

## RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 027-2008-CD-OSITRAN

Lima, 24 de junio de 2008

PROCEDENCIA : GERENCIA DE SUPERVISIÓN

ENTIDAD PRESTADORA : Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, FTA o la Concesionaria)

MATERIA : Modificatoria de Parte del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. (REA – FTA)

### VISTOS:

Los escritos de fecha 19 de octubre de 2007 y 09 de enero de 2008, a través de los cuales se presentó y subsanó, respectivamente, la solicitud de modificación de parte del REA–FTA efectuada por Ferrocarril Transandino S.A.; y, el Informe Nº 031-GS-GAL-OSITRAN de fecha 28 de mayo de 2008, elaborado por la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

### CONSIDERANDO:

#### I.- ANTECEDENTES

1. El 27 de junio de 2007, OSITRAN inició el procedimiento de modificación de oficio del REA–FTA.
2. Mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2007, FTA presentó una solicitud de modificación de parte del REA–FTA, 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”*.
3. En dicho escrito presentó 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.

4. El 23 de agosto de 2007, mediante Resolución de Presidencia N° 025-2007-PD-OSITRAN, se dispuso la acumulación del procedimiento de modificación de REA iniciado de parte acumulado con el procedimiento de modificación de REA iniciado de oficio.
5. Posteriormente a ello, el 19 de octubre de 2007, FTA presentó una nueva modificación de parte del REA-FTA, la misma que ha sido tramitada de manera paralela al procedimiento de oficio (acumulado), con el objeto de evitar mayores dilaciones en la tramitación del procedimiento de modificación.
6. Mediante Oficio N° 2595-07-GS-OSITRAN de fecha 10 de diciembre de 2007, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN realizó observaciones a la solicitud de modificación del REA – FTA, debido a que el proyecto de modificatoria de acceso presentado:
  - a) No especificaba detalladamente qué artículos se proponía cambiar o sustituir respecto del Reglamento de Acceso vigente.
  - b) Proponía una póliza de seguro contra todo riesgo por un monto de US\$ 5'000,000, mientras que mediante Carta N°181-GL-2007/FETRANS (de fecha 13 de noviembre del 2007) la Concesionaria señalaba que dicha póliza debía ascender a US\$ 10'000,000.

En tal sentido, se le requirió al Concesionario subsanar dichas observaciones, para lo cual se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles de acuerdo a lo que establecido por el artículo 50° del REMA<sup>1</sup>

7. Mediante escrito de fecha 09 de enero de 2008<sup>2</sup> la Concesionaria subsanó las observaciones efectuadas y, asimismo, solicitó la acumulación de los expedientes de modificación de REA – FTA tramitados de oficio (acumulado) y de parte.

---

<sup>1</sup> <<Artículo 50°.- Observaciones al proyecto.

En el caso que OSITRAN observe el proyecto de Reglamento de Acceso, la Entidad Prestadora deberá subsanar las observaciones señaladas en un plazo de diez (10) días contados a partir de su notificación (...)>>

<sup>2</sup> La Concesionaria cumplió con el requerimiento efectuado por la Gerencia de Supervisión el día 9 de enero de 2008, en vista que, para efectos del cómputo de plazos regulados para los procedimientos administrativos, el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 195-2007-EF consideró como días inhábiles el periodo comprendido del 17 al 31 de diciembre de 2007 (en virtud de la facultad otorgada a los titulares de los organismos y entidades del Poder Ejecutivo de disponer del periodo de goce vacacional de las personas que prestan servicio en dichas instituciones durante el mencionado periodo).

En consecuencia, no obstante que en el presente caso no nos encontramos ante un procedimiento administrativo en los términos contemplados por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (dado que no estamos frente a un procedimiento que tenga por objeto la emisión de un acto administrativo, sino que aquel tiene por objeto la modificación de un reglamento administrativo), resultaba pertinente aplicar al presente caso el cómputo de los días como inhábiles, en vista que conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 195-2007-

8. Mediante escrito de fecha 15 de enero de 2008, FTA volvió a solicitar la acumulación de los procedimientos de modificación de REA-FTA
9. Con fecha 22 de enero de 2008, el Consejo Directivo emitió la Resolución N° 004-2008-CD-OSITRAN, la cual se dispuso, entre otras cosas, lo siguiente:

*<<Artículo 1°.- PRECISAR que el actual estado de tramitación de la solicitud de modificación del REGLAMENTO DE ACCESO DE FERROCARRIL TRASANDINO S.A., iniciado a pedido de parte, corresponde la aplicación del Artículo 47° del REGLAMENTO MARCO DE ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO.*

*Artículo 2°.- NOTIFICAR el Proyecto de Reglamento de Acceso subsanado con modificaciones, presentado por la empresa concesionaria...>>*

10. Mediante escrito recibido el 14 de febrero de 2008, Andean Railways Corp. S.A.C. (Andean), presentó sus comentarios a la solicitud de modificación de parte del REA-FTA. En la misma fecha, Inca Rail S.A.C. (Inca Rail) presentó sus observaciones a la propuesta de modificación de parte del REA-FTA.
11. Con fecha 27 de febrero de 2008, en el procedimiento de modificación de oficio – acumulado, se emitió la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN, que resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

*<<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. ...>>*

---

EF diverso personal de OSITRAN, vinculado al presente procedimiento de modificación de REA, gozó de sus vacaciones en el período antes señalado.

12. Mediante escrito recibido el 6 de marzo de 2008, FTA remitió a OSITRAN 4 informes legales, elaborados por igual número de estudios legales<sup>3</sup>, relativos a la determinación del factor de competencia aplicable para el proceso de subasta. Dichos informes coinciden en señalar que el factor de competencia para la subasta contemplado en el vigente REA-FTA infringe lo expresamente establecido por el contrato de concesión pues contempla un factor de competencia adicional al señalado por el mencionado contrato.
13. Dichos informes legales fueron puestos en conocimiento del Consejo Directivo de OSITRAN en su sesión de fecha 12 de marzo de 2008<sup>4</sup>.

De esta manera, teniendo en consideración que, en su solicitud de modificación del REA – FTA, la empresa concesionaria incluyó, entre otros, el tema de la subasta y que al interior de la misma el factor de competencia resulta ser el elemento principal, el 12 de marzo de 2008, mediante Oficio Circular N° 030-08-SCD-OSITRAN, se procedió a correr traslado de dichos informes a las empresas operadoras (Wyoming Railway S.A., Andean Railways Corp. S.A.C., Inca Rail S.A.C. y Peru Rail S.A.), para que presenten las observaciones y comentarios que estimen pertinentes, de acuerdo a lo establecido en el REMA.

14. Mediante escrito de fecha 4 de abril de 2008, PeruRail S.A. señaló que el contrato de concesión establece en el numeral (iii) de la cláusula 7.6 que la selección del ganador del concurso (subasta) se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, teniendo como base a la tarifa establecida en el numeral 7.1 del contrato.
15. No obstante el tiempo transcurrido, a la fecha ningún otro operador ha manifestado su posición respecto de los informes legales notificados mediante Oficio Circular N° 030-08-SCD-OSITRAN.

---

<sup>3</sup> Mediante Carta N° 58-GL-2008/FTA de fecha 6 de marzo de 2008, FTA remitió los siguientes Informes Legales:

- Carta N° 057-2008-BFE/ccv, de fecha 28 de enero de 2008, del Estudio Bullard, Falla y Ezcurra.
- Carta de fecha 11 de febrero de 2008, del Estudio Jorge Avendaño V.
- Carta de fecha 31 de enero de 2008 del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano.
- Informe de fecha 24 de enero de 2008 del Estudio Echeccopar

<sup>4</sup> Sesión del Consejo Directivo N° 267-2008-CD de fecha 12 de marzo de 2008:

*<<El Secretario del Consejo Directivo entregó a los señores directores, copia de la Carta N° 58-GL-2008/FETRANS, a través de la cual FETRANS remite las opiniones de cuatro estudios jurídicos de la capital, sobre la determinación del factor de competencia aplicable al proceso de subasta.*

*Al respecto, el Dr. Humberto Ramirez expresó la conveniencia de correr traslado de la carta e informes que contienen dichas opiniones a los potenciales Operadores Ferroviarios, a efectos de otorgarles un plazo para que expresen lo que consideren pertinente, lo cual fue compartido por los miembros del Consejo Directivo.>>*

## II.- ANÁLISIS

A continuación, procederemos a abordar cada uno de los temas materia del presente procedimiento de modificación de REA – FTA.

### A. Solicitud de acumulación de expedientes

16. Sobre el particular debemos recordar que la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN de fecha 27 de febrero de 2008, que resolvió el procedimiento de modificación de oficio (acumulado), declaró en su Artículo 1° la no pertinencia del pedido de acumulación solicitado por el Concesionario, razón por la cual carece de sentido pronunciarnos sobre dicho extremo en el presente procedimiento.

### B. Definiciones (artículo 2° del REA-FTA)

17. En su solicitud de modificatoria, el Concesionario ha solicitado la inclusión y/o modificación de algunos de los términos incluidos en la sección denominada “definiciones” de su reglamento vigente. A continuación, se presenta lo propuesto por FTA:

*<<Año: significará cada período de doce (12) meses comenzando desde la Fecha de Inicio de Operaciones.*

*Autovagón: material rodante con propulsión propia.*

*Coche: material rodante sin propulsión propia.*

*Contrato de Acceso: es el contrato suscrito entre el Concesionario y el operador, por el cual se otorga el acceso a la infraestructura esencial solicitada de acuerdo al procedimiento establecido en el presente reglamento, incluyendo todos sus anexos, tablas y apéndices así como los Términos de Acceso, según pudieran ser modificados de tiempo en tiempo, lo cual será establecido por las partes en el Contrato de Acceso. (...)*

*Convoy: Conjunto de material rodante con el cual se prestará el servicio esencial de transporte ferroviario en una Frecuencia determinada, el cual para efectos de la solicitud de acceso estará conformado de al menos una locomotora y un Coche, o dos Autovagones.*

*Fecha de Inicio de Operaciones: Es la fecha de inicio de la prestación del Servicio de Transporte Ferroviario en virtud del Contrato suscrito con el Operador Ferroviario Adjudicatario.*

Frecuencia: coincidencia de un segmento y trayectoria que se encuentra definida en el itinerario, en un Horario determinado entre la salida del punto de origen, y la llegada al punto de destino.

Horario: Es el lapso de tiempo correspondiente a un día durante el cual se prestará el Servicio de Transporte Ferroviario en un Segmento y Frecuencia determinada.

Horario Ancla: Conjunto de Frecuencias establecidas para la prestación del Servicio Local en el ferrocarril del Sur Oriente. Dicho horario es de carácter inamovible, y su adjudicación al operador ferroviario interesado obliga a la prestación del servicio de manera ininterrumpida durante todo el día, todos los días del año adjudicado, de acuerdo a lo previsto en el Itinerario, que forma parte del Horario de Trenes. Este servicio considerará el pago de la tarifa mínima por cargo de acceso, salvo que sea objeto de subasta.

Horario de Trenes: Documento que emite el Concesionario, con las disposiciones para el movimiento de los trenes en la vía férrea principal y ramales conforme a los términos del Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

El Horario de trenes ha sido elaborado bajo criterios técnicos, tales como la capacidad de la vía férrea, la optimización de su uso, el intervalo que debe existir entre trenes, las distancias mínimas que deben respetarse, las restricciones de velocidad en la Línea Férrea; y demás criterios establecidos en el Reglamento Operativo Interno del Concesionario, y en los demás reglamentos operativos y de seguridad, tales como:

- (i) Los Procedimientos de Seguridad;
- (ii) La Circular de Instrucciones Especiales (CIE);
- (iii) El Reglamento de Tráfico; y,
- (iv) Demás Obligaciones de Seguridad.

Itinerario: Documento que contiene tiempos, rumbos e instrucciones especiales de estricto cumplimiento en el movimiento de los trenes por la vía principal y ramales que circulan bajo demanda, el cual forma parte del Horario de Trenes.

Locomotora: vehículo ferroviario con propulsión propia utilizado para remolcar el material rodante.

Segmento: es la parte o sección de la Línea Férrea comprendida entre dos estaciones dentro de la cual se prestará el Servicio de Transporte Ferroviario

Servicio Local: servicio subsidiado por el operador ferroviario destinado a beneficiar a los pobladores de las comunidades de las zonas aledañas a la línea férrea que viven

*entre Cusco y Machu Picchu (Hidroeléctrica), que no cuentan con otro medio de transporte hacia cualquiera de los puntos de destino. Este beneficio también debe ser ampliado a los peruanos, en épocas promocionales, para promover el turismo interno.*

*Trayectoria: Significa el sentido en el que se prestará el Servicio de Transporte Ferroviario en un Segmento determinado, para lo cual se tomará en consideración el punto de origen y el punto de destino en la Línea Férrea. Esta podrá ser Rumbo Norte y Rumbo Sur.>>*

18. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las definiciones de:

- Autovagón,
- Coche,
- Horario de trenes,
- Itinerario,
- Locomotora;

Han sido definidas por el Reglamento Nacional de Ferrocarriles (RNF), aprobado mediante la Resolución N° 032-2005-MTC. Esta norma define dichos términos de la siguiente manera:

***Autovagón o Coche Motor:*** Vehículo ferroviario con propulsión propia, con capacidad mayor de catorce personas, y características técnicas necesarias para el transporte público de pasajeros.

***Coche:*** Vehículo ferroviario remolcado, destinado al transporte de pasajeros.

***Horario de trenes:*** Documento que emite la Organización Ferroviaria, con las disposiciones para el movimiento de los trenes ordinario en la vía férrea principal y ramales; contiene los itinerarios clasificados con instrucciones especiales.

***Itinerario:*** Documento que contiene tiempos, rumbos e instrucciones especiales de estricto cumplimiento en el movimiento de los trenes por la vía principal y ramales que circulan bajo demanda, sin autorización pre-establecida en un horario.

***Locomotora:*** Vehículo ferroviario con propulsión propia utilizado para remolcar el material rodante.

19. Sobre el particular, debe señalarse que no constituye objeto del REA-FTA lo referido a la normativa sobre los requisitos técnicos y operativos que deben cumplir los operadores ferroviarios para acceder a la infraestructura esencial, la cual debe ser establecida por el

órgano sectorial competente<sup>5</sup>. Así, en tanto lo relativo a la reglamentación de aspectos operacionales de las vías férreas no constituya una barrera al acceso de las vías férreas, ello no será materia de análisis para su inclusión en el REA-FTA.

20. Por tanto, las definiciones que propone FTA para su Reglamento de Acceso deberán ajustarse a las definiciones contenidas en el RNF. Cabe mencionar que con ello se evitará generar dobles acepciones respecto de un mismo término.

21. Con relación a las siguientes definiciones:

- Año,
- Convoy,
- Fecha de inicio de operaciones,
- Frecuencia,
- Horario,
- Horario Ancla,
- Segmento,
- Servicio Local,
- Trayectoria

---

<sup>5</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA, Art.6º, Alcance:

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

*No constituye objeto de este Reglamento lo siguiente:*

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

[El subrayado es nuestro]



Consideramos que dichas definiciones deberán ser materia de tratativa entre las partes, en el marco del procedimiento de acceso a la vía férrea. Por tanto, no deberían formar parte del REA-FTA.

22. Sobre el particular, debemos mencionar que Andean ha objetado la definición de “Contrato de Acceso” al considerar que FTA *estaría insinuando la posibilidad de que dicha empresa modifique las condiciones de acceso luego de suscrito el contrato*<sup>6</sup>.
23. Al respecto, al momento de incluir la oración *“según pudieran ser modificados de tiempo en tiempo, lo cual será establecido por las partes en el Contrato de Acceso”* (ver cita anterior) en la definición presentada por FTA, se infiere que las modificaciones sólo se darán de común acuerdo entre las partes, tal como lo establece el procedimiento de negociación directa dispuesto en el Capítulo 3° del REMA. Por tanto, no se considera necesario hacer mayores precisiones tal como lo sugiere Andean, por lo que debe desestimarse tal pretensión.
24. De otro lado, Inca Rail solicitó que se modifique algunas definiciones del REA-FTA, a saber:
  - Causal de Insolvencia
  - Procedimiento de seguridad
25. Toda vez que estamos en un proceso de modificatoria a solicitud de parte, consideramos que no resulta procedente la presentación de propuestas de modificación sobre aspectos que no han sido efectuados por la solicitante (en este caso la empresa concesionaria). Al respecto, debe tenerse presente que el proceso de modificatoria del REA-FTA paso por el correspondiente periodo de consultas entre las partes, cuyos comentarios y/u opiniones debían ceñirse a las modificaciones solicitadas por la empresa concesionaria, pues lo contrario podría implicar una mayor dilación en la tramitación del presente procedimiento. En consecuencia, corresponde desestimar los comentarios presentados por Inca Rail en este extremo, sin perjuicio del derecho de dicha empresa de solicitar el inicio del procedimiento de modificación de oficio sobre dicho extremo.

### **C. Régimen de Infracciones y Sanciones**

26. Al respecto, la empresa concesionaria señala que ha presentado la propuesta de incorporar dicho régimen al REA *“... a fin de establecer de manera clara los supuestos que constituyen incumplimientos por parte de los operadores ferroviarios, y las sanciones pecuniarias que corresponden a las mismas.”*

---

<sup>6</sup> Página 2 del escrito presentado por Andean el 14 de febrero del 2008.

27. Sobre el particular debemos recordar que, mediante los considerandos 132 a 137 de la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN, de fecha 27 de febrero de 2008, el Consejo Directivo estableció lo siguiente:

*<<132. FTA 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 FTA 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 FTA 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 FTA, 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.>>*

28. En vista de lo señalado precedentemente, consideramos que carece de sentido pronunciarnos sobre dicho extremo en el presente procedimiento.

**D. Carta Fianza (artículo 5° del REA-FTA)**

29. Similar al caso de la modificatoria iniciada de oficio, FTA ha solicitado que haya un monto mínimo de la Carta Fianza a ser presentada por lo operadores ferroviarios, tal como se lee a continuación:

*<<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 este 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°, que garantice el fiel cumplimiento del Contrato de Acceso respectivo (esto es las obligaciones principales establecidas y el daño ulterior), así como el pago de las sanciones establecidas en el Anexo N° 1 del presente reglamento.*

*d. Conocer y estar en capacidad de cumplir con las Normas de Operación y Seguridad del Concesionario para el adecuado funcionamiento de la infraestructura ferroviaria, tales como el Reglamento Operativo Interno, el Código General de Normas Operacionales, Circulares de Instrucciones Especiales, Manual de Seguridad, Plan de Emergencia, Reglamento de Seguridad, incluyendo las disposiciones establecidas por la Gerencia General, el Departamento de Vía y de Operaciones Ferroviarias.*

*(...)*

*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:*

*(...)*

*b. Carta Fianza que garantice el fiel cumplimiento del contrato de acceso emitida por una institución financiera a favor del Concesionario. La Fianza deberá ser solidaria,*

*irrevocable, incondicionada, de realización automática y con renuncia al beneficio de excusión.*

*El importe de dicha carta fianza será por el 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, o el equivalente a US\$ 2'000,000 (Dos Millones y 00/100 de Dólares Americanos), el monto que fuera mayor. La validez de la carta fianza será por el período de vigencia de cada contrato celebrado.*

*c. 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.>>*

30. Esta materia ya se analizó en el procedimiento de oficio, existiendo a la fecha un pronunciamiento del Consejo Directivo de OSITRAN, en el cual se ha establecido que la Cartas Fianza deberá ser proporcional a la actividad comercial que pretendan realizar los potenciales entrantes (tres veces la facturación mensual) y deberán ser presentadas al suscribir el Contrato de Acceso. En este sentido, no procede la solicitud de modificatoria de FTA respecto a establecer un monto mínimo de la Carta Fianza.
31. Por otra parte, en sus comentarios a la propuesta de modificatoria del REA-FTA, el operador ferroviario Andean ha solicitado que se modifique el literal c) del artículo 5°, incluyendo el siguiente texto:

*<<d. 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 del Artículo 5°.>>*
32. Respecto a la Carta Fianza, Andean no está de acuerdo con las condiciones propuestas por FTA, por lo que propone que ésta sea igual a tres veces la facturación de los operadores ferroviarios.
33. Toda vez que no procede las modificaciones propuestas por FTA, corresponde desestimar también los comentarios presentados por Andean sobre estos aspectos.
34. INCA RAIL, por su parte, solicitó se modifique el artículo 5° a. (Requisitos para obtener el Acceso), el punto 3.6 (emisión de circulares para precisar el REA-FTA), los artículos 8.2°, 8.6°, 8.9°, 8.10° (relativos al Procedimiento para la solicitud de acceso) y el artículo 9° (Procedimiento de acceso por negociación directa) del REA-FTA.

35. Dado que nos encontramos en un proceso de modificatoria a solicitud de parte, consideramos que no procede la tramitación de las modificaciones propuestas por Inca Rail; ello, sin perjuicio del derecho Inca Rail de solicitar el inicio del procedimiento de oficio sobre dicho extremo.

**E. Contenido de la solicitud de acceso (artículo 6° del REA-FTA)**

**E.1 Condiciones varias**

36. FTA ha solicitado que se incluyan los siguientes aspectos en la solicitud de acceso de los operadores ferroviarios:

**<<Artículo 6°.- Contenido de la Solicitud de Acceso (...)**

*6.5 Precisar el Servicio Esencial que el solicitante pretende brindar. Conforme a ello, se debe señalar en forma clara la naturaleza y objeto de las operaciones y servicios a realizar para las cuales se solicita el acceso a la Facilidad Esencial, especificando además lo siguiente: (...)*

*(ii) La descripción del material (Locomotora, Autovagón y/o Coches) a utilizar, y/o la maquinaria y equipo con que prestará el (los) servicio (s) esencial (es).*

*(iii) Los términos bajo los cuales se requiere usar la infraestructura esencial, y la fecha de inicio de las operaciones que tiene prevista el solicitante para el uso de la infraestructura esencial solicitada.*

*(iv) En caso de tratarse de solicitud de Acceso a estaciones ferroviarias, deberá detallarse de manera específica las áreas objeto de la solicitud, las que deberán calificar como facilidades esenciales, así como el destino de las mismas.*

*(v) En caso de tratarse de solicitud de Acceso a la Vía, deberá además detallarse:*

*a) Las Frecuencias solicitadas en las que se tiene previsto prestar el servicio durante el año, detallando la Trayectoria y Segmento de cada uno, así como la hora de partida del punto de origen. El Concesionario únicamente admitirá aquellos pares de Frecuencias y horarios que respeten el Itinerario contenido en el Horario de Trenes.*

*b) Las conexiones de los trenes con otros Servicios.*

*c) La colocación de plataformas en cualquiera de los puntos especificados en los párrafos precedentes.*

*d) Los puntos de inicio y fin de los Movimientos de Trenes.*

e) *Cualquier Movimiento Auxiliar que se este considerando.*

f) *Cuando la solicitud de acceso esté referida a un Servicio que requiera conexión con otros trenes o con otro medio transporte, la última fecha de llegada requerida en cualquier estación y/o la primera hora de salida requerida de dicha estación, con el fin de mantener dicha conexión.*

*Los operadores podrán solicitar el acceso a cualquiera de los pares de Frecuencias que hayan sido definidos como tales por el concesionario en el Itinerario, que forma parte del Horario de Trenes; para lo cual deberán considerar el número máximo de coches y autovagones que, de acuerdo a lo determinado por el concesionario, podrán utilizarse en cada uno de los pares de Frecuencias. El Horario Ancla debe ser subastado y/o adjudicado de manera integral con todos los viajes previstos al día, no pudiendo ser fragmentado en Horarios y Frecuencias independientes.*

*Los desvíos, espacios de trenes y/o cualquier estacionamiento, aún cuando fueran detallados en la solicitud de acceso, no serán materia de acceso, correspondiendo al Concesionario la disposición de los mismos entre los operadores de manera tal que se maximice la eficiencia de su utilización, y permita el mejor desarrollo de las operaciones ferroviarias; estando obligados los operadores a obedecer las disposiciones e instrucciones que sobre éstas ordene el concesionario.*

*Considerando que la capacidad operativa del operador responde directamente en la posibilidad de servicios a prestar, los operadores deben considerar que por cada convoy con que cuenten podrán solicitar acceso a dos pares de Frecuencias determinadas en el Itinerario establecido por el concesionario. Para ello, la solicitud de acceso identificará para cada convoy las Frecuencias solicitadas (dos rumbo norte y dos rumbo sur), y entre éstas cual consideran principal (rumbo norte y rumbo sur) y secundaria (rumbo norte y rumbo sur).*

*6.6Especificar el período de tiempo por el cual se solicita el acceso. (...)>>*

37. Respecto a los tres últimos párrafos de esta sección, se ha observado que los mismos se refieren a los términos en los cuales se darían un contrato de acceso. Por ejemplo, se hace referencia al **“horario ancla”** y cómo debería ser éste subastado. En la propuesta de FTA se hace referencia también a determinados bienes concesionados que no serán materia de acceso (como los desvíos, espacios de trenes y estacionamientos), así como la especificación de las frecuencias para cada convoy y el número de las mismas.
38. Toda vez que las definiciones de **“horario ancla”** o **“convoy”** no han sido materia de reglamentación (ver parte de **“definiciones”**), corresponde desestimar la inclusión de tales

condiciones en el REA-FTA. Ello, sin perjuicio que dichas definiciones puedan ser materia de negociación entre las partes, en el marco del procedimiento de acceso a la infraestructura férrea.

39. De otro lado, respecto a aquellos bienes que no serán materia de acceso según FTA (patio de maniobras y desvíos), debe desestimarse la propuesta de dicha empresa, toda vez que el Anexo 1 del REMA señala claramente que tanto el patio de maniobras, así como los desvíos, son facilidades esenciales y por tanto, serán materia de acceso conforme a las disposiciones del marco regulatorio aplicable.

## **E.2 Pólizas de seguros**

40. Respecto a las pólizas de seguros, FTA ha vuelto a solicitar se modifique el monto de las mismas, tal como se cita a continuación

*<<6.7 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) Cobertura por Daños y Perjuicios a terceros, la que deberá incluir pero no limitarse a daños derivados de polución y contaminación, por un monto mínimo de cinco millones de dólares americanos (US\$ 5'000,000) por evento o siniestro.*

*(ii) Cobertura 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, por evento o siniestro.*

*(iii) En caso de prestar servicios de transporte de pasajeros, el operador deberá contratar, adicionalmente, pólizas por cobertura de daños a los mismos, incluyendo lesiones, invalidez o muerte, por un monto mínimo de veinte mil dólares americanos (US\$ 20,000) por persona y por siniestro. Asimismo, la cobertura por daños o pérdida de equipaje, por un monto mínimo equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la Unidad Impositiva Tributaria por pieza de equipaje declarada.*

*(iv) Cualquier otra póliza exigida por el Contrato de Concesión, por las leyes aplicables o por el Concesionario.*

*Las pólizas respectivas deberán contener estipulaciones que aseguren que el pago de las indemnizaciones a favor de los eventuales afectados no se vea perjudicado en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, aún en los casos en que existiesen discrepancias entre el operador y el concesionario respecto del siniestro ocurrido.>>*

41. La pretensión de FTA respecto a las pólizas de seguros ya ha sido materia de pronunciamiento por parte del Consejo Directivo de OSITRAN (mediante la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN), órgano que determinó los montos de las mismas hasta que el MTC las fije. Por tanto, debe declararse improcedente el pedido de FTA en este extremo.

**F. Procedimiento de acceso por subasta (artículo 10° del REA-FTA)**

42. En su solicitud de modificatoria, FTA ha propuesto que se incluya las reglas de un procedimiento de subasta para el acceso a las facilidades esenciales administradas por esta empresa concesionaria. En particular, ha solicitado que se incluya los siguientes puntos:

- Procedimiento a seguir para la realización de la subasta.
- Características y condiciones que deberán cumplirse para ser postor.
- Requisitos que deberán cumplirse para presentar la propuesta.
- Propuesta de factor de competencia (mayor tarifa por uso de vía).
- Periodicidad de la subasta (semestral).
- Garantía de seriedad de oferta.
- Plazos de la subasta.
- Periodo de acceso al ganador de la subasta.
- Procedimiento de impugnación.

43. Al respecto, debe tenerse en consideración que el mecanismo de subasta tiene como objetivo asignar la infraestructura escasa mediante un procedimiento transparente. En efecto, según el artículo 77° del REMA mediante la subasta se determinará a aquel o aquellos usuarios intermedios a los que la Entidad Prestadora brindará acceso, al haber formulado la mejor o mejores ofertas de acuerdo al procedimiento de evaluación establecido en las bases de la subasta.

44. Por su parte, el artículo 83° del REMA especifica cuál es el contenido mínimo de las bases de la subasta, tal como se observa a continuación:

**<<Artículo 83°.- Contenido de las Bases.**

*Las Bases de la subasta contendrán como mínimo lo siguiente:*

- a) La descripción y características de la infraestructura cuyo Acceso será subastado.*
- b) El servicio que se brindará utilizando la infraestructura cuyo Acceso se subasta.*
- c) El número de adjudicatarios que serán beneficiados.*
- d) El procedimiento a seguir para la realización de la subasta.*
- e) Cronograma general del proceso de subasta, desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato. Dicho cronograma incluirá una fase de consultas por escrito en*



*la que los postores puedan solicitar aclaraciones o precisiones. La absolución de las consultas también deberá realizarse por escrito y ser entregada a todos los postores.*

*f) La determinación de qué órgano de la Entidad Prestadora resolverá los asuntos relativos a la subasta.*

*g) Plazo en que la Entidad Prestadora informará a los postores los nombres de las empresas filiales o vinculadas que participarán en la subasta, el cual no podrá sobrepasar el plazo de absolución de consultas. Las empresas vinculadas cuyo nombre no haya sido comunicado a los postores en esta oportunidad, no podrán participar en la subasta.*

*h) Las características y condiciones que deberán cumplirse para ser postor.*

*i) Los requisitos que deberán cumplirse para presentar la propuesta.*

*j) Fecha máxima de inicio de operaciones.*

*k) El Cargo de Acceso base, de ser el caso.*

*l) El factor de competencia.*

*m) Los criterios de calificación para adjudicar la buena pro.*

*n) Garantía de seriedad de oferta, establecida bajo criterios razonables.*

*o) El plazo para la firma del Contrato de Acceso, que no podrá ser superior a diez (10) días contados a partir del otorgamiento de la buena pro.*

*p) El procedimiento a seguirse en caso se declare desierta la subasta.*

*q) La obligatoriedad de convocar en un plazo determinado a una nueva subasta en caso sea declarada desierta. La decisión que declara desierta la subasta será siempre impugnabile por los interesados.*

*r) Procedimiento de impugnación, vía reconsideración o apelación, de las decisiones que se tomen durante el procedimiento de subasta.*

*s) De considerarse necesario, garantía por impugnación no mayor a 20% del monto establecido por la garantía de seriedad de oferta.*

*t) El otorgamiento automático de la buena pro al siguiente postor mejor calificado, si algún adjudicatario de la buena pro incumple con las condiciones técnicas establecidas en las Bases, o con iniciar la operación en la fecha prevista.*

*u) El modelo del Contrato de Acceso a ser suscrito por los ganadores de la buena pro.>>*

45. De esta forma, según lo establecido por el REMA, los detalles y especificaciones de la subasta deben estar contenidas en las bases de dicho proceso. De lo anterior, se desprende que dichas especificaciones no deberán formar parte del Reglamento de Acceso, el cual tiene carácter general<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA, Art. 4º, Objeto:

*“El presente Reglamento establece las reglas y procedimientos aplicables al derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales, y establece los criterios técnicos, económicos y legales, así como los procedimientos a los cuales deberán sujetarse:*

46. Cabe añadir que la especificidad de un Reglamento de Acceso obedece a la naturaleza de la infraestructura que se trate, así como de la actividad comercial y las operaciones que desarrolla determinada Entidad Prestadora. Así, la especificidad de un Reglamento de Acceso no debe entenderse como la posibilidad de suplir aquellos aspectos o condiciones que deben darse en el curso, en este caso, del proceso de subasta convocada por la EEPP.
47. En efecto, el Reglamento de Acceso de una Entidad Prestadora tiene como fin el otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso. Sobre el particular, el artículo 14° del REMA define cuál es el contenido mínimo que debería contener un Reglamento de Acceso:

**<<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:*

- a) La lista de Servicios Esenciales incluidos en el Anexo N° 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 se 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 18° 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 por 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 6°, de conformidad con lo establecido en la legislación aplicable y en los respectivos contratos de concesión. Estos requisitos no deben constituir Barreras de Acceso injustificadas.*

---

*a) Los Contratos de Acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración; y*

*b) Los Mandatos de Acceso y demás pronunciamientos que emite OSITRAN sobre el Acceso a la Facilidad Esencial.”*

- g) Los componentes relevantes para la determinación de los Cargos de Acceso.*
- h) Los recursos impugnatorios aplicables durante el procedimiento de Acceso.>>*

48. De otro lado, el actual REA-FTA recoge las reglas establecidas en el Numeral 7.6 del Contrato de Concesión y las dispuestas en el REMA. Por su parte, las inclusiones propuestas por FTA no han sido justificadas o sustentadas de manera específica. En efecto, la empresa concesionaria ha presentado una alegación de carácter general del porqué debería incluirse determinadas condiciones en el proceso de subasta. No obstante lo anterior, FTA sí presentó un sustento específico respecto a la periodicidad de la subasta y al factor de competencia, los cuales serán analizados más adelante. Asimismo, y sin perjuicio de lo señalado en el presente párrafo, las propuestas modificatorias podrán ser incluidas en el proceso mismo de una posible subasta.
49. Al respecto, cabe mencionar que OSITRAN podrá de oficio realizar observaciones a las bases, así como requerir a FTA que absuelva las observaciones realizadas por los postores; incluso, el Regulador puede incluir elementos de evaluación adicionales, tal como lo establece el artículo 92° del REMA:

**REMA, artículo 92°, observaciones a las Bases por OSITRAN:**

*<<OSITRAN podrá realizar de oficio, en un plazo de cinco (05) días de culminado el proceso de consultas, observaciones a las Bases. Asimismo, podrá requerir a la Entidad Prestadora absolver las observaciones de los postores que así lo solicitaron. En tal caso, OSITRAN podrá requerir a la Entidad Prestadora, para que en el plazo de cinco (05) días, efectúe las modificaciones a las Bases a que hubiera lugar.*

*El incumplimiento de la obligación de subsanación a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, está sujeto a que dicha disposición no genere efecto legal alguno para los postores y sea considerada como no válida.*

*OSITRAN podrá observar las Bases o requerir a las Entidades Prestadoras, la inclusión de elementos de evaluación adicionales, especialmente en casos que estime que por condiciones de mercado, el servicio para el cual se solicita el Acceso no pueda brindarse en condiciones suficientemente competitivas. En ese supuesto, OSITRAN podrá requerir a las Entidades Prestadoras que incluyan como un factor de competencia el Cargo de Acceso que el usuario intermedio propone cobrar por el servicio, o requerir la inclusión de condiciones que sean necesarias para que la participación de los usuarios intermedios que sean filiales o vinculados a la Entidad Prestadora no obtengan un tratamiento privilegiado o violatorio de los principios de neutralidad o de no-discriminación.*

*El incumplimiento de esta obligación será sancionado conforme el Reglamento de Infracciones y Sanciones.>>*

[El subrayado es nuestro]

50. En este sentido, corresponde declarar improcedente el pedido de FTA para incluir las reglas específicas del proceso de subasta en su Reglamento de Acceso, toda vez que las mismas son parte inherente a la formulación de las bases.
51. Cabe agregar que de aceptar lo propuesta por FTA, en la práctica el Regulador estaría aprobando las bases de la subasta, o bases tipo. Al respecto, debe tenerse en consideración que la posibilidad de aprobar bases tipo ya se encuentra regulada en el artículo 79° del REMA, tal como se lee a continuación:

**REMA, Art. 79°, bases tipo para subasta:**

*<<OSITRAN podrá aprobar Bases tipo aplicables a subastas para asignar determinadas Facilidades Esenciales, para la prestación de determinados tipo de Servicios Esenciales. En tales supuestos, su uso será obligatorio.*

*Previa a la aprobación de las Bases Tipo, OSITRAN las pre publicará con la finalidad de recabar comentarios de las Entidades Prestadoras y usuarios intermedios en un plazo de diez (10) días.>>*

52. Por otra parte, teniendo en consideración que, en su solicitud de modificación del REA – FTA la empresa concesionaria incluyó, entre otros, el tema de la subasta y que al interior de la misma el factor de competencia resulta ser el elemento principal, a continuación procederemos a efectuar nuestras consideraciones sobre el particular.

**F.1 Factor de competencia**

53. El inciso (iii) del artículo 10.1 del REA-FTA establece que la selección del ganador del concurso será quien oferte la tarifa de uso de vía más alta, conjugada con el número total de coches que se utilizarán en el servicio:

**REA-FTA, Artículo 10°, procedimiento de acceso por subasta:**

*<<(…)*

*(iii) La selección del ganador del concurso se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, teniendo como base a la tarifa establecida en el numeral 7.1.*

*del Contrato de Concesión, o la tarifa que se venga aplicando a la fecha como resultado del ajuste automático; así como el número total de coches que se utilizarán en el servicio. En este supuesto de competencia entre Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario la tarifa establecida en el numeral 7.1. de este Contrato no será aplicable como la suma máxima que el Concesionario puede cobrar por el uso de vía. (...)>>*

54. Al respecto, mediante Carta N° 058-GL-2008/FTA recibido por OSITRAN el 6 de marzo de 2008, FTA ha alcanzado 4 informes legales emitidos por igual cantidad de estudios jurídicos<sup>8</sup>, en virtud de lo cual señala que:

*<<...hemos encontrado un error tanto en nuestro actual REA FTSA como en el proyecto de modificación de REA FTSA en trámite **[elaborado por la propia Concesionaria]**, referido al factor de competencia establecido para efectos de la adjudicación de los horarios, dentro de un proceso de subasta.>>*

De esta manera en uno de los mencionados informes legales se concluye que:

*<<Ferrocarril Transandino debe aplicar el factor de competencia establecido en el Contrato de Concesión porque, en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 62° de la Constitución el Contrato de Concesión no puede ser modificado por el Reglamento de Acceso y porque, en todo caso, no se cumplen los requisitos para que el Estado ejerza su poder de modificación unilateral del contrato.>><sup>9</sup>*

55. Sobre el particular, tenemos que el inciso (iii) de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión establece que la selección del ganador del concurso (subasta) se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta.:

#### **Contrato de Concesión, Numeral 7.6, romano (iii), Equidad de Servicio**

*“(...)*

---

<sup>8</sup> Mediante Carta N° 58-GL-2008/FTA de fecha 6 de marzo de 2008, FTAA remitió los siguientes Informes legales:

- Carta N° 057-2008-BFE/ccv, de fecha 28 de enero de 2008, del Estudio Bullard Falla y Ezcurra.
- Carta de fecha 11 de febrero de 2008, del Estudio Jorge Avendaño V.
- Carta de fecha 31 de enero de 2008 del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano.
- Informe de fecha 24 de enero de 2008 del Estudio Echeconpar

<sup>9</sup> Informe del Estudio Avendaño de fecha 11 de febrero de 2008.

*(iii) La selección del ganador del concurso se efectuará a favor de quien oferte la tarifa por uso de vía más alta, teniendo como base la tarifa establecida en el numeral 7.1 de este contrato. (...)*

56. Al respecto, dado que la subasta se da al interior de un procedimiento de acceso y que el mismo se da en virtud del derecho a la explotación de la concesión por parte del concesionario, resulta pertinente revisar que establece el contrato de concesión sobre el particular.
57. Con relación al derecho a la explotación, el Numeral 6.1 de la Cláusula Sexta (Explotación de la Concesión), señala que la misma se realizará mediante el aprovechamiento de los bienes de la concesión, los servicios de transporte ferroviario que el contrato autoriza al concesionario a desarrollar y de los servicios complementarios.<sup>10</sup>
58. De otro lado, en el inciso 7.5 de la Cláusula Séptima (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.
59. De esta manera, tenemos que si bien es cierto, FTA tiene el derecho de explotar la concesión, dicho aprovechamiento debe darse respetando las disposiciones contenidas en la Constitución y en el marco legal vigente.
60. En ese sentido, debemos precisar que el Numeral 7.6 de la citada Cláusula Séptima, al abordar el tema de equidad en servicios, establece lo siguiente:

*<<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*

---

<sup>10</sup> En el mismo sentido, el inciso 6.5 señala que:

*“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.  
(...)”*

*dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea.(...)>>*

[El subrayado es nuestro]

Como puede verse, el Concesionario se ha comprometido expresamente a observar las normas reguladoras aplicables, en particular las normas que aseguren un adecuado acceso a la infraestructura férrea, de manera que se permita una adecuada competencia entre los operadores.

61. En consecuencia, consideramos que debe procederse a modificar el ítem (iii) del inciso 10.1 del Artículo 10° del REA – FTA, señalando que el factor de competencia será el establecido en el Contrato de Concesión, conforme a las normas regulatorias y de competencia aplicables, quedando éste redactado de la siguiente manera:

**REA-FTA, inciso 10.1 del Art. 10°, Procedimiento de Acceso por Subasta:**

<<(…)

*(iii) El Factor de Competencia se determinará con arreglo al Contrato de Concesión, conforme con las normas regulatorias y de competencia que resulten aplicables>>.*

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, debemos precisar que, conforme a lo señalado por el Artículo 83° del REMA<sup>11</sup>, en las bases de la subasta el Concesionario deberá contemplar el factor de competencia, luego de lo cual, de conformidad con lo establecido por el Artículo 92° del REMA<sup>12</sup>, OSITRAN podrá, de ser el caso, emitir pronunciamiento en relación al factor de competencia finalmente establecido en la subasta por el Concesionario. Como puede observarse, corresponde a OSITRAN pronunciarse respecto del factor de competencia específico establecido en cada subasta, al momento de la aprobación de las bases y no antes, dado que dicho procedimiento tiene por objeto

---

<sup>11</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA:  
<<Artículo 83°.- Contenido de las Bases.  
Las Bases de la subasta contendrán como mínimo lo siguiente:  
(…)  
l) El factor de competencia.  
(…)>>

<sup>12</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA:  
<<Artículo 92°.- Observaciones a las Bases por OSITRAN.  
OSITRAN podrá realizar de oficio, en un plazo de cinco (05) días de culminado el proceso de consultas, observaciones a las Bases. Asimismo, podrá requerir a la Entidad Prestadora absolver las observaciones de los postores que así lo solicitaron. En tal caso, OSITRAN podrá requerir a la Entidad Prestadora, para que en el plazo de cinco (05) días, efectúe las modificaciones a las Bases a que hubiera lugar.  
(…)>>

garantizar que los demás operadores interesados puedan formular sus apreciaciones sobre el particular.

## **F.2 Periodicidad de la Subasta**

62. En su solicitud de modificatoria, FTA ha propuesto que el proceso de subasta se realice de manera semestral. Al respecto, considerando los costos de transacción en los que incurren tanto el concesionario como los operadores ferroviarios derivados de la realización de un proceso de subasta, así como la naturaleza del negocio ferroviario (donde se requiere cierto periodo para recuperar inversiones), se considera que las subastas deberían realizarse de manera anual. En este sentido, FTA deberá realizar la siguiente modificación en su Reglamento de Acceso:

*<<Artículo 10°.- Procedimiento de Acceso por Subasta*

*(...)*

*10.3 El Concesionario realizará subastas de manera anual, en la ciudad de Lima, oportunidad en la cual se atenderán las solicitudes de acceso que evidencian una situación de escasez de infraestructura. La Subasta se efectuará por un año (doce meses), considerando el uso de la facilidad esencial a la cual se solicita el acceso todos los días del año.*

*(...)>>*

63. Con relación al proceso de la subasta, tanto ANDEAN como INCA RAIL presentaron sus comentarios y observaciones a las reglas de este proceso. Dado que estos requisitos no serán aprobados en el marco de la modificación de parte del REA-FTA, corresponde desestimar los argumentos presentados.

## **G. Condición resolutoria del acceso (artículo 11° del REA-FTA)**

64. En cuanto al artículo 11° del REA – FTA, el Concesionario propone modificar la redacción del mismo, en los términos siguientes:

***<<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 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>>*

65. Al respecto, la actual redacción del artículo 11 del REA – FTA, vigente en virtud de la modificación efectuada mediante Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN, es la siguiente:

*<<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>>*

66. Como puede observarse, en la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN, el Organismo Regulador ya se pronunció favorablemente respecto de la modificación del Artículo 11 del REA – FTA propuesta, razón por la cual carece de sentido pronunciarnos sobre dicho extremo en el presente procedimiento.

#### **H. Duración del Contrato de Acceso (artículo 14° del REA-FTA)**

67. En su solicitud, FTA ha propuesto la modificación del Artículo 14 del REA – FTA, a través de la eliminación del contenido de sus dos últimos párrafos, en virtud de lo cual dicho artículo quedaría redactado e la siguiente manera:

*<<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.>>*

68. Sobre el particular debemos recordar que, mediante los considerandos 121 a 123 de la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN, de fecha 27 de febrero de 2008, el Consejo Directivo estableció lo siguiente:

*<<121. En el proyecto de modificatoria del REA-FTA, se consideró que el Artículo 14° del REA-FTA 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, FTA 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°.>>

69. En vista de lo señalado precedentemente, consideramos que carece de sentido pronunciarnos sobre dicho extremo en el presente procedimiento.

**I. Contenido Mínimo del Contrato de Acceso (artículo 15° del REA-FTA)**

70. En su solicitud de modificatoria, FTA ha propuesto que se incluya algunas especificaciones en los contratos de acceso, las cuales tienen que ver con las frecuencias a prestarse, así como los puntos de inicio y fin de los movimientos de trenes:

<<Artículo 15º.- Contenido Mínimo del Contrato de Acceso

(...)

a. La descripción del Servicio Esencial que prestará el operador y, conforme a ello, la naturaleza y objeto de las operaciones y servicios a realizar especificando además lo siguiente:

(iv) En caso de tratarse de un contrato de Acceso a la Vía, deberá además detallarse:

a. Las frecuencias a prestarse.

b. Los puntos de inicio y fin de los Movimientos de Trenes y los puntos intermedios de parada; (...)

j. La Carta Fianza Bancaria o Corporativa a satisfacción del Concesionario, que garanticen tanto el fiel cumplimiento del Contrato, el pago de las sanciones establecidas en el Anexo N° 1 del presente reglamento, así como el daño ulterior; la cual tendrá las características establecidas en el punto 5.2. (...)>>

71. Dado que la información a la que hace referencia FTA en los literales “a.” y “b.” propuestos tienen que ver con la descripción del servicio esencial que prestará el Usuario Intermedio, se considera razonable la inclusión de tales modificaciones en el REA-FTA<sup>13</sup>. Respecto al literal “j.” FTA deberá excluir la referencia respecto al pago de las sanciones del “Anexo 01”, el “Daño Ulterior” toda vez que éstos no son aspectos que serán cubiertos por la Carta Fianza. Asimismo, deberá quitar la frase donde se señala que la Carta Fianza será “a satisfacción del Concesionario”, en orden de evitar futuras conductas discrecionales.
72. No obstante lo anterior, FTA deberá excluir la referencia sobre la Carta Fianza respecto al pago de las sanciones del “Anexo 01” y el “Daño Ulterior”, toda vez que éstos no son aspectos que serán cubiertos por la Carta Fianza. En tal sentido, no proceden las modificaciones propuestas sobre el literal “j.” del artículo 15º.

**J. Revocatoria del Acceso (artículo 19º del REA-FTA)**

73. Al respecto, debemos señalar que la Concesionaria ha propuesto la modificación del artículo 19 del REA – FTA en los siguientes términos:

---

<sup>13</sup> Cabe mencionar que sobre este extremo, el Artículo 39º del REMA establece lo siguiente:

“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.

(...)”

<<Artículo 19°.- Revocatoria del Acceso

(...)

(vi) Que la operación segura de la Red Ferroviaria se vea comprometida en el caso que el material rodante utilizado por el operador en la Red Ferroviaria no cumpla con las Normas Técnicas y de Seguridad que se indican en el Anexo 6 del Contrato de Concesión o cualquier otra que establezca el Concesionario; y

(...)

(ix) Que el operador no cumpla con hacer uso de la facilidad esencial respecto a la cual ha sido otorgado el acceso durante un periodo continuo de más de 90 días, salvo que existan causas razonables para ello conforme a los términos del artículo 10.13. de no existir causas razonables que justifiquen la suspensión del servicio, se otorgará un plazo de quince(15) días adicionales, después de lo cual si aún no se ha hecho uso de la facilidad esencial, el acceso otorgado será revocado de pleno derecho.

(...)

En los supuestos previstos en los numerales iv), vii) y xii), la revocatoria procederá en caso de reincidencia, ello sin perjuicio de la aplicación del régimen de infracciones y sanciones del concesionario, que forma parte integrante del presente reglamento como Anexo 1.>>

74. Sobre el particular debemos recordar que, mediante los considerandos 124 a 131 de la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN, de fecha 27 de febrero de 2008, el Consejo Directivo estableció lo siguiente:

<<124. La redacción de la propuesta de Artículo 19° del proyecto de modificación del REA de FTA, 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 FTA en su escrito de Apelación, el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN que sustentó la Resolución

*Nº 058- 2007-CD-OSITRAN, no consideró la eliminación del Artículo 19º del REA vigente de FTA, 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, FTA 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 FTA no difiere de lo manifestado en el Informe Nº 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 FTA, 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 13º 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 13º.- 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.>>

75. En vista de lo señalado precedentemente, consideramos que carece de sentido pronunciarnos sobre dicho extremo en el presente procedimiento.

#### **K. Disposiciones Finales y Complementarias**

76. En cuanto a las Disposiciones Finales y Complementarias del REA-FTA, el Concesionario propone modificar la redacción del inciso 2, así como eliminar el inciso 7, disposiciones que señalan lo siguiente:

<<2.- La vigencia del presente Reglamento será efectiva al día siguiente de su aprobación por el OSITRAN y será aplicable únicamente para el acceso y las solicitudes de acceso que se formulen con posterioridad a su vigencia.>>

<<7.- El presente Reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su difusión en la página web de la Entidad Prestadora, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 49° del REMA.>>

[El subrayado es nuestro]

77. Al respecto, el Concesionario propone la siguiente redacción:

<<2.- La vigencia del presente Reglamento será efectiva al día siguiente de su difusión en la pagina web de la Entidad Prestadora, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 49° del REMA; y será aplicable únicamente para el acceso y las solicitudes de acceso que se formulen con posterioridad a su vigencia.>>

[El subrayado es nuestro]

78. Sobre el particular, tenemos que el Artículo 49° del REMA señala lo siguiente:

**<<Artículo 49°.- Difusión del Reglamento de Acceso.**

*La Entidad Prestadora deberá difundir su Reglamento de Acceso 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, o vencido el plazo aludido en el artículo anterior en el caso que no haya habido pronunciamiento de OSITRAN.>>*

79. Como puede observarse, en este extremo, el Concesionario propone únicamente una simplificación de la redacción de los incisos 2 y 7 de las Disposiciones Finales y Complementarias del REA – FTA, proponiendo mantener el contenido de dichos incisos en una nueva redacción del inciso 2, razón por la cual consideramos procedente su propuesta de modificación.

**L. Con relación a la aprobación de las modificaciones del Reglamento de Acceso**

80. Sobre el particular, resulta conveniente recordar lo señalado en el Informe N° 072-07-GS-GAL-OSITRAN (ítems 110 a 113), de fecha 19 de noviembre de 2007, emitido en el procedimiento de modificación de oficio del REA - FTA:

**<< De la aprobación automática del Reglamento de Acceso**

110. *Ahora bien, en vista de la posibilidad de inicio de Oficio de la modificación del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, consideramos conveniente hacer una precisión respecto de los alcances del Artículo 48°, 49° y 50° del REMA de OSITRAN, normas que establecen lo siguiente:*

***“Artículo 48°.- Aprobación del proyecto***

*El plazo para la aprobación del Proyecto de Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora por parte de OSITRAN es de veinte (20) días contados a partir del vencimiento del periodo de consultas señalado en el Artículo anterior. Si vencido dicho plazo, OSITRAN no ha emitido pronunciamiento, ni ha observado el Proyecto, se considerará que el proyecto presentado ha sido aprobado.”*

*[El subrayado es nuestro]*

***“Artículo 49°.- Difusión del Reglamento de Acceso***

*La Entidad Prestadora deberá difundir su Reglamento de Acceso 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, o vencido el plazo aludido en el Artículo anterior en el caso que no haya habido pronunciamiento de OSITRAN.*

*[El subrayado es nuestro]*

**“Artículo 50º.- Observaciones al proyecto**

*En el caso que el OSITRAN observe el proyecto de Reglamento de Acceso, la Entidad Prestadora deberá subsanar las observaciones señaladas en un plazo de diez (10) días contados a partir de su notificación. Recibido el levantamiento de observaciones por parte de la Entidad Prestadora, el OSITRAN cuenta con un plazo de diez (10) días para evaluar el proyecto corregido. El proyecto se entenderá aprobado si dentro de este plazo el OSITRAN no ha emitido el pronunciamiento correspondiente.*

*El OSITRAN podrá aprobar el Proyecto con observaciones, en cuyo caso la Entidad Prestadora estará obligada a incorporarlas en su Reglamento.*

*El incumplimiento de esta obligación será considerado como infracción, y por tanto, estará sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones.”*

*[El subrayado es nuestro]*

111. *Al respecto, debe tenerse en consideración que los citados Artículos 48º, 49º y 50º han sido emitidos en virtud de lo establecido por el Artículo 46º del citado REMA, el cual establece lo siguiente:*

**“Artículo 46º.- Plazo de presentación**

*Las entidades Prestadoras deberán presentar al OSITRAN un proyecto de Reglamento de Acceso dentro de ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha del inicio de sus operaciones. El proyecto deberá considerar el contenido mínimo a que hace referencia el Artículo 14º, así como las normas y los principios establecidos en este Reglamento.*

*El incumplimiento de esta obligación será considerado como infracción, y por tanto, estará sujeta a la sanción prevista en el Reglamento de Infracciones y Sanciones.*

*[El subrayado es nuestro]*

112. *De una interpretación sistemática del citado Artículo 46° con los Artículos 48°, 49° y 50° del REMA, podemos llegar a la conclusión que la entrada en vigencia AUTOMÁTICA (es decir, a falta de pronunciamiento del OSITRAN) del REA de la Entidad Prestadora, únicamente resultará aplicable en los casos en que nos encontremos frente a Entidades Prestadoras que recién están empezando a iniciar sus operaciones.*
113. *En consecuencia, en los casos que las Entidades Prestadoras soliciten al OSITRAN la aprobación de modificaciones de sus respectivos Reglamentos de Acceso, no resultará aplicable la aprobación automática de las propuestas de modificación efectuadas por la Entidad Prestadora, máxime si como hemos demostrado en el presente Informe la emisión de los REA implica el ejercicio de la facultad normativa del OSITRAN.>>*

[El subrayado es nuestro]

81. Dicho criterio de aplicación de las citadas disposiciones del REMA, fue recogido expresamente en la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2008-CD-OSITRAN del 22 de enero de 2008, resolución que evaluó, en el presente procedimiento, el proyecto de modificatoria del REA – FTA iniciado a solicitud de parte:

*<<...[L]os **artículos 46° a 50° del REMA han sido redactados pensando en el caso de un concesionario que recién está iniciando actividades**; en vista de ello, es que el artículo 51° del mismo REMA han señalado expresamente que las modificaciones del REA solicitados por las entidades prestadoras “... seguirá el procedimiento y plazos establecidos en los artículos anteriores del presente Capítulo” [se refiere a los artículos 46° a 51°]>>*

[Subrayado y negrillas son nuestros]

82. Que, el Artículo 22° del Reglamento General de OSITRAN, establece que en ejercicio de su función normativa, OSITRAN puede establecer disposiciones de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras y los usuarios bajo su ámbito de competencia.
83. Que, 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, y con el Artículo 22° del Decreto Supremo N° 044- 2006-PCM.

**POR LO EXPUESTO**, en aplicación de 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; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 28 de mayo de 2008;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Con relación al pedido de acumulación efectuado por Ferrocarril Transandino S.A., estése a lo resuelto en la Resolución N° 013-08-CD-OSITRAN.

**Artículo 2°.-** Aprobar la Modificación del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A., en los términos siguientes:

- (i) MODIFICAR el artículo 6° del Reglamento de Acceso (contenido de la solicitud de acceso), conforme a lo analizado en la sección E.1 de la presente Resolución, quedando el mismo modificado en los términos siguientes:

**“Artículo 6°.- Contenido de la Solicitud de Acceso (...)**

*6.5 Precisar el Servicio Esencial que el solicitante pretende brindar. Conforme a ello, se debe señalar en forma clara la naturaleza y objeto de las operaciones y servicios a realizar para las cuales se solicita el acceso a la Facilidad Esencial, especificando además lo siguiente: (...)*

- (ii) La descripción del material (Locomotora, Autovagón y/o Coches) a utilizar, y/o la maquinaria y equipo con que prestará el (los) servicio (s) esencial (es).*
- (iii) Los términos bajo los cuales se requiere usar la infraestructura esencial, y la fecha de inicio de las operaciones que tiene prevista el solicitante para el uso de la infraestructura esencial solicitada.*
- (iv) En caso de tratarse de solicitud de Acceso a estaciones ferroviarias, deberá detallarse de manera específica las áreas objeto de la solicitud, las que deberán calificar como facilidades esenciales, así como el destino de las mismas.*
- (v) En caso de tratarse de solicitud de Acceso a la Vía, deberá además detallarse:*
  - a. Las Frecuencias solicitadas en las que se tiene previsto prestar el servicio durante el año, detallando la Trayectoria y Segmento de cada uno, así como la hora de partida del punto de origen. El Concesionario*

*únicamente admitirá aquellos pares de Frecuencias y horarios que respeten el Itinerario contenido en el Horario de Trenes.*

- b. Las conexiones de los trenes con otros Servicios.*
- c. La colocación de plataformas en cualquiera de los puntos especificados en los párrafos precedentes.*
- d. Los puntos de inicio y fin de los Movimientos de Trenes.*
- e. Cualquier Movimiento Auxiliar que se este considerando.*
- f. Cuando la solicitud de acceso esté referida a un Servicio que requiera conexión con otros trenes o con otro medio transporte, la última fecha de llegada requerida en cualquier estación y/o la primera hora de salida requerida de dicha estación, con el fin de mantener dicha conexión.”*

- (ii) ADECUAR el factor de competencia establecido en el ítem (iii) del inciso 10.1 del Artículo 10° del Reglamento de Acceso de Ferrocarril Trasandino S.A., quedando éste redactado de la siguiente manera:

*“(…)*

*(iii) El Factor de Competencia se determinará con arreglo al Contrato de Concesión, conforme con las normas regulatorias y de competencia que resulten aplicables.”*

- (iii) Asimismo, y en atención a la naturaleza del mercado ferroviario, se considera que las subastas deberán realizarse con una periodicidad anual.
- (iv) Respecto al “Contenido Mínimo del Contrato de Acceso” (artículo 15°), se ADMITE la modificación de los literales “a.” y “b.” del artículo 15°, en los términos siguientes:

*“Artículo 15°.- Contenido Mínimo del Contrato de Acceso*

*(…)*

*(iv) En caso de tratarse de un contrato de Acceso a la Vía, deberá además detallarse:*

*a. Las frecuencias a prestarse.*

*b. Los puntos de inicio y fin de los Movimientos de Trenes y los puntos intermedios de parada; (…)”*

- (v) Respecto a la solicitud de modificatoria del inciso 2 y la eliminación del inciso 7 de las **“Disposiciones Finales y Complementarias”** del proyecto de modificatoria del Reglamento de Acceso, se declara procedente la propuesta efectuada por el Concesionario, en vista que la misma simplifica la actual redacción de su Reglamento de Acceso, quedando redactado el REA-FTA en dicho extremo, de la siguiente manera:

*<<2.- La vigencia del presente Reglamento será efectiva al día siguiente de su aprobación por el OSITRAN y será aplicable únicamente para el acceso y las solicitudes de acceso que se formulen con posterioridad a su vigencia.>>*

*<<7.- El presente Reglamento entrará en vigencia al día siguiente de su difusión en la página web de la Entidad Prestadora, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 49° del REMA.>>*

**Artículo 3°.-** DESESTIMAR la propuesta de modificatoria del REA – FTA, en los términos siguientes:

- (i) Con relación a la solicitud de modificatoria del artículo 2°, en lo relativo a las definiciones de “Autovagón”, “Coche”, “Horario de trenes”, “Itinerario” y “Locomotora”, dichas definiciones deberán ajustarse a lo establecido en el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, de la siguiente manera:

**Autovagón o Coche Motor:** Vehículo ferroviario con propulsión propia, con capacidad mayor de catorce personas, y características técnicas necesarias para el transporte público de pasajeros.

**Coche:** Vehículo ferroviario remolcado, destinado al transporte de pasajeros.

**Horario de trenes:** Documento que emite la Organización Ferroviaria, con las disposiciones para el movimiento de los trenes ordinario en la vía férrea principal y ramales; contiene los itinerarios clasificados con instrucciones especiales.

**Itinerario:** Documento que contiene tiempos, rumbos e instrucciones especiales de estricto cumplimiento en el movimiento de los trenes por la vía principal y ramales que circulan bajo demanda, sin autorización pre-establecida en un horario.

**Locomotora:** Vehículo ferroviario con propulsión propia utilizado para remolcar el material rodante.

- (ii) Con relación a la inclusión de las definiciones de “Año”, “Convoy”, “Fecha de inicio de operaciones”, “Frecuencia”, “Horario”, “Horario Ancla”, “Rumbo”, “Segmento”, “Servicio Local” y “Trayectoria” en el Reglamento de Acceso de Ferrocarril Transandino S.A. Las mismas deberán ser materia de tratativa entre las partes, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Marco de Acceso.
- (iii) Con relación a la solicitud de modificatoria efectuada por Ferrocarril Transandino S.A. respecto a la Carta Fianza (artículo 5°) y las Pólizas de Seguros (artículo 6°) a ser presentadas por los Usuarios Intermedios, debiendo esta empresa atenerse a lo resuelto por el Consejo Directivo de OSITRAN mediante la Resolución N° 013-08-CD-OSITRAN.
- (iv) DESESTIMAR la solicitud de la empresa concesionaria para incluir las reglas del proceso de subasta en su Reglamento de Acceso (artículo 10°).
- (v) Respecto a la “Duración del Contrato de Acceso”, al “Régimen de Infracciones y Sanciones” y a la “Revocatoria del acceso”, se DESESTIMA la solicitud de modificatoria, en vista que en la Resolución N° 013-2008-CD-OSITRAN ya se emitió un pronunciamiento sobre dichas materias.
- (vi) Respecto al “Contenido Mínimo del Contrato de Acceso” (artículo 15°), se DESESTIMAN las modificaciones propuestas por Ferrocarril Transandino S.A. sobre el literal “j.” del mencionado artículo.

**Artículo 4°.-** Declarar IMPROCEDENTE las propuestas de modificación desplegadas en el presente procedimiento por Inca Rail S.A.C. y Andean Railways Corp. S.A.C., dejando a salvo su derecho de solicitar las modificaciones del REA – FTA que consideren pertinentes, a través de la vía correspondiente (solicitud de modificación de oficio).

**Artículo 5°.-** NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 031-08-GS-GAL- OSITRAN a Ferrocarril Transandino S.A., Peru Rail S.A., Inca Rail S.A.C., Andean Railways Corp. S.A.C. 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 S.A. difunda en su página web, las modificaciones a su Reglamento de Acceso.

*Con la intervención de los señores Directores: Juan Carlos Zevallos Ugarte, Sergio Salinas Rivas y Jesús Tamayo Pacheco.*

Notifíquese, Cúmplase y Archívese

**JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE**  
**Presidente del Consejo Directivo**

Reg. Sal N° 10294-08