administrativo (situación que no hemos analizado en el presente Informe porque el ejercicio del derecho a la contradicción respecto de dicho extremo no ha sido materia de impugnación), no implica que todas las disposiciones contenidas en dicha Resolución pasen a “transformarse” en actos administrativos. DEBE QUEDAR CLARO QUE UN ACTO ADMINISTRATIVO SE DETERMINA EN VIRTUD DE SU CONTENIDO, en ese sentido, EL ACTO DE APROBACIÓN DE UN REA NO CONSTITUYE ACTO ADMINISTRATIVO PUES NO SE GENERAN EFECTOS INDIVIDUALIZADOS O INDIVIDUALIZABLES EN LOS ADMINISTRADOS CON LA SOLA APROBACIÓN DE DICHO REA.

80. A pesar de ello, FETRANS pretende sostener que la Resolución N°026-2006-CD-OSITRAN constituye un acto administrativo en la medida que ordena al FETRANS:

- Subsanar las observaciones al proyecto
- Realizar precisiones al proyecto

81. Sin embargo, FETRANS no toma en cuenta que es el Artículo 1° de dicha Resolución la que APRUEBA el Reglamento de Acceso y que es respecto de dicho extremo, que la mencionada Resolución NO constituye un acto administrativo al no originar efectos individualizados o individualizables.

82. Además es precisamente respecto de dicho Artículo 1° que la mencionada Resolución quedaría sin efecto, luego de aprobarse las modificaciones al

REA, y no respecto de los artículos segundo y tercero, los cuales por cierto habrían sido ejecutados por FETRANS en su oportunidad.

(v) Al no ser la aprobación del REA un acto administrativo (Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN) es posible la modificación del REA (Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN).

83. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“Hemos demostrado que todos y cada [uno]de los aspectos que se pretende modificar del REA FETRANS a través de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN han sido objeto de evaluación y pronunciamiento por parte del Consejo Directivo de OSITRAN, ... En ese sentido, si la Resolución 026-2006-CD-OSITRAN es un Acto Administrativo perfectamente válido y que ha surtido efectos dotando de legitimidad al REA FETRANS, entonces la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN no podría contravenir dicho acto administrativo previo.”

84. Tal como lo analizamos precedentemente, al no constituir el acto de aprobación del REA (Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN) un acto administrativo es posible iniciar la modificación del mismo.

85. Asimismo, debemos precisar que el argumento empleado por FETRANS es contradictorio pues si el acto de aprobación del REA constituyera un acto administrativo no sería posible la modificación del REA, ni siquiera a solicitud del propio FETRANS, tal como lo admite el REMA vigente.

(vi) Para FETRANS, la Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN, constituye un acto administrativo en la medida que el Regulador puede sancionar a FETRANS por el incumplimiento de dicha Resolución

86. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“... si fuera verdad lo sostenido en la RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN], entonces en caso FETRANS no cumpla con las obligaciones contenidas en la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN y en LA RESOLUCIÓN, entonces OSITRAN NO PODRÍA SANCIONAR A FETRANS POR DICHO INCUMPLIMIENTO, EN LA MEDIDA QUE SI NO CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO ENTONCES NO PODRÍA IMPUTARSE INCUMPLIMIENTO ALGUNO AL FETRANS. (...)”

87. Sobre el particular, es conveniente recordar a FETRANS lo siguiente:

1° Es la propia LPAG, a través de sus artículos 1° y 29°, la que establece cuales son los elementos constitutivos del acto administrativo, situación ya analizada en los ítems 18 y 19 del Informe N° Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

2° Los organismo de la administración pública impondrán sanciones administrativas en la medida que, conforme al marco legal vigente, tengan competencia para ello (principio de legalidad), el hecho que constituya la infracción, así como la sanción, se encuentren debidamente detallados en la norma (principio de tipificación) y el

administrado haya podido ejercer su derecho de defensa (principio de debido procedimiento).

88. En consecuencia, contrariamente a lo afirmado por FETRANS, la posibilidad imposición de una sanción se derivará, en primer lugar, del marco legal (principios de legalidad y tipicidad), así como del respeto al debido procedimiento y no de la existencia o no de un acto administrativo.

(vii) FETRANS afirma que la Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN no tiene carácter general ya que busca modificar únicamente el REA FETRANS y establece obligaciones únicamente a FETRANS.

89. FETRANS ha señalado lo siguiente:

El ... artículo 24 del Reglamento General de OSITRAN establece como condición para el Organismo Regulador en el ejercicio de la función normativa pueda validamente dictar normas y reglamentos respecto a las referidas materias que dichas normas y reglamentos sean de carácter general. Sin embargo, como hemos expuesto en el punto anterior, LA RESOLUCIÓN N° 043-2007-CD/OSITRAN Y LA RESOLUCIÓN [Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN] NO TIENEN CARÁCTER GENERAL YA QUE BUSCA MODIFICAR ÚNICAMENTE EL REA FETRANS Y ESTABLECE OBLIGACIONES ÚNICAMENTE A FETRANS ...

... la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN y LA RESOLUCIÓN no tienen carácter general y abstracto, a diferencia del REMA y de los REA...

90. Al respecto, debemos señalar que el hecho que, a criterio de FETRANS, la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN no tenga carácter general, no implica que dicha Resolución se constituya en un acto administrativo. En ese sentido, debemos recordar a FETRANS que para que la citada Resolución instaure un acto administrativo, la misma deberá cumplir con los elementos constitutivos de éste, los cuales han sido ya analizados en los ítems 18 y 19 del Informe N° Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

IV.3.2 Con relación a las facultades de OSITRAN

(viii) FETRANS ha señalado que OSITRAN debió primero modificar el REMA a fin de poder modificar el REA a solicitud de un tercero o de oficio

91. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“... lo que correspondía era proceder primero a MODIFICAR EL REMA, a fin de permitir que se modifiquen los REA’s aprobados a solicitud de un tercero, o de oficio; y luego proceder conforme a lo solicitado.”

“De la lectura y análisis de lo establecido en el REMA, es claro que dicho Reglamento no permite que los REA’s aprobados por OSITRAN puedan ser modificados de oficio o a solicitud de terceros, estableciendo como único supuesto de modificación de los mismos la solicitud efectuada por la misma entidad prestadora. Por ello, en aplicación del principio de legalidad no puede permitirse la modificación aprobada por la Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN.”

“... al no haber posibilidad de modificación de los REA’s de oficio o a solicitud de tercero, el REMA no ha contemplado un procedimiento para ello, por lo que realizar modificaciones en términos de la referida Resolución no es posible jurídicamente...”

“... en virtud del Artículo 5 de la Ley 27444, la modificación de oficio y a solicitud de tercero de del REA FETRANS no sería procedente...”

92. Sobre el particular, debemos recordar lo analizado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN:

36 ...debemos señalar que el “**procedimiento**” fijado por el REMA simplemente se ha instituido con la finalidad de establecer garantías para la participación de los “**interesados**”; procedimiento que, incluso, presenta vacíos (como respecto de la forma de tramitar las modificaciones del REA a solicitud de terceros o la procedencia de acumular “procedimientos” ante las sucesivas e inmediatas peticiones de modificación del REA) frente a los cuales resultarán aplicables los criterios de integración jurídica, como veremos a continuación.

37 Al respecto, debemos tener presente el mandato establecido por el inciso 1 del Artículo VIII del Título Preliminar de la LPAG, el cual 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 previsto 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 compatible con su naturaleza y finalidad.”

[El subrayado es nuestro]

38 Como puede observarse, la norma citada establece la siguiente estructura normativa:

a) **Presupuesto de Hecho:**

a.1 Debe existir una cuestión a ser resuelta (por ejemplo, una solicitud o petición formulada por un administrado); y,

a.2 Debe existir una deficiencia de las fuentes del derecho administrativo, como por ejemplo un vacío normativo.

b) **Consecuencia Jurídica:**

b.1 La autoridad administrativa no podrá dejar de resolver la cuestión planteada.

b.2 Para ello, la autoridad administrativa deberá acudir a:

b.2.1 Los principios del procedimiento administrativo establecidos en la LPAG;

b.2.2 Otras fuentes supletorias del derecho administrativo; y, solo a falta de ellos,

b.2.3 Las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

39 Comentando el citado Artículo VIII del Título Preliminar de la LPAG, MORON señala que:

“La estructura lógica del artículo se puede expresar del modo siguiente:

– Si las fuentes jurídicas el derecho administrativo presentan deficiencias para dar tratamiento expreso a un caso planteado, la autoridad se mantiene sujeta al deber de resolver el asunto. (...)

– Para resolver estos asuntos, las autoridades deben acudir en orden descendente a las siguientes fuentes supletorias: a) los principios del administrativo; b) fuentes supletorias del derecho administrativo (doctrina nacional, comparada, la costumbre o práctica administrativa); y, solo a falta de ellos; c) analogía de otros ordenamientos (por ejemplo, el Código Procesal Civil o Penal), en aquellos aspectos que sean compatibles con la naturaleza y finalidad administrativa.”

40 Concordante con ello, el inciso 2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG señala que los Principios del Procedimiento Administrativo servirán, entre otras cosas, “... **para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo**”.

41 En efecto, tal como lo señala MORON:

“Los principios también sirven a las autoridades, administrados y demás, para cubrir los vacíos que la normatividad tenga, de modo que pueda crearse a partir de los principios un criterio jurídico para la resolución del caso concreto.”

42 Por otra parte, de acuerdo a lo señalado por GARCIA TOMA, frente a un vacío normativo, la doctrina y la jurisprudencia han establecido la aplicación de los criterios de integración jurídica, a saber, la analogía, los principios generales del derecho y la equidad. Habiendo nosotros ya analizado la aplicación de los principios generales en el ámbito del derecho público, ítems 36 a 40 del presente Informe, pasaremos a desarrollar la analogía y la equidad, como criterios de integración jurídica:

- (i) **La Analogía.**- Consiste en aplicar la norma establecida para un caso no previsto, en razón de la igualdad esencial que existe entre ambos. Se entiende por igualdad esencial la identidad parcial que se encuentran en dos hechos jurídicos.
- (ii) **La Equidad.**- En términos generales la EQUIDAD es el proceso de integración que permite la preservación de lo fundamentalmente justo.

Elo es así porque las leyes por necesidades lógicas, son universales y fijas; por tanto, no pueden prever todas las circunstancias particulares que se dan en cada caso concreto. De esta forma, es frecuente que un caso particular presente peculiaridades diferentes a las previstas por el legislador o, a mas de las previstas, otras que no lo fueron. Si el juez aplicara rígidamente la ley, tal aplicación generaría una injusticia y su resultado atentaría contra aquel fin o valor que la norma intenta alcanzar

43 Con relación a la solicitud presentada por ANDEAN para modificar el REA – FETRANS, debemos señalar que en su escrito de fecha 26 de julio, FETRANS ha sustentado que no cabe la modificación de los REA’s a solicitud de tercero, en vista que el REMA no ha contemplado un procedimiento para ello.

Sobre el particular, debemos señalar lo siguiente:

- (i) La modificación del REA – FETRANS a solicitud de un tercero es un supuesto no contemplado por el REMA.
- (ii) No obstante ello, de acuerdo a lo establecido por el inciso 24 del Artículo 2º de la Constitución, todo administrado se halla en plena libertad para ejercer la libertad de petición, dado que, conforme al precepto constitucional mencionado, nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- (iii) En el presente caso, mediante escrito de fecha el 1 de junio de 2007, ANDEAN solicitó al OSITRAN la modificación de algunos Artículos del REA –FETRANS, argumentando que algunas de las condiciones exigidas en dicho reglamento constituirían barreras de acceso para nuevos operadores.
- (iv) En base a dicha solicitud, además de otras consideraciones adicionales, el OSITRAN procedió a iniciar de Oficio el tramite de modificación del REA – FETRANS.
- (v) Adicionalmente, debe tenerse presente que:

- A la fecha, se encuentra vigente el REA-FETRANS, respecto del cual únicamente tuvo la opción de opinar PERURAIL, al ser el único operador de la vía férrea en ese momento.
- Conforme a lo establecido por el Artículo 14° del REMA, los Reglamentos de Acceso contienen “...requisitos y condiciones requeridos para el acceso a las Facilidades Esenciales...”

93. En ese sentido, ratificamos nuestra posición en el sentido que resultaría contrario a la política de brindar el acceso a las facilidades esenciales, el impedir que precisamente los POTENCIALES USUARIOS INTERMEDIOS tengan la posibilidad de opinar y solicitar a la autoridad administrativa, la modificación de dicho Reglamento de Acceso.

(ix) Con relación a la facultad de OSITRAN de modificar de oficio el REA

94. FETRANS ha señalado lo siguiente:

.... En relación a los párrafos 46 y 48 de EL INFORME debemos señalar que el Regulador entra en contradicción respecto a sus facultades...

Si el mismo OSITRAN está reconociendo expresamente que el REMA tiene como fin limitar la facultad discrecional del Regulador, entonces, después no puede desconocer aquella limitación autoimpuesta, bajo la premisa de que tiene suficientes facultades para hacerlo, ya que ello implicaría pasar a un marco de total arbitrariedad. (...)

“El objetivo del artículo 3 del Reglamento General de OSITRAN consiste en evitar que cualquier usuario que [no] cumpla con los requisitos legales y contractuales no pueda acceder a la infraestructura esencial o a la prestación del servicio...”

“... el artículo 16 del REMA en ningún momento habilita a inaplicar condiciones de acceso...”

“La correcta aplicación del principio de no discriminación supone que el análisis y la decisión de solicitar condiciones similares que las otorgadas a un competidor corresponde a cada empresa y no al regulador.”

95. Sobre el particular, debemos recordar lo analizado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN:

<<46. Como lo señalamos en el ítem 30, tanto el REMA como el REA constituyen reglamentos autónomos, es decir, los mismo han sido emitidos por OSITRAN con la finalidad de delimitar la facultad discrecional de la administración.

47. Ahora bien, teniendo en consideración que dichos reglamentos administrativos han sido emitidos en ejercicio de la facultad normativa del OSITRAN, los mismos constituyen normas, hecho que implica que sean objeto de los criterios de interpretación e integración jurídica establecidos por la doctrina y la jurisprudencia.

48. Respecto de la facultad de modificar de oficio el REA-FETRANS, consideramos que, tal como se indica en el Informe N° 050-07-GS-GAL-OSITRAN, de acuerdo a lo establecido expresamente por el literal p) del Artículo 7° de la Ley 26917, los Artículos 3°, y 24°, en sus literales f) y h), del REGO y el Artículo 16° del REMA, el OSITRAN tiene las atribuciones suficientes para iniciar de oficio un proceso de modificación del REA-FETRANS:

- “6. El REMA establece las reglas y procedimientos referidos al acceso a la infraestructura de transporte de uso público, y establece los criterios técnicos, económicos y legales a los cuales deberán sujetarse, los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras; los contratos de acceso a la infraestructura de transporte de uso público, incluida su forma y mecanismo de celebración; y los pronunciamientos sobre el acceso a la infraestructura de transporte de uso público que emite el OSITRAN, incluyendo los mandatos de acceso.
7. El Artículo 13° del REMA dispone que cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con el fin de entregar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso. Asimismo, el artículo 14° del REMA establece el contenido mínimo del Reglamento de la Entidad Prestadora.
8. De acuerdo a lo establecido en el Literal p) del artículo 7° de la Ley N° 26917, es función del OSITRAN 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.
9. El Artículo 3° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM establece que en el ejercicio de sus funciones, la actuación del OSITRAN deberá orientarse a garantizar al usuario el libre Acceso a la prestación de los servicios, y a la infraestructura, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes.
- (...)
11. Además, el Literal f) del Artículo 24° del mismo cuerpo normativo menciona que el OSITRAN, en el ejercicio de su función normativa, puede dictar normas relacionadas con el acceso a la utilización de las Facilidades Esenciales a la Infraestructura.
12. Es importante mencionar que el referido Artículo 24° establece a su vez, en el Literal h) que el ejercicio de la función normativa del OSITRAN también comprende la reglamentación de las condiciones de acceso a la infraestructura y la provisión equitativa de los servicios vinculados a la misma, incluyendo la oportunidad, la continuidad y en general los términos y condiciones de contratación.
13. En aplicación de lo establecido en el Artículo 16° del REMA, de oficio o a solicitud de parte, del OSITRAN puede iniciar un procedimiento de investigación destinado a determinar la inaplicación de las condiciones de acceso que impongan las Entidades Prestadoras, en los casos en que las mismas no cumplan con ajustarse a la naturaleza de la operación y servicio involucrado o se determine que las mismas constituyen barreras de acceso de conformidad con lo establecido en el REMA, siendo en tal caso aplicable a la Entidad Prestadora en cuestión, lo establecido en el Artículo 21° del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, y modificado mediante las Resoluciones N° 077-2005-CD-OSITRAN y N° 005-2007-CD-OSITRAN.
14. En ejercicio de su función normativa y de existir la necesidad de modificar el REA-FTA, corresponde al Consejo Directivo pronunciarse sobre la aprobación de dicha modificatoria, de conformidad con lo establecido en el literal a) del Artículo 12° de la Ley N° 26917, con el Literal c) del Artículo 3.1 de la Ley N° 27332, modificado por la Ley N° 27631, y con el Artículo 22° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM.”>>

96. Como puede observarse, en el ítem 47 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN (párrafo NO citado por FETRANS), señalamos que al ser el REMA un Reglamento, es decir, una norma, es susceptible de que sea objeto de los criterios de interpretación e integración jurídica.
97. Es por ello que se pudo concluir que, de acuerdo a lo establecido expresamente por el literal p) del Artículo 7° de la Ley 26917, los Artículos 3°, y 24°, en sus literales f) y h), del REGO y el Artículo 16° del REMA, OSITRAN tiene las atribuciones suficientes para iniciar de oficio un proceso de modificación del REA-FETRANS, acto de interpretación normativo que NO PUEDE SER CATALOGADO COMO ARBITRARIO EN VISTA QUE LO QUE SE HA ANALIZADO ES LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LOS CITADAS NORMAS.

IV.3.3 Con relación al derecho de defensa de FETRANS

(x) FETRANS ha afirmado que se ha violado su derecho de defensa

98. FETRANS ha señalado lo siguiente:

“... conforme al artículo 1 de la Resolución 043-2007-CD/OSITRAN establece, ustedes han decidido “Aprobar el Proyecto de Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino”, han tomado ya una decisión sin siquiera otorgarnos la oportunidad de ejercer nuestro derecho a la defensa. Es más el artículo 7 de la Resolución ordena a Ferrocarril Trasandino a difundir en su página web el referido proyecto de modificación, con lo cual queda acreditado totalmente la afectación a nuestros derechos e intereses.”

“Ferrocarril Trasandino debió haber participado de la discusión acerca de la procedencia de modificar el REA FETRANS y, el Consejo Directivo de OSITRAN como muestra de respeto a los derechos de FETRANS como administrado, debió haber requerido contar con la posición de FETRANS respecto a dicha modificación antes de proceder a emitir la Resolución (un Acto Administrativo), sin embargo no lo hizo.”

“El hecho de que se le permita a Ferrocarril Trasandino enviar sus comentarios y observaciones sobre el Proyecto de Modificación de REA FTDSA YA APROBADO no quita el hecho de que se nos privó de nuestra garantía al derecho al debido procedimiento administrativo y al ejercicio de nuestros derechos a la contradicción y a la defensa etapa previa.”

99. Sobre el particular, debemos recordar a FETRANS que en la tramitación del procedimiento de modificación de oficio del REA, OSITRAN ha seguido el procedimiento establecido por el REMA para la modificación a solicitud del concesionario del REA. En ese sentido, OSITRAN le ha otorgado a FETRANS la oportunidad de manifestar su posición con relación a la propuesta de modificación de oficio, al notificarle oportunamente los proyectos de modificación del REA, a efectos que presenten sus comentarios y observaciones al mismo, situación que efectivamente se ha dado conforme es de verse en la parte de los Antecedentes del presente Informe.

IV.4 DE LA MODIFICATORIA DEL REGLAMENTO DE ACCESO

100. En esta parte del Informe, conviene recalcar que en su constante monitoreo de los mercados por parte de las gerencias de línea de OSITRAN, se observó el REA-FETRANS vigente contiene algunas disposiciones que impiden, encarecen o desalientan el acceso a las vías férreas del Sur y Sur Oriente,

donde en la actualidad sólo opera la empresa operadora vinculada a la empresa concesionaria (PeruRail S.A.)

101. En ese sentido, cabe precisar que al momento de aprobar el REA-FTA vigente, no existían otros operadores más que PeruRail, por lo que no se pudo contar con los comentarios y observaciones de otros usuarios intermedios. En este sentido, las condiciones establecidas en el REA pueden haber estado sesgadas a la coyuntura en la cual se aprobó dicho reglamento.
102. Del mismo modo se ha verificado que las circunstancias del mercado han variado, existiendo una serie de condiciones nuevas, como por ejemplo, la existencia de nuevos operadores ferroviarios (ANDEAN, WYOMING e INCARAIL) quienes son potenciales entrantes a las vías férreas.
103. En efecto, la aparición de estos nuevos operadores ferroviarios constituye un cambio significativo de las circunstancias bajo las cuales se aprobó en su oportunidad el REA-FETRANS, hecho que fundamenta la necesidad de modificar las condiciones de acceso a las facilidades esenciales materia de dicho Reglamento.
104. De otro lado, dada el reciente nombramiento como maravilla del mundo al Santuario de Machu Picchu, se prevé un aumento en la afluencia turística, hecho que aumentará la demanda por el transporte ferroviario en el Ferrocarril del Sur Oriente.
105. Finalmente, debe reiterarse que OSITRAN se ha preocupado por revisar de oficio dicho Reglamento, en aras de promover la competencia en el Ferrocarril Sur y Sur Oriente, cuestión que en última instancia redundará en efectos positivos para los consumidores vía menores precios y mayor calidad.

IV.4.1 Requisitos para obtener el acceso – Carta Fianza (artículo 5° del REA-FETRANS)

106. El Artículo 5° de la propuesta modificatoria del REA-FETRANS establece que uno de los requisitos para obtener el acceso a la vía férrea es la presentación de una Carta Fianza por el fiel cumplimiento del contrato de acceso. Se señaló además que el monto de dicha Carta Fianza debería ser proporcional a la actividad que pretenda realizar el potencial entrante, por lo que se determinó que ésta debería ser equivalente a tres (03) meses de facturación del contrato de acceso, tal como se lee a continuación:

“Artículo 5°.- Requisitos para obtener acceso

(...)

El importe de la Carta Fianza será el equivalente a tres (03) meses de lo que percibirá el Concesionario por el cobro del cargo de acceso, según el contrato de acceso que suscriban las partes.

(...)”

107. FETRANS sostiene que el monto de la Carta Fianza no solo debe cubrir la renta que el concesionario dejaría de percibir en caso el usuario intermedio deje de operar, sino además debería garantizar la seguridad e idoneidad del servicio. En general, FETRANS argumenta que la Carta Fianza debería cubrir aquellas obligaciones cuyos incumplimientos podrían traer consigo perjuicios a la operación. Así, la empresa concesionaria señaló en su escrito de apelación lo siguiente:

*“Es por ello que, considerando la amplitud de los supuestos que se encuentran respaldados por la referida carta Fianza, es que resulta necesario establecer en el REA FETRANS que la misma debe ascender al monto equivalente a tres (03) meses de lo que percibirá el Concesionario por el cobro del cargo de acceso, según el contrato de acceso que suscriban las partes (conforme a lo sugerido por OSITRAN) o el equivalente a US\$ 2'000,000 (Dos millones y 00/100 de Dólares Americanos), el monto que fuera mayor. Dicho monto resulta razonable, debiendo resaltar que **el monto mínimo establecido de US\$ 2'000,000 constituye prácticamente la mitad de la garantía que, de acuerdo a los términos en que está actualmente redactado nuestro REA FETRANS, un nuevo operador debe otorgar.**”*

108. Al respecto, debe mencionarse que FETRANS no ha presentado justificación o sustento alguno sobre el monto propuesto de la Carta Fianza. En este sentido, no podría determinarse si el monto de US\$ 2 000 000 señalado por la empresa concesionaria es razonable tal como ésta lo argumenta.
109. En este punto, es importante señalar que la modificación del monto de la Carta Fianza se justificó en la necesidad que ésta sea proporcional a la actividad que los usuarios intermedios soliciten sobre la Facilidad Esencial. Tal como se había señalado en el Informe N°072-07-GS-GAL-OSITRAN, es razonable que frente un menor uso de la Facilidad Esencial, la Carta Fianza sea menor y viceversa.
110. Según estas consideraciones, corresponde desestimar la propuesta de FETRANS respecto a establecer un monto mínimo por el monto de US\$ 2 000 000 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica) para la Carta Fianza.

IV.4.2 Proceso de Subasta - plazos (Artículo 8° y 11° del REA-FETRANS).

111. En la propuesta de modificatoria se redujeron los plazos referidos al procedimiento para la Solicitud de Acceso (Artículos 8.1 y 8.7) y del cronograma de subastas (Artículos 10.3 a), b), c), d) y e)) del REA-FETRANS, dado que no es justificable que éstos sean tan extensos, ya que se trata de una reducido número de posibles postores y por tanto, la dimensión de una posible subasta sería menor en comparación a otras infraestructuras de transporte de uso público.
112. FETRANS señala que en su REA, se han recogido los plazos establecidos en el REMA. Señala además lo siguiente:

“(…) en caso OSITRAN considere que dichos plazos deben ser menores, lo que corresponderá será efectuar la modificación del REMA que establezca o contemple dichos plazos, SOLO LUEGO de lo cual nosotros podremos proceder a la modificación de nuestro REA FETRANS conforme a dicho marco normativo.”

113. Tal como se mencionó en el proyecto de modificatoria, si bien los plazos establecidos en él difieren de los establecidos en el REMA, se tomó en cuenta que este mercado presenta características particulares que lo distinguen marcadamente de otras infraestructuras de transporte de uso público.
114. En efecto, debe tenerse en consideración que los permisos otorgados por el MTC son de eficacia restringida y cuya duración no es mayor a un año. **El permiso de eficacia plena es condicionado a que los operadores ferroviarios suscriban un Contrato de Acceso con la concesionaria.** Ahora bien dada la cantidad de operadores que en la actualidad cuentan con permisos de operación, se espera que el acceso a las vías férreas se dé mediante el mecanismo de la subasta. Si este proceso es extenso o se dilata, los potenciales entrantes se verán perjudicados puesto que sus permisos podrían caducar.
115. Además, FETRANS debe tener en cuenta que el REMA es un reglamento general o marco, el cual es regido por el principio de libre acceso y libre competencia. Dichos principios conminan al Regulador a garantizar el derecho que tienen los usuarios intermedios a utilizar las facilidades esenciales para brindar el servicio de transporte ferroviario. De mantener los actuales plazos del REA-FETRANS, en la práctica se estaría vulnerando dicho principio dado que se estaría dificultando el acceso a las vías férreas mediante plazos poco razonables que lo único que causarían sería el posible vencimiento de los permisos de operación mientras los usuarios intermedios negocian su acceso a las vías férreas.
116. En conclusión, se propone mantener los plazos de la subasta establecidos en la Resolución N°058-2007-CD-OSITRAN, la cual aprobó el proyecto de modificatoria del REA-FETRANS.

IV.4.3 Contenido de la solicitud de acceso – pólizas de seguros (artículo 6° del REA-FETRANS)

IV.4.3.1 La solicitud de Andean y lo resuelto por OSITRAN

117. Teniendo en consideración que, tanto el REMA como el REA constituyen reglamentos autónomos, emitidos por OSITRAN dentro del ejercicio de su función normativa prevista en el Artículo 22° del REGO, lo cierto es que éstos Reglamentos constituyen normas que se encuentran susceptibles de interpretación o modificación por parte de quien las emite, dentro de los límites y de su ámbito de competencia.
118. Cabe mencionar que si bien ANDEAN ha presentado sus argumentos dentro del presente Procedimiento de oficio, lo cierto es que, tal como ha sido sustentado en el Informe N° 050-07-GS-GAL-OSITRAN, en relación a la facultad de modificar de oficio el REA-FETRANS, de acuerdo a lo establecido expresamente por el literal p) del Artículo 7° de la Ley 26917, los Artículos 3°, y 24°, en sus literales f) y h), del REGO y el Artículo 16° del REMA, OSITRAN tiene las atribuciones suficientes para iniciar de oficio un proceso de modificación del REA de FETRANS.

119. En razón de dicha atribución, es que OSITRAN se ha irrogado la facultad de modificar el REA de FETRANS, al observar que contiene disposiciones que restringen el acceso a la infraestructura ferroviaria del Sur Oriente concesionada, en donde actualmente se encuentra operando la empresa operadora PeruRail S.A., además del hecho de existir nuevos operadores que cuentan con Permiso de Operación otorgado por la Autoridad Competente, que pretenden acceder a dicha infraestructura.
120. En ese sentido, ratificamos los argumentos relativos a que OSITRAN cuenta con las facultades suficientes para modificar las disposiciones del actual REA, en relación a la oportunidad de presentación de pólizas de seguros.

IV.4.3.2 Concordancia con los requisitos del Reglamento Nacional de Ferrocarriles

121. En relación al argumento de FETRANS en el sentido que la naturaleza del Permiso de Operación es diferente a lo que constituye el derecho de acceso; y, que por tanto, no puede ser considerado como sustento para modificar un requisito de un derecho cuyo otorgamiento se encuentra a cargo del concesionario.
122. Al respecto, el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN sustentó válidamente lo relativo a considerar que el momento oportuno en el cual el operador ferroviario debe contar con las pólizas de seguro, es al momento de suscribir el Contrato de Acceso, por cuanto dicha oportunidad se encuentra establecida en el Reglamento Nacional de Ferrocarriles-RNF (aprobado mediante Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, publicado el 5 de enero de 2005), el cual exige como requisito para que el permiso de operación adquiera eficacia plena, que el operador ferroviario presente las pólizas de seguro.
123. De esta manera, y contrariamente a lo que manifiesta FETRANS en sus argumentos, no debe entenderse al Permiso de Operación para prestar servicios de transporte ferroviario como un trámite paralelo y autónomo en relación al derecho de acceso otorgado por el concesionario, por cuanto el mismo Artículo 104° del RNF señala lo siguiente:

“Artículo 104.- Alcance del Permiso de Operación

El Permiso de Operación es otorgado por la Autoridad Competente al solicitante a fin que, previo cumplimiento de los requisitos y los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, pueda prestar servicios de transporte ferroviario de mercancías y/o de pasajeros en una determinada ruta de la infraestructura ferroviaria de uso público concesionada y durante el plazo de vigencia correspondiente.

El Permiso de Operación para prestar servicios de transporte ferroviario en infraestructura de uso público concesionada tiene: i) eficacia restringida, en una primera etapa, y ii) eficacia plena, en una segunda etapa.

La eficacia restringida del Permiso de Operación le permite a su titular recurrir i) al Concesionario (Entidad Prestadora) que administra la vía férrea a la cual postula, solicitando un contrato de acceso a la misma y un contrato de alquiler de material rodante y/o facilidades esenciales, de ser el caso, y/o ii) ante el

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, solicitando la emisión de un mandato de acceso.

(...)"

[El subrayado es nuestro]

124. En tal sentido, se verifica que el Permiso de Operación es en un primer momento con "eficacia restringida", y esta eficacia le otorga el derecho al Operador Ferroviario a acudir al concesionario para que éste le brinde el derecho de acceder a la infraestructura ferroviaria concesionada; razón por la cual, y en aras de que el REA de FETRANS sea concordante con los procedimientos del RNF, se procedió a modificar la oportunidad de presentación de las pólizas de seguro, tal como se detalla en el siguiente punto del Informe.
125. En consecuencia, queda demostrado que el Procedimiento para la obtención del Acceso a la Infraestructura ferroviaria concesionada debe guardar perfecta armonía y concordancia con los requisitos establecidos para el Procedimiento de obtención del Permiso de Operación para prestar Servicios de Transporte Ferroviario.

IV.4.3.3 Oportunidad de entrega de la póliza de seguros

126. En el proyecto de modificatoria del Reglamento de Acceso, se estableció que las pólizas de seguro deberán ser presentadas al momento de la suscripción del Contrato de Acceso y no al momento de solicitar el acceso, tal cual está redactado en el REA-FETRANS vigente. Ello, en razón a que se consideró que la exigencia de presentar los seguros al momento de solicitar el acceso podría convertirse en una barrera al acceso, al aumentar los costos financieros de los potenciales entrantes.
127. Sobre el particular, FETRANS señala que no puede considerarse una barrera de acceso el exigir la contratación de dichas pólizas al momento de solicitar el acceso, tal cual se lee a continuación:

"(...) el efecto entre solicitarlas al momento de la solicitud y la suscripción del contrato de acceso es prácticamente el mismo, en el sentido que si pueden contratarlos antes de la suscripción del contrato de acceso, es claro que podrán contratarlos al momento de formular su solicitud. La oportunidad no determina una barrera o no, de ahí que posponer su contratación carece totalmente de sustento"
128. Al respecto, debe recalcar que la contratación de una póliza de seguros implica un costo financiero (por el pago de la "prima") para los potenciales usuarios intermedios. Ahora bien, en el lapso comprendido entre que es presentada la solicitud de acceso y al momento de firmar el contrato de acceso, no tiene sentido la contratación de la póliza de seguros, debido a que no hay actividad o riesgo que cubrir. No sólo eso, durante ese periodo de tiempo, se estaría cargando un costo financiero innecesario para los potenciales entrantes, lo cual no haría otra cosa más que encarecer los costos de transacción para ingresar a operar en la vía férrea.
129. En este orden de ideas, se concluye que no es necesaria la presentación de las pólizas de seguros al momento de solicitar el acceso a las vías férreas,

dado que ello generaría un costo innecesario para los nuevos operadores. Por tanto, debe reafirmarse que la presentación de las pólizas de seguros debe darse al momento de suscribir los contratos de acceso.

IV.4.3.4 Monto de la póliza de seguros:

Póliza de seguros de responsabilidad civil de operadores

130. Tal como se señaló en el Proyecto de Modificatoria del REA-FETRANS, en orden de resguardar la infraestructura concesionada, se consideró necesario que los operadores ferroviarios presenten (en el momento de suscribir el contrato de acceso) una póliza de responsabilidad civil de operadores.

131. Por su parte, el monto propuesto en el Proyecto de modificatoria del REA-FETRANS fue de US\$ 2 000 000, tal como se indica a continuación:

“Contra todo riesgo (patrimonial) de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros por un monto mínimo de US\$ 2'000 000 por evento o siniestro, en caso que el daño sea mayor a lo indicado en la póliza, la responsabilidad será asumida por el operador causante del siniestro.”

132. FETRANS ha argumentado que el monto de dicha póliza debería ser de US\$ 5 000 000, conforme se lee de la siguiente cita textual del escrito de apelación de la empresa concesionaria:

(...)

(ii) Contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros. Dicha cobertura deberá incluir pero no limitarse a los supuestos de destrucción a causa de desastres naturales, terrorismo o sabotaje y por un monto mínimo de cinco millones de dólares americanos (US\$ 5'000,000) por cada ferrocarril, evento o siniestro.

(...)”

133. El monto de US\$ 5 000 000 propuesto por FETRANS incluye un monto de lucro cesante, por el monto de US\$ 3 600 000, así como la valorizaciones de los posibles daños a los rieles, durmientes, accesorios, locomotoras y puentes. En el siguiente cuadro, se muestra el detalle de los cálculos efectuados por OSITRAN versus los efectuados por FETRANS:

Cuadro N°1
Montos de la póliza de seguros contra todo riesgo
(en US\$)

Tipo de infraestructura	OSITRAN	FETRANS
Rieles, durmientes y accesorios	70 000	100 000
Estación, patios y casas	40 000	
Locomotora	1 200 000	
Vagones (10)	100 000	1 500 000
Material transportado	20 000	
Otros	20 000	
Puente	550 000	1 500 000
Lucro cesante	0	3 600 000
Monto total de la póliza	2 000 000	5 000 000*

* Si bien el monto de la póliza suma US\$ 6,7', FETRANS propone una póliza de US\$ 5'

Fuente: Informe N°021-2007-GS-OSITRAN/TML y FETRANS

Elaboración: GS-OSITRAN

134. Una de las principales variables que explican la diferencia entre el monto propuesto por OSITRAN y el propuesto por FETRANS es el correspondiente al lucro cesante. Al respecto, cabe mencionar que FETRANS no ha sustentado el por qué de la inclusión de dicho monto dentro de la póliza contra todo riesgo, ni el por qué de la magnitud del mismo.
135. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que no sería apropiado calcular el monto de lucro cesante en función de los ingresos que dejaría de percibir PeruRail en caso haya un accidente, tal como lo propone la empresa concesionaria. En adición a ello, debe tenerse presente que los ingresos que recibe actualmente PeruRail no son un buen punto de referencia, dado que es el único operador de la vía férrea. En ese sentido, debe recalcarse que el actual operador obtiene ingresos monopólicos por su actividad en las vías férreas o en todo caso, ingresos que no obtendría en caso hubiera competencia.
136. Según estas consideraciones, no puede tomarse como referencia el monto propuesto por la empresa concesionaria respecto al lucro cesante (US\$ 3 600 000). Por tanto, debe mantenerse los montos propuestos en el Proyecto de Modificatoria del REA-FETRANS.
137. En síntesis, la póliza de responsabilidad civil será fijada en US\$ 2 000 000.

IV.4.4 Duración del contrato de acceso (artículo 14° del REA-FETRANS)

138. En el proyecto de modificatoria del REA-FETRANS, se consideró que el Artículo 14° del REA-FETRANS debería quedar redactado de tal forma que exponga expresa y claramente que la duración del Contrato de Acceso debe resultar del proceso de negociación entre las partes. Por tanto, se procedió a modificar el citado Artículo en los siguientes términos:

“Artículo 14°.- Duración del Contrato de Acceso

Los contratos de acceso podrán ser a tiempo determinado o indeterminado, según sea solicitado por el operador y la concesionaria estime conveniente.

En este sentido, la duración del Contrato de Acceso deberá ser resultado de la negociación entre las partes, conforme lo establecido por el REMA.

Igualmente, la duración del contrato de Acceso deberá ser resultado de la negociación entre las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 43° y siguientes del REMA.”

139. Sobre el particular, FETRANS ha señalado que la inclusión del último párrafo del artículo 14° llevarán al error en la práctica, tal como se lee en la siguiente cita de su escrito de apelación:

“(…) Sin embargo, la modificación efectuada, no sólo elimina dicho artículo, sino incluye que la duración del contrato de acceso será resultado de negociación entre las partes, y hace referencia posterior a los mandatos de acceso.

Consideramos que entrar en dicho detalle solo hace más difícil el texto y lleva a error y confusión (…)”

140. Sobre este punto, somos de la opinión que la propuesta de modificación del párrafo en mención simplemente precisa o aclara que a solicitud de un Usuario Intermedio, el Consejo Directivo está facultado a emitir Mandatos de Acceso, tal cual se establece en el mencionado artículo 43° del REMA. Por tanto, no se considera necesario una modificación adicional al artículo 14°. Asimismo, y de ser el caso, debe acotarse que la duración del Contrato de Acceso negociada entre las partes no será impedimento para que se realice el proceso de subasta.

IV.4.5 Revocatoria del acceso (artículo 19° del REA-FETRANS)

141. La redacción de la propuesta de Artículo 19° del proyecto de modificación del REA de FETRANS, aprobado mediante Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN de fecha 03 de diciembre del 2007, es la siguiente:

“Artículo 19°.- Revocatoria del acceso

Corresponde que en el Contrato de Acceso se establezcan causales de revocatoria ante hechos no subsanables y/o respecto de los cuales se han cometido reiterados e injustificados incumplimientos.

Dichas causales de revocatoria no podrán de manera alguna contener condiciones discriminatorias entre los Usuarios Intermedios, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° literales b) y c) y el artículo 33° del REMA.”

142. Sobre el particular, y contrariamente a lo que manifiesta FETRANS en su escrito de Apelación, el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN que sustentó la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN, no consideró la eliminación del Artículo 19° del REA vigente de FETRANS, sino que tan sólo la modificación del citado artículo con la finalidad de no establecer en un reglamento una relación taxativa de las causales de terminación de la relación de acceso, la cual debe estar contenida en el propio contrato de acceso que cada Usuario Intermedio suscriba con el Concesionario.
143. Asimismo, FETRANS señala en su escrito de Apelación que los supuestos de revocatoria del acceso que se encuentran previstos en la actualidad en su REA, tienen una naturaleza diferente a la de las causales de resolución, señalando que los supuestos de revocatoria del acceso están referidos a incumplimientos o violación de condiciones esenciales del acceso.

144. Al respecto, debemos señalar que evidentemente, las causales de revocatoria de acceso tienen una naturaleza particular por cuanto no son simples causales de resolución de un contrato privado, sino que están referidas a incumplimientos de las condiciones de acceso, dentro del marco de un contrato de acceso.
145. No obstante ello, somos de la opinión que lo argumentado por FETRANS no difiere de lo manifestado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN, toda vez que en este informe hemos señalado que las causales de revocatoria del acceso deberán establecerse en el propio contrato, justificando dicha acción en que el efecto de invocar una de las referidas causales de revocatoria es obtener la resolución de la relación contractual.
146. Cabe señalar que si bien las causales de revocatoria del acceso reguladas en la actualidad en el REA de FETRANS, están referidas a incumplimientos de las condiciones esenciales del acceso, lo cierto es que éstas implican de manera automática la resolución del contrato de acceso correspondiente, es decir, el efecto es finalmente el mismo que el hecho de establecer el contenido de las causales de resolución del contrato de acceso, que es finalmente dejar sin efecto la relación contractual existente entre el Usuario Intermedio y el concesionario.
147. Debe mencionarse que el Artículo 36° del REMA, establece que los contratos de Acceso tienen naturaleza privada, y por tanto son aplicables a ellos las normas civiles y comerciales pertinentes.
148. Bajo este contexto, el Artículo 1371° del Código Civil señala que *“la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviviente a su celebración.”*
149. Entonces, tanto las causales de revocatoria del acceso como las de resolución de contrato de acceso, son supuestos que se configuran posteriormente a la celebración del contrato de acceso.
150. En este orden de ideas, resulta pertinente señalar que la naturaleza jurídica de la resolución es la de una medida de carácter preventivo para evitar futuros incumplimientos contractuales; y, por lo tanto, no existe una diferencia tal con las causales de revocatoria del acceso, que finalmente lo que éstas pretenden lograr es la finalización de la relación contractual por incumplimiento de las condiciones de acceso o de algún otro supuesto durante la ejecución del contrato.
151. Además de ello, debemos señalar lo siguiente:
- (i) El Artículo 13° del REMA establece que el Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora tiene como finalidad otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el acceso:

“Artículo 13°.- Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.

Cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con el fin de otorgar a los

potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso. Este Reglamento debe incorporar el contenido mínimo que se precisa en el siguiente Artículo.
(...)“

[El subrayado es nuestro]

- (ii) El Artículo 39° del REMA, establece el contenido mínimo del Contrato de Acceso, en cuyos literales se verifica que deberán estar contenidos en éste, entre otras consideraciones, las condiciones de acceso, así como Las causales de resolución, rescisión o culminación del mismo:

“Artículo 39°.- Contenido mínimo del Contrato de Acceso.

El Contrato de Acceso contendrá, cuando menos, los siguientes elementos:

- a) *La descripción del Servicio Esencial que prestará el usuario intermedio.*
- b) *Las Facilidades Esenciales que son objeto de otorgamiento del derecho de Acceso por parte de la Entidad Prestadora.*
- c) *Las Condiciones de Acceso, que incluyan por lo menos:*
 - 1) *Exigencia de requisitos para el Acceso a la Facilidad Esencial a que se hace referencia en el Artículo 18°.*
 - 2) *Condiciones para la Información de la modificación de la infraestructura por parte de la Entidad Prestadora, de conformidad al Artículo 22°.*
 - 3) *Condiciones para la modificación de la infraestructura por parte del Usuario Intermedio de conformidad con lo que establece el Artículo 24°.*
- d) *El Cargo de Acceso, de ser el caso.*
- e) *Cláusula que garantice la adecuación de los Cargos de Acceso o condiciones económicas que fueren aplicables, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 33°.*
- f) *Cláusula de no exclusividad.*
- g) *La duración del contrato.*
- h) *Las causales de resolución, rescisión o culminación del mismo.*
- i) *La jurisdicción aplicable.*

[El subrayado es nuestro]

152. Nótese entonces que, dado que el Reglamento de Acceso, es un instrumento normativo que tiene por finalidad brindar aquella información relevante y necesaria para establecer las reglas para el acceso a las facilidades esenciales, que deberá ser conocida por los potenciales usuarios intermedios, tales como los Servicios Esenciales, descripción de Facilidades Esenciales, y otros; corresponde incluir en el Contrato de Acceso toda aquellas disposiciones contractuales que se derivan de una relación jurídica entre el concesionario y un Usuario Intermedio, entre las cuales están las disposiciones derivadas de las condiciones de acceso, en caso ocurra un futuro incumplimiento de alguna de ellas.
153. En virtud de lo expuesto, ratificamos la posición adoptada en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN, en el sentido de proceder a modificar el Artículo 19° del REA de FETRANS, eliminándose las causales de revocatoria del acceso, por considerar que ellas deben estar establecidas en el mismo

contrato de acceso, para lo cual ratificamos la propuesta de redacción del Artículo 19° de la siguiente manera:

“Artículo 19°.- Revocatoria del acceso

Corresponde que en el Contrato de Acceso se establezcan causales de revocatoria ante hechos no subsanables y/o respecto de los cuales se han cometido reiterados e injustificados incumplimientos.

Dichas causales de revocatoria no podrán de manera alguna contener condiciones discriminatorias entre los Usuarios Intermedios, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° literales b) y c) y el artículo 33° del REMA.”

IV.4.6 Reglamento de Infracciones y Sanciones (Anexo 1° del REA-FETRANS)

154. FETRANS señala en su escrito de Apelación, que la incorporación de un Régimen de Infracciones y Sanciones constituye parte de la información relevante que deberá ser puesta en conocimiento de todos los operadores que deseen ingresar a la línea férrea.
155. Agrega FETRANS que este Régimen de Infracciones y Sanciones no debe de constar en cada contrato de acceso por cuanto es crear desincentivos para el trato equitativo entre operadores, además de generar un marco que incentiva el rompimiento de negociación directa entre concesionario y operador para pasar a uno de solicitudes de mandatos de acceso.
156. Conforme a lo señalado por FETRANS, es importante mencionar que, tal como ha sido manifestado en los numerales anteriores del presente informe, respecto de la “Revocatoria del Acceso”, el contenido de los Reglamentos de Acceso de las Entidades Prestadoras, como el caso del REA – FETRANS, está referido básicamente al establecimiento de **REQUISITOS** y **PROCEDIMIENTOS** que deberán cumplir los **operadores** para poder obtener el **acceso** a la **facilidad esencial**:
- Al respecto, el Artículo 14 del REMA, establece que el contenido mínimo del REA es el siguiente:

“Artículo 14°.- Contenido mínimo del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora

El Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora deberá tener como contenido mínimo lo siguiente:

- i) La lista de Servicios Esenciales incluidos en el Anexo 2 del presente Reglamento que requieren la utilización de las Facilidades Esenciales administradas por las Entidades prestadoras. Dicha lista deberá precisar los Servicios Esenciales que enfrentan restricciones de disponibilidad de uso de las Facilidades Esenciales.*
- j) La descripción de las Facilidades Esenciales que utilizan en la prestación de los referidos Servicios Esenciales.*
- k) Los requisitos y condiciones requeridos para el acceso a las Facilidades Esenciales necesarios para prestar cada Servicio Esencial, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18° del presente Reglamento.*
- l) Requisitos y condiciones para el acceso a las Facilidades Esenciales que no enfrentan restricciones de disponibilidad de uso para la prestación de*

servicios Esenciales, y respecto de las cuales la Entidad Prestadora no requiere suscribir un contrato de acceso con el fin de formalizar la relación de acceso, de conformidad con el Artículo 52.3.

- m) Los cargos de acceso aplicables a la utilización de las Facilidades Esenciales pro parte de los usuarios Intermedios, en los casos a que se refiere el literal anterior.*
- n) Los requisitos a que se refiere el Literal d) del Artículo 6º¹⁹, de conformidad con lo establecidos en la legislación aplicable y en los respectivos contratos de concesión. Estos requisitos no deben constituir barreras de Acceso injustificadas.*
- o) Los componentes relevantes para la determinación de Cargos de Acceso.*
- p) Los recursos impugnatorios aplicables durante el procedimiento de Acceso.”*

[El subrayado es nuestro]

- 157. Además de ello, y tal como ha sido sustentado en el acápite anterior, el Artículo 36º del REMA, establece que los contratos de Acceso tienen naturaleza privada, y por tanto son aplicables a ellos las normas civiles y comerciales pertinentes.
- 158. Bajo este contexto, y tal como afirma FETRANS, que independientemente del título que se le asigne, tanto la necesidad de establecer las conductas que deben de ser cumplidas por el Usuario Intermedio contratante como las penalidades que corresponden en cada caso, ratificamos nuestra posición en el sentido que éstos se deberán determinar en el acto jurídico de donde surge la relación contractual; y, que el hecho de confirmar en el acápite anterior del presente Informe, que la inclusión de las causales de revocatoria del acceso deben de estar contenidas en el propio contrato de acceso, es lógico afirmar también que uno de los efectos de invocar las causales para lograr la resolución del contrato es que ésta venga acompañada de una penalidad por su incumplimiento.
- 159. Entonces, al ratificar la posición de eliminar del actual REA de FETRANS, las causales de revocatoria del acceso, por considerar que ellas deben estar establecidas en el mismo contrato de acceso, debemos manifestar también que un régimen de Infracciones y Sanciones o de Penalidades, sea cual fuere su nominación, deberá también estar contenido en el propio contrato de acceso.

V. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

¹⁹ **REMA, Artículo 6º**

“(...)

d) La normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales, que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que deseen brindar servicios relativos a la explotación de la infraestructura de transporte; establecidos por el órgano sectorial competente.

(...)”

160. Teniendo en consideración que el procedimiento de modificación de oficio (acumulado), se encuentra en su fase de conclusión, somos de la opinión que **NO RESULTA PERTINENTE PROCEDER A LA ACUMULACIÓN SOLICITADA** pues el nuevo procedimiento de parte iniciado por FETRANS aún se encuentra en su fase de recabar los comentarios y observaciones de los interesados (es decir, de PERURAIL S.A., ANDEAN RAILWAYS S.A., WYOMING RAILWAYS S.A. e INCARAIL S.A.C.), de esta manera, el acceder a la acumulación solicitada implicaría un nuevo retraso en la tramitación del procedimiento del REA, situación que consideramos perjudicaría a los interesados pues las modificaciones planteadas en el procedimiento de oficio (acumulado) tienen por objeto adecuar el REA a las nuevas condiciones del mercado.

161. Teniendo en consideración que:

- (i) Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, no todo procedimiento tiene por objeto la emisión de un acto administrativo.
- (ii) Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, el hecho que el artículo 7° de la Resolución N° 043-2007-CD-OSITRAN ordene a FETRANS la difusión del proyecto de modificación del REA, no genera que TODO el contenido de dicha Resolución constituya un Acto Administrativo.
- (iii) Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, OSITRAN cumplió con fundamentar adecuadamente la Resolución del Consejo Directivo N° 058-2007-CD-OSITRAN. De esta manera, el citado cambio de opinión de OSITRAN se encuentra debida y ampliamente fundamentado, habiéndose demostrado que la Resolución que aprueba un proyecto de REA, así como la Resolución que aprueba la versión definitiva del mismo, no tienen naturaleza de acto administrativo sino de una disposición normativa, dado que tiene por objeto la aprobación de un Reglamento que establece requisitos y procedimientos con la finalidad de facilitar el acceso de los operadores a la vía férrea, a fin de hacer posible la competencia intramodal, en beneficio de los consumidores del servicio de transporte férreo.
- (iv) Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, LA RESOLUCIÓN QUE DISPONE LA APROBACIÓN DE UN REA NO CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO PUES NO SE GENERAN EFECTOS INDIVIDUALIZADOS O INDIVIDUALIZABLES EN LOS ADMINISTRADOS CON LA SOLA APROBACIÓN DE DICHO REA. En ese sentido, si en la misma Resolución que aprueba el REA adicionalmente se establece algún tipo de carga para el concesionario, ello no convertirá al acto de aprobación del REA en acto administrativo.
- (v) Al no ser la aprobación del REA un acto administrativo (Resolución N° 026-2006-CD-OSITRAN) es posible la modificación del REA (Resolución N° 043-2007-CD/OSITRAN). Además, el argumento empleado por FETRANS en este extremo es contradictorio pues si el acto de aprobación del REA constituyera un acto administrativo no sería posible la modificación del REA, ni siquiera a solicitud del propio FETRANS.
- (vi) Contrariamente a lo afirmado por FETRANS, la posibilidad imposición de una sanción se derivará, en primer lugar, del marco legal (principios de legalidad y tipicidad, entre otros), así como del respeto al debido procedimiento y no de la existencia o no de un acto administrativo.
- (vii) El hecho que, a criterio de FETRANS, la Resolución N° 058-2007-CD-OSITRAN no tenga carácter general, no implica que dicha Resolución se

constituya en un acto administrativo. En ese sentido, debemos recordar a FETRANS que para que la citada Resolución instaure un acto administrativo, la misma deberá cumplir con los elementos constitutivos de éste, los cuales han sido ya analizados en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN.

- (viii) En el ítem 47 del Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN (párrafo NO citado por FETRANS), señalamos que al ser el REMA un Reglamento, es decir, una norma, es susceptible de que sea objeto de los criterios de interpretación e integración jurídica.

De esta manera, se pudo concluir que, de acuerdo a lo establecido expresamente por el literal p) del Artículo 7° de la Ley 26917, los Artículos 3°, y 24°, en sus literales f) y h), del REGO y el Artículo 16° del REMA, OSITRAN tiene las atribuciones suficientes para iniciar de oficio un proceso de modificación del REA-FETRANS, acto de interpretación normativo que NO PUEDE SER CATALOGADO COMO ARBITRARIO EN VISTA QUE LO QUE SE HA ANALIZADO ES LA FINALIDAD PERSEGUIDA POR LOS CITADAS NORMAS.

- (ix) En la tramitación del procedimiento de modificación de oficio del REA, OSITRAN ha seguido el procedimiento establecido por el REMA para la modificación a solicitud del concesionario del REA. En ese sentido, OSITRAN le ha dado a FETRANS la oportunidad de manifestar su posición con relación a la propuesta de modificación de oficio.

Somos de la opinión que debe declararse INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por FETRANS, conforme al proyecto de Resolución de Consejo Directivo que se adjunta como anexo del presente informe.

162. Con relación al monto de la Carta Fianza a ser presentada por parte de los operadores ferroviarios, corresponde desestimar la propuesta de FETRANS respecto a establecer un monto mínimo por el monto de US\$ 2 000 000 (dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica). Al respecto, debe mencionarse que FETRANS no ha presentado justificación o sustento alguno sobre el monto propuesto de la Carta Fianza. En este sentido, no podría determinarse si el monto de US\$ 2 000 000 señalado por la empresa concesionaria es razonable tal como ésta lo argumenta.
163. Respecto a los plazos de la subasta, se propone mantener los establecidos en el proyecto de modificatoria del REA-FETRANS, toda vez que dicha disminución responde a la reducida cantidad de postores de una posible subasta, así como a la duración de los permisos de operación con eficacia restringida emitidos por el MTC.

Respecto a las pólizas de seguros, se propone mantener la condición que ésta deberá ser presentada al momento de la suscripción del Contrato de Acceso, y no al momento de solicitar el acceso como propone FETRANS.

164. Respecto a la duración del Contrato de Acceso (artículo 14°) somos de la opinión que la propuesta de modificación del párrafo en mención simplemente precisa o aclara que a solicitud de un Usuario Intermedio, el Consejo Directivo está facultado a emitir Mandatos de Acceso, tal cual se establece en el mencionado artículo 43° del REMA. Por tanto, no se considera necesario una modificación adicional al artículo 14°.

165. Con relación a la Revocatoria del Acceso (Artículo 19°), se propone proceder a su modificación, eliminando las causales de revocatoria del acceso, posición que fuera sustentada en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN, por considerar que ellas deben estar establecidas en el mismo contrato de acceso.
166. En lo relativo al establecimiento de un régimen de Infracciones y Sanciones o de Penalidades, debemos manifestar que sea cual fuere su nominación, deberá también estar contenido en el propio contrato de acceso.

VI. RECOMENDACIONES

167. Aprobar las modificaciones al REA - FETRANS y, en consecuencia, señalar que FETRANS deberá difundir el Reglamento de Acceso modificado en su página web, en un plazo que no excederá de cinco (05) días contados a partir de la notificación de la aprobación del OSITRAN, conforme a lo establecido por el Artículo 49° del REMA.
168. Exhortar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que proceda, a través de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, a la determinación de los montos de las pólizas de seguros que deberán obtener y mantener los Operadores Ferroviarios que transportan pasajeros y/o mercancías, conforme a lo establecido por la Cuarta Disposición Transitoria del Reglamento Nacional de Ferrocarriles aprobado por el Decreto Supremo N° 032-2005-MTC.
169. Adicionalmente, deberá disponerse la publicación del presente Informe y de la correspondiente Resolución, en la página web del OSITRAN.
170. Notificar el presente Informe al MTC, FETRANS, PERURAIL, ANDEAN, INCARAIL y WYOMING.

VII. ANEXO

171. Se anexa el Proyecto de Resolución para el Consejo Directivo.

Atentamente,

HÉCTOR KUANG SALAS
Gerente de Supervisión (e)

HUMBERTO RAMÍREZ TRUCIOS
Gerente de Asesoría Legal

XVP, ARM, JCV
REG-SAL-
H.R.: 677

JOSÉ CARLOS VELARDE SACIO
Supervisor Administrativo Comercial