

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 004-2008-CD-OSITRAN

Lima, 22 de enero del 2008

PROCEDENCIA	:	GERENCIA DE SUPERVISIÓN
ENTIDAD	:	GERENCIA DE ASESORIA LEGAL
PRESTADORA	:	FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.
MATERIA	:	EVALUACIÓN DEL PROYECTO DE MODIFICATORIA DEL REGLAMENTO DE ACCESO DE FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., INICIADO A SOLICITUD DE PARTE

VISTOS:

Los escritos presentados los días 19 de octubre del 2007 y 09 de diciembre del 2008, mediante los cuales FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (FTSA) solicitó la modificación de su Reglamento de Acceso (REA); y, el Informe N° 006-08-GS-GAL-OSITRAN de fecha 17 de enero de 2008 emitido por la Gerencia de Supervisión y la Gerencia de Asesoría Legal; y,

CONSIDERANDO:

1. Que, las Gerencia de Supervisión y de Asesoría Legal han presentado al Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN el Informe de vistos, que emite opinión técnica-legal respecto de la propuesta de modificación del REA efectuada por FTSA;
2. Que, el 19 de octubre de 2007, FTSA solicitó la modificatoria de su REA, en lo relativo a la presentación de Cartas Fianzas por parte de los operadores ferroviarios, pólizas de seguros y el procedimiento de subasta, entre otros;
3. Que, mediante Oficio Circular N° 2219-07-GS-OSITRAN de fecha 24 de octubre del 2007, la solicitud de modificatoria fue puesta en conocimiento de los interesados, es decir, PERU RAIL S.A., ANDEAN RAILWAYS CORP S.A. y WYOMING RAILWYS S.A. - estos dos últimos potenciales Usuarios Intermedios, en virtud de la obtención de sus autorizaciones de operación con eficacia restringida emitida por el Ministerio de Transportes

y Comunicaciones (MTC) -, a fin que éstos presenten sus comentarios y opiniones, de conformidad con lo establecido en el artículo 47° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA)¹;

4. Que, mediante Carta N°181-GL-2007/FTSA de fecha 13 de noviembre del 2007, la empresa concesionaria remitió un Informe emitido por Contacto Corredores de Seguros S.A., respecto a las condiciones de seguros que deberían cumplir los nuevos operadores en el Ferrocarril de Sur y Sur-Oriente;
5. Que, mediante Oficio N°2595-07-GS-OSITRAN de fecha 10 de diciembre del 2007, notificado el mismo día, OSITRAN solicitó a FTSA que, en un plazo de 10 días, especifique detalladamente los artículos que propone cambiar o sustituir respecto del REA vigente, además de sustentar los cambios propuestos en cada caso. Asimismo, que defina cuál es el monto de la póliza propuesto; y que sustente el monto propuesto por el concepto de “Lucro cesante del nuevo operador”;
6. Que, con relación al plazo de dicho requerimiento, éste inicialmente vencía el 26 de diciembre de 2007; sin embargo, en virtud de lo establecido por el Decreto Supremo N° 195-2007-EF², dicho plazo se prorrogó hasta el 9 de enero de 2008.
7. Que, mediante Carta S/N de fecha 09 de enero del 2008, FTSA procedió a absolver las observaciones efectuadas mediante el Oficio N°2595-07-GS-OSITRAN. Asimismo, solicitó **“... ACUMULAR los dos procedimientos actualmente en trámite, referidos a las modificaciones del REA FTSA, por cuanto no sólo se trata de la misma materia, sino que todas éstas han sido detalladas y desarrolladas en el presente documento.”**
8. Que, con relación a dicho documento, en su SEGUNDO OTRO SI DIGO, la FTSA precisó lo siguiente:

“Debemos manifestar expresamente que a través de la presente, y conforme al texto detallado en el contenido de nuestro escrito, hemos procedo (sic) a efectuar algunas MODIFICACIONES a los artículos 1.a, 6.5 en su numeral V.a, y en sus párrafos finales, en

¹ Como se verá más adelante, los 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 ha 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°].

² **“Artículo 5°.- Cómputo de plazos**

Para efectos del cómputo de los plazos regulados para los procedimientos administrativos de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la presente norma, el período del 17 al 31 de diciembre de 2007 son considerados como días inhábiles...”

los artículos 10.2, 10.3, 10.5.vi, 10.5.xi, 10.15, 15 literal j, y al Anexo 1. Dichas modificaciones responden en algunos casos a errores materiales incurridos en la primera versión, y otros al estudio y práctica de ejercicios respecto de los procesos de subasta. Conforme a ello, **agradeceremos considerar estas últimas modificaciones incluidas en el presente documento como las definitivas.**

[Subrayado, mayúscula y negrilla son nuestros]³

9. Que, el 14 de enero de 2008, INCA RAIL S.A.C. (en adelante, INCA RAIL) solicitó a OSITRAN su inclusión “... **en el procedimiento de aprobación del proyecto de Reglamento de Acceso del Ferrocarril Transandino S.A.**”, en vista que mediante Resolución Directoral N° 078-2007-MTC/14 de fecha 30 de octubre de 2007, obtuvieron el permiso de operación con eficacia restringida, emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), para realizar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta del Ferrocarril Sur – Oriente.
10. Que, el 17 de enero de 2008, el representante legal de INCA RAIL precisó que “... **el procedimiento [respecto del] ... cual solicitamos se nos incluya, es el procedimiento iniciado de parte por Ferrocarril Transandino S.A., ...**”;
11. Que, en vista que la propuesta original de modificación del REA presentado por FTSA ha sufrido, a su vez, modificaciones, corresponde determinar los alcances de las mismas y, en consecuencia, determinar:
 - a) Si nos encontramos ante SIMPLES PRECISIONES Y/O CORRECCIONES DE ERRORES MATERIALES DE LA PRIMERA VERSIÓN de la solicitud de modificación del REA, las cuales implican un levantamiento a las observaciones efectuadas por OSITRAN en su oportunidad;
 - b) Si nos encontramos ante MODIFICACIONES de FONDO, es decir, modificaciones de opinión respecto de los SUPUESTOS establecidos en un determinado artículo, caso en el cual nos encontraríamos ante una **nueva solicitud de modificación;**

³ No obstante lo señalado en la nota a pie de página 1, debe tenerse en consideración que, conforme a lo desarrollado en ítem III del Informe de vistos, una aplicación literal de lo establecido en el artículo 50° del REMA implicaría una violación al principio de transparencia con el cual debe actuar la administración pública pues OSITRAN se vería obligado a pronunciarse sobre la solicitud de modificación del REA de FTSA, **sin cursar comunicación a los interesados** respecto de las subsanaciones y aclaraciones efectuadas por el concesionario

12. Que, sobre el particular, conforme a lo señalado en el Informe de vistos, en el escrito de subsanación de FTSA existe una MODIFICACIÓN DE FONDO con relación al contenido de los artículos 10.2, 10.3, 10.5.ix y al Anexo 1. En consecuencia, queda claro que en el escrito de subsanación presentado por FTSA existen MODIFICACIONES DE CRITERIO respecto de los SUPUESTOS establecidos en los artículos antes mencionados, razón por la cual consideramos que nos encontramos ante una **nueva solicitud de modificación**;
13. Que, habiendo determinado que nos encontramos ante una nueva solicitud de modificación, corresponde analizar el artículo del REMA que resultaría aplicable en la tramitación de la solicitud presentada por FTSA, es decir si el artículo 50° del REMA o el artículo 47° del mismo.
14. Que, el Artículo 50° del REMA señala lo siguiente:

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. Recibido el levantamiento de observaciones por parte de la Entidad Prestadora, OSITRAN cuenta con un plazo de diez (10) días para evaluar el proyecto corregido. El proyecto se entenderá aprobado si dentro de este plazo OSITRAN no ha emitido el pronunciamiento correspondiente.

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.

15. Que, el primer párrafo del Artículo 50° del REMA presenta la siguiente estructura normativa:

Norma 1

Presupuesto de Hecho 1:

- c) La Entidad Prestadora ha presentado un Proyecto de REA.
- d) OSITRAN ha observado el proyecto de REA presentado por la Entidad Prestadora.

Consecuencia Jurídica 1:

La Entidad Prestadora deberá subsanar las observaciones señaladas en un plazo de diez (10) días contados a partir de su notificación

Norma 2

Presupuesto de Hecho 2:

La Entidad Prestadora ha presentado a OSITRAN un escrito a través del cual pretende levantar las observaciones efectuadas.

Consecuencia Jurídica 2:

OSITRAN cuenta con un plazo de diez (10) días para evaluar el proyecto subsanado.

Norma 3

Presupuesto de Hecho 3:

Ha vencido el plazo de 10 días para que OSITRAN emita pronunciamiento.

Consecuencia Jurídica 3:

El proyecto se entenderá por aprobado si dentro de este plazo OSITRAN no ha emitido el pronunciamiento correspondiente.

16. Que, como se puede observar de la norma 2, contenida en el citado artículo 50° del REMA, en el presente caso NO corresponde la aplicación de la consecuencia jurídica 2 (el cual señala que OSITRAN cuenta con un plazo de diez días para evaluar el proyecto subsanado), en vista que la FTSA no solamente ha presentado a OSITRAN un escrito a través del cual pretende levantar las observaciones efectuadas sino que se ha comprobado que existe una MODIFICACIÓN DE FONDO, por lo menos, con relación al contenido de los artículos 10.2, 10.3, 10.5.ix y al Anexo 1, razón por la cual consideramos que nos encontramos ante una **nueva solicitud de modificación.**
17. Que, de otro lado, el artículo 47° del REMA señala lo siguiente:

“Artículo 47°.- Difusión del Proyecto de Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.

El Proyecto de Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora será puesto en la página web de la Entidad Prestadora, en la misma fecha que es presentado ante OSITRAN.

El plazo para que los usuarios intermedios puedan remitir a OSITRAN sus comentarios y observaciones sobre el proyecto presentado por la Entidad Prestadora es de quince (15) días, contados a partir de la fecha de su difusión en la página web de la Entidad Prestadora.”

[El subrayado es nuestro]

18. Que, en vista que ha quedado acreditado que nos encontramos ante una nueva solicitud de modificación, consideramos que resulta de aplicación la disposición establecida en el artículo 47° del REMA, pues tanto PERU RAIL S.A. como ANDEAN RAILWAYS CORP S.A. y WYOMING RAILWYS S.A., solamente han tenido la oportunidad de presentar sus comentarios y observaciones ÚNICAMENTE respecto de la propuesta de modificación del REA en su **primera versión** (es decir, la correspondiente al 19 de octubre del 2007), por lo que corresponde que se les otorgue a los interesados la oportunidad para que presenten los comentarios y observaciones que consideren pertinentes, respecto del nuevo proyecto de REA presentado.
19. Que, con relación a la comunicación presentada INCA RAIL corresponde acceder a lo solicitado, en virtud que ha quedado acreditado la obtención de su permiso de operación con eficacia restringida;
20. Que, con relación a la solicitud de acumulación, consideramos que dado que la FTSA señala que el contenido de la modificación del REA, materia del tramite de oficio, ha sido desarrollado en su escrito de subsanación del presente tramite (iniciado a solicitud de parte por la misma FTSA), dicho asunto debe dilucidarse al momento analizarse el Proyecto de REA tramitado en el procedimiento de oficio;
21. Que, en consecuencia, de conformidad con lo establecido en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, en virtud de lo expuesto, sobre la base del contenido del Informe N° 006-08-GS-GAL-OSITRAN; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 22 de enero de 2008;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- PRECISAR que en 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, a PERU RAIL S.A., ANDEAN RAILWAYS CORP S.A., WYOMING RAILWYS S.A. e INCA RAIL S.A.C., a fin que los interesados presenten sus comentarios y observaciones al mismo, dentro del plazo de (15) días hábiles.

Artículo 3°.- DISPONER que FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., difunda su PROYECTO DE REGLAMENTO DE ACCESO MODIFICADO en su página

web, en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente.

Artículo 4°.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 006-08-GS-GAL-OSITRAN a FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., PERU RAIL S.A., ANDEAN RAILWAYS CORP S.A., WYOMING RAILWYS S.A. e INCA RAIL S.A.C.

Artículo 5°.- DISPONER la notificación de todos los actuados en el presente tramite a INCA RAIL S.A.C.

Artículo 6.- AUTORIZAR la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo