

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº003-2003-CD/OSITRAN

EXPEDIENTE Nº 001-2003-CD-OSITRAN

PROCEDENCIA : PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO

ENTIDAD PRESTADORA : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANSA.

MATERIA : SOLICITUD DE ACCESO TEMPORAL
ARTÍCULO 63º DEL REGLAMENTO MARCO
DE ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA DE
TRANSPORTE DE USO PÚBLICO
(RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
Nº 034-2001-CD-OSITRAN)

SECTOR : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA
VIAL FERROVIRIA.

SUMILLA: Se ordena el acceso temporal a la Línea Férrea correspondiente al Ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica a la empresa operadora **FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC** en los horarios y frecuencias solicitados por dicha empresa, con las salvedades que se señalan en la presente resolución.

Se establece además que el acceso temporal que se otorga es por el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de la publicación de la presente resolución, salvo que con anterioridad al vencimiento de dicho plazo, las partes suscriban voluntariamente el respectivo Contrato de Acceso a la Línea Férrea o se dicte el Mandato de Acceso Definitivo a la Línea Férrea.

Asimismo, se dispone que **FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. - FETRANSA** como administrador de la Línea Férrea tiene la facultad y obligación de determinar si alguna de las frecuencias asignadas a **FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC** no es técnicamente viable y se dispone que en dicho supuesto deberá acreditar tal situación a OSITRAN a efectos de que se modifiquen las frecuencias asignadas.

Finalmente, se establece que el acceso temporal otorgado no es título suficiente para que **FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC** preste efectivamente los servicios de transporte ferroviario en la línea férrea, sino que es necesario además, que previamente a la prestación de dichos servicios, **FERSIMSAC** cumpla con los demás requisitos previstos en el artículo 13º del Decreto Supremo Nº 027-99-MTC y en el numeral 12.2º del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente.

Lima, 19 de marzo de 2003

I. ANTECEDENTES:

1. El 30 de diciembre de 2002 se expidió la Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 en virtud de la cual, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC), otorgó el Permiso de Operación Ferroviario a la empresa FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C. (en adelante FERSIMSAC), y le concedió un plazo de 30 días hábiles para que obtenga las pólizas exigidas por la legislación vigente y el Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa concesionaria FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (en adelante FETRANSA).
2. Mediante Carta N° GG/GG-011-FC.Santuario de fecha 24 de enero de 2003, FERSIMSAC solicitó formalmente a la empresa concesionaria FETRANSA, la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea al Ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica.

Según refiere FERSIMSAC en dicha comunicación, el pedido de suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea constituye una reiteración de lo solicitado en una reunión que sostuviera con FETRANSA el día 16 de enero de 2003 y en la carta N° GG/GG-010-FC.Santuario de fecha 17 de enero, en la cual requirió parte del parque tractivo y rodante y estaciones ferroviarias en calidad de alquiler, para operar en el tramo Cusco - Machupicchu – Hidroeléctrica.

Cabe indicar que en el expediente también obra la Carta N° 013-GL/FETRANSA-2003 de fecha 24 de enero de 2003, en la que FETRANSA absuelve expresamente los requerimientos de la carta de FERSIMSAC N° GG/GG-010-FC.Santuario de fecha 17 de enero de 2003, como expresamente consta en la referencia de dicha comunicación, en la que FETRANSA señala lo siguiente:

- (i) El Permiso otorgado es un Permiso de Funcionamiento Condicionado;
 - (ii) Están esperando recibir copia de las pólizas de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 027-99-MTC;
 - (iii) Es un requisito del Contrato de Concesión suscribir un Contrato de Acceso para lo cual remite un borrador de Contrato de Acceso;
 - (iv) Es necesario que presenten evidencias de su estructura financiera y de sus accionistas, así como de su capacidad de proporcionar ciertas garantías financieras que respalden las obligaciones establecidas en el Contrato de Acceso a la vía y el detalle de empleados que contarán; y,
 - (v) No existe material tractivo y rodante disponible, pues todo el que recibió en concesión ha sido arrendado a PERURAIL S.A.; y además, el material tractivo y rodante que obtengan deberá ajustarse a los estándares exigidos en el Contrato de Concesión.
3. Mediante Carta N° GG/GG-012-FC. Santuario – 2003 de fecha 30 de enero de 2003, FERSIMSAC solicita a FETRANSA que al amparo de lo previsto en el artículo 14° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 034-2001-CD-OSITRAN (en adelante RMA), le brinde la siguiente información:
 - (i) Manuales técnicos, ambientales y de seguridad;
 - (ii) Grado de utilización de la Infraestructura; y,
 - (iii) Políticas Comerciales y Operativas:

Asimismo, en dicha comunicación FERSIMSAC solicita se le alcance el Plan de Emergencias y las frecuencias, itinerarios u horarios ocupados y/o disponibles, así como sus respectivas características técnicas.

4. Posteriormente, FERSIMSAC remite a FETRANSA la Carta N° GG/GG-016-FC. Santuario-2003 de fecha 12 de febrero de 2003, en la que menciona lo siguiente:
 - (i) Que ha cumplido con remitir al MTC las pólizas de seguros exigidas;
 - (ii) Las evidencias económicas solicitadas están en las pólizas emitidas; y,
 - (iii) Que adjuntan un borrador de Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la finalidad que FETRANSA lo revise y fije día y hora para la firma del Contrato a fin de remitir el mismo al MTC.

En dicha comunicación FERSIMSAC adjunta además, la relación de sus empleados y hace llegar las frecuencias e itinerarios solicitados y el material tractivo y rodante que piensa utilizar.

5. Con Carta N° 33-GL-2003/FETRANS de fecha 24 de febrero de 2003, FETRANSA da respuesta a la carta mencionada en el acápite anterior y señala lo siguiente:
 - (i) Respecto del material tractivo y rodante, es necesario que presenten información sobre su procedencia y los informes técnicos que sustenten que el material a utilizar cumple con los estándares exigidos;
 - (ii) Que se coordine fecha y lugar en el cual los técnicos de FETRANSA pueden hacer efectiva la inspección del material;
 - (iii) Es necesario que la información de horarios y frecuencias remitidos, cuente con el detalle de los servicios a prestarse y el cumplimiento de las condiciones de seguridad requeridos; y, que en caso de presentarse una situación de disputa de los horarios con otro operador procederán de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión;
 - (iv) Es necesario además que se precise la relación contractual entre los trabajadores informados y FERSIMSAC, dado que uno de los requisitos previstos en el Decreto supremo N° 027-99-MTC es el de presentar el detalle de la tripulación;
 - (v) Las pólizas de seguros se encuentran siendo evaluadas por el Broker de FETRANSA; y,
 - (vi) Es necesario que demuestren la capacidad financiera para asumir las garantía en favor de FETRANSA.
6. Mediante carta de fecha 26 de febrero de 2003, FERSIMSAC se dirige a FETRANSA y le solicita que en atención a que ha cumplido con todos los requisitos previstos para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea y que no existe disputabilidad de horarios y frecuencias, que se fije día y hora para su suscripción, sin perjuicio de posteriormente cumplir con los requisitos que establece el numeral 12.2° del Contrato de Concesión para iniciar las operaciones. Asimismo, menciona que de no acceder a lo solicitado en 5 días hábiles, procederá de acuerdo a lo previsto en el artículo 55° del RMA.
7. Con Carta N° 41-GL-2003/FETRANS del 28 de febrero de 2003, FETRANSA da respuesta a la carta de fecha 26 de febrero de FERSIMSAC y señala lo siguiente:
 - (i) El numeral 7.3° establece el contenido mínimo de los Contratos de Acceso a la Línea Férrea. Resulta claro que el listado de dicho artículo no es ningún caso limitativo, no impidiendo se incluya en dicho Contrato las demás especificaciones y requerimientos que sean necesarios;

- (ii) Se debe acreditar que el material tractivo y rodante a emplearse cumple con los estándares exigidos;
 - (iii) Dicha exigencia se encuentra establecida en el Contrato de Concesión;
 - (iv) El Contrato de Acceso a la Línea Férrea constituye el único documento por el cual nuestra parte como concesionario permite iniciar las operaciones;
 - (v) Resulta inaplicable el artículo 55° del RMA pues aún no han cumplido con los requisitos para obtener el acceso y en todo caso OSITRAN debe determinar la procedencia de los argumentos citados por ustedes; y,
 - (vi) Se recuerda que en caso de disputa de horarios se someterá a la subasta prevista en el Contrato de Concesión y señala que las frecuencias e itinerarios de PERU RAIL S.A. están en la página web www.perurail.com
8. Posteriormente, con Carta N° GG/GG-020 – FC. Santuario – 2003 de fecha 28 de febrero de 2003, FERSIMSAC se dirige a FETRANSA dando respuesta a la Carta N° 33-GL-2003/FETRANS en la que menciona lo siguiente:
- (i) La información que remitiéramos fue a solicitud de FETRANSA y dicha información de acuerdo a lo previsto en el Contrato de Concesión y las normas aplicables, no es indispensable para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea;
 - (ii) Dicha información, según las normas legales y específicamente el artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC y el numeral 12.2° del Contrato de Concesión, debe ser presentada en forma previa a la prestación efectiva de los servicios de transporte, luego de suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea;
 - (iii) Que lo mencionado se desprende claramente del tenor del artículo 13° del Decreto Supremo que establece como requisitos distintos a los mismos y que está dispuesto a cumplir con ellos antes de iniciar la prestación efectiva de los servicios; y,
 - (iv) Se reafirma en lo solicitado en su comunicación anterior para que se fije día y hora para la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea, sin perjuicio de que OSITRAN y el MTC califiquen su negativa a suscribir el Contrato como una infracción sancionable.
9. Mediante Carta N° 042-GL-2003/FETRANS de fecha 4 de marzo de 2003, FETRANSA da respuesta a la Carta N° GG/GG-020 – FC. Santuario – 2003 de fecha 28 de febrero de 2003 en la que señala lo siguiente:
- (i) Haber dado respuesta a todos los argumentos expuestos en la carta N° 041-GL-2003/FETRANS;
 - (ii) Reitera el requerimiento para que absuelvan las observaciones precisadas mediante nuestra Carta N° 033-GL-2003/FETRANS que son requisitos previstos en el Contrato de Concesión y en el Decreto Supremo N° 027-99-MTC;
 - (iii) Por lo tanto, la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea está supeditada a la subsanación de las observaciones efectuadas que únicamente son de su cargo.
10. El 04 de marzo de 2003, el MTC remite el Oficio N° 317-2003-MTC/14 en el que adjunta copia de la Resolución Directoral N° 016-2003-MTC/14 de fecha 25 de febrero de 2003, en la que se amplía el plazo otorgado a FERSIMSAC en 30 días hábiles adicionales, para que obtenga su Contrato de Acceso a la Línea Férrea y cumpla con obtener las pólizas de seguros exigidas.

11. Mediante Carta N° GG/GG-025-FC.Santuario – 2003 del 10 de marzo de 2003, FERSIMSAC informa que pese a haber cumplido con los requisitos necesarios para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa FETRANSA, ésta no ha manifestado su voluntad de suscribir el Contrato y por lo tanto, solicita al Consejo Directivo de OSITRAN que dicte un mandato de acceso temporal de acuerdo a lo previsto en el artículo 63° del RMA, en atención a que los términos del Contrato de Acceso ya están contemplados en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión y la Tarifa de acceso a la Vía también está determinada en el Contrato.

Señala además que dicho mandato, le permitirá cumplir con los requisitos del artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC y así continuar con los trámites necesarios para la prestación efectiva de los servicios.

12. Finalmente mediante carta de fecha 14 de marzo remitida vía correo electrónico a OSITRAN el lunes 17 de marzo de 2003 FETRANSA presenta argumentos sobre la solicitud de mandato de acceso presentadas en el sentido de cuestionar que se haya cumplido con los requisitos necesarios para que se dicte el mandato pues a su entender no sería aplicable el RMA y en todo caso FERSIMSAC no habría cumplido con el procedimiento previsto en el RMA para que se le otorgue el acceso a la línea férrea al no haber presentado su solicitud correctamente y que FETRANSA observara oportunamente mediante su Carta N° 013-GL/FETRANS-2003 de fecha 24 de enero de 2003 y remitida FERSIMSAC el 29 de enero de 2003.

II. CUESTIONES A RESOLVER:

De acuerdo a lo antecedentes expuestos, las cuestiones a resolver que deben ser evaluadas para determinar la procedencia del acceso temporal solicitado son las siguientes:

- A. Determinar si de acuerdo a lo previsto en el Marco Legal aplicable a la Infraestructura Vial Ferroviaria, resulta procedente que la empresa FERSIMSAC solicite la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea.**
- B. Determinar si de acuerdo a lo previsto en el Marco Legal aplicable a la Infraestructura Vial Ferroviaria, la empresa FERSIMSAC ha cumplido con los requisitos necesarios para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa concesionaria FETRANSA.**
- C. Determinar si en el presente caso, resulta procedente legal y contractualmente que se dicte el acceso temporal solicitado teniendo en consideración aspectos legales y técnicos.**

En ese sentido, de no resultar procedente cualquiera de las cuestiones a resolver se declarará improcedente la solicitud.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

A continuación se desarrolla el análisis de las cuestiones controvertidas.

A. Si de acuerdo a lo previsto en el Marco Legal aplicable a la Infraestructura Vial Ferroviaria resulta procedente que la empresa FERSIMSAC solicite la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. El 6 de noviembre de 1991, se publicó el **Decreto Legislativo N° 690**, que declaró de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria.

El artículo 2° de la aludida norma legal dividió la actividad ferroviaria en:

- a. Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria;
- b. Servicios de transportes ferroviario.

El artículo 3° autorizó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a otorgar en concesión los tramos de las vías férreas que juzgue conveniente, bajo el compromiso de los concesionarios de ocuparse de la rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria y se dispuso que los concesionarios cobrarían directamente a los operadores del servicio de transporte ferroviario las tarifas que previamente se aprueben.

Finalmente, el artículo 4° del dispositivo normativo señaló que **el servicio de transporte ferroviario podía ser prestado libremente por cualquier persona, natural o jurídica, constituida o establecida en el país siempre que se cuente con el respectivo Permiso de Operaciones otorgado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.**

2. El 13 de julio de 1999, se publicó el **Decreto Supremo N° 027-99-MTC** que aprobó el Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento del Permiso de Operaciones del Servicio de Transporte Ferroviario.

El artículo 3° del referido Reglamento, señala que el Permiso de Operaciones es la autorización de carácter administrativo que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorga a un operador ferroviario, sea persona natural o jurídica para que preste servicios de transporte de carga y pasajeros o ambos, en las vías férreas de propiedad del Estado.

Finalmente, el artículo 13° señala que la obtención del Permiso de Operaciones no faculta a su titular a prestar servicios de transporte de carga ni de pasajeros en las vías férreas de propiedad del Estado, en tanto dicho titular no cumpla informar al MTC y OSITRAN lo siguiente:

- a. Que ha celebrado y mantiene vigente un Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea con el concesionario que haya suscrito el contrato con el MTC
- b. El detalle del material tractivo y rodante a utilizar.
- c. El detalle de la tripulación que utilizará para la prestación del servicio
- d. Copia de los respectivos certificados de cobertura de seguros vigentes, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo

3. El 20 de septiembre de 1999, se suscribió el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente entre el Estado Peruano, representado por el MTC, y la empresa concesionaria FETRANSA

De acuerdo a lo previsto en el propio Contrato de Concesión, (numeral 1.1, definición de Concesión), en virtud al mismo el Concedente (MTC) otorga al Concesionario (FETRANSA); (i) el derecho a explotar los Bienes de la Concesión; (ii) el derecho a prestar los Servicios de Transporte Ferroviarios con excepción del transporte de pasajeros y de carga que serán desarrollados por cualquier Operador; y, (iii) el derecho a prestar Servicios Complementarios en el Area Matriz, quedando obligado al pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial de acuerdo a los derechos y obligaciones establecidos en el Contrato y en las Leyes Aplicables.

4. La Cláusula Séptima del Contrato de Concesión denominada “Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario” establece en sus distintos numerales las condiciones en las cuales se prestarán los servicios de transporte ferroviario en la infraestructura vial concesionada.

El numeral 7.1° contempla lo relacionado a la tarifa por uso de vía que el Concesionario debe cobrar a las unidades de vagón, autovagón y/o coche que circule por la Línea Férrea cargada o descargada.

El numeral 7.3° norma lo relacionado con los Contratos con Operadores y establece expresamente que el Concesionario deberá celebrar Contratos de Ingreso a la Línea Férrea con los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario, a fin de que éstos puedan desarrollar dichos servicios y señala que los Contratos de Ingreso a la Línea Férrea serán los únicos documentos que acrediten la existencia y alcances de las relaciones entre el Concesionario y los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario.

El numeral 7.6° estipula lo relacionado al principio de Equidad de Servicios y establece que **el Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes.**

5. Finalmente, el Contrato de Concesión contiene una definición de “Operador de Servicios de Transporte Ferroviario”, que señala que es cualquier persona constituida o establecida en el país, que cuente con el Permiso de Operación correspondiente emitido por el MTC y que desarrolle Servicios de Transporte Ferroviario y precisa además, que de acuerdo a la Circular N° 17 en la Fecha de Cierre del Contrato, el Concesionario deberá contratar con una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. FETRANSA contrató a PERURAIL S.A. que es una empresa vinculada.
6. Por todo lo expuesto, el marco legal aplicable, así como el Contrato de Concesión contemplan un régimen de actividad ferroviaria desintegrada, en el cual la administración de la Infraestructura Vial Ferroviaria (Línea Férrea, estaciones, etc) está a cargo de una única empresa concesionaria (en el presente caso, FETRANSA) y la prestación de servicios de transporte ferroviario de carga y pasajeros se deja a la libre iniciativa privada y a la libre competencia permitiendo que cualquier persona (sea ésta natural o jurídica) pueda convertirse en operador de servicios de transporte ferroviario cumpliendo con los requisitos previstos para ello.

7. En el presente caso, FERSIMSAC ha hecho ejercicio de la libre iniciativa privada antes mencionada y ha decidido emprender por la prestación de servicios de transporte de carga y pasajeros.

En ese sentido, de acuerdo al marco legal vigente antes descrito, dicha empresa para prestar los servicios mencionados, debe contar con la autorización de la autoridad del Estado competente en evaluar si los solicitantes cumplen con las condiciones legales para desarrollar las mismas.

8. De acuerdo a las normas mencionadas la autoridad competente para evaluar a los que deseen prestar servicios de transportes ferroviarios en el Perú, es el MTC y los requisitos para obtener los respectivos permiso de operación están contemplados en el Decreto Supremo N° 027-99-MTC.
9. FERSIMSAC, como ha sido mencionado, ha acudido al MTC para obtener el respectivo permiso de operación que la habilite a prestar servicios de transporte ferroviarios de carga y pasajeros en el Perú y ha obtenido dicho Permiso mediante la Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14.

Dicho permiso, de acuerdo a lo previsto en el propio Reglamento, únicamente constituye una autorización de carácter administrativo que el MTC otorga a un operador ferroviario. Igual sucede en el caso de las agencias marítimas, aerolíneas y empresas de transporte de carga y pasajeros por automotor, sobre la base de la experiencia en la materia, pero que de por sí, no habilita a prestar los servicios directamente.

10. El propio Reglamento de Permiso de Operaciones de Servicios de Transporte Ferroviario exige que los operadores ferroviarios para prestar su servicios efectivamente, reúnan en forma previa determinadas condiciones que están orientadas a una adecuada operatividad.
11. Así el artículo 13° contempla dichas condiciones entre las cuales se exige la suscripción del respectivo Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa concesionaria que en virtud a un Contrato de Concesión suscrito con el MTC administre la Línea Férrea, tal como se encuentra expresamente establecido en el literal a) del artículo bajo comentario.
12. Como consecuencia de ello, dado que FERSIMSAC ha acreditado contar con el respectivo Permiso de Operación, resulta procedente que solicite la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea a FETRANSA para prestar servicios de transporte ferroviarios de pasajeros y de carga en la Línea Férrea que dicha empresa administra.

B. Si de acuerdo a lo previsto en el Marco Legal aplicable a la Infraestructura Vial Ferroviaria, la empresa FERSIMSAC ha cumplido con los requisitos necesarios para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa concesionaria FETRANSA.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Como ha sido mencionado en el acápite anterior, para prestar los servicios de transporte ferroviarios de carga y pasajeros en el Perú se requiere obtener en primer lugar, el Permiso de Operación otorgado por el MTC.
2. Asimismo, luego de obtener dicho Permiso se debe cumplir con las condiciones previstas en el artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC que están referidas a los siguientes aspectos:
 - a. Celebrar un Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa concesionaria.
 - b. Presentar el detalle del material tractivo y rodante a utilizar.
 - c. Presentar el detalle de la tripulación que utilizará para la prestación del servicio
 - d. Presentar copia de los respectivos certificados de cobertura de seguros vigentes, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo.
3. En tal sentido, el operador autorizado está en la obligación de cumplir con las condiciones mencionadas antes de prestar los servicios de transportes ferroviarios.
4. El Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, en sus diversas cláusulas recoge también las mismas condiciones expresadas en el marco legal sobre el cual se suscribió el mismo.
5. El numeral 7.3° del Contrato de Concesión precisa que para que los operadores puedan desarrollar los servicios de transporte ferroviario deben celebrar contratos de ingreso a la línea férrea con la empresa concesionaria. También señala que dichos contratos son los únicos documentos que acreditan la existencia y alcances de las relaciones entre la empresa concesionaria y los operadores, y en ellos debe diferenciarse expresamente la tarifa por uso de vía de cualquier otro derecho de cobro a favor del Concesionario, considerando que **el Concesionario no podrá supeditar el acceso de un operador a la línea férrea a que éste acepte servicios de transporte ferroviario y/o servicios complementarios.**

Asimismo, dispone que los Contratos de Ingreso o Acceso a la Línea Férrea deberán contener al menos:

- (i) La identificación de los servicios de transporte ferroviario que desarrollará el operador, incluyendo sus itinerarios, frecuencias y horarios.
- (ii) El detalle de todos y cada uno de los pagos que deba efectuar el operador a favor del concesionario, discriminando la tarifa por uso de vía de cualquier otro concepto, comisión o descuento, así como los Servicios de Transporte Ferroviario y/o Servicios Complementarios que el concesionario se obliga a prestar a favor del operador.
- (iii) El plazo de vigencia, que no podrá exceder de 10 años, sin perjuicio de quienes lo celebren de acordar oportunamente su renovación.
- (iv) El derecho del concesionario a impedir el desarrollo de los servicios de transporte ferroviario del operador, en caso se produzca alguno de los supuestos en el numeral 12.2 del Contrato.

- (v) La obligación del operador de interconectarse al sistema central de telecomunicaciones de la concesión
 - (vi) La obligación del operador de aceptar la subasta de cualquiera de sus horarios en caso existiera pluralidad de interesados.
 - (vii) La obligación del operador de mantener el material tractivo y rodante que utilice para sus servicios, así como las instalaciones vinculadas a las mismas en forma que sean aptos para la operación según las normas y estándares previstos en el Contrato que el concesionario está obligado a brindarle.
 - (viii) La obligación del concesionario de proporcionar al operador un ejemplar del Plan de Emergencias y de ser el caso la obligación del operador de ser el caso de adecuarse al mismo en un plazo determinado.
 - (ix) El derecho del operador de solicitar información al Concesionario respecto de los frecuencias, itinerarios u horarios ocupados y/o disponibles, así como sus respectivas características técnicas.
 - (x) La obligación del concesionario y del operador de comunicar al Concedente y a OSITRAN cualquier modificación al Contrato de Acceso a la Línea
 - (xi) La obligación del concesionario y del operador de proporcionar información pertinente que pueda serle solicitada por OSITRAN
6. Por su parte, el numeral 12.2° señala que la empresa concesionaria se obliga a permitir el ingreso a la Línea Férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones previstas en el Contrato y en las Leyes Aplicables y que el por lo tanto el Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un operador en caso que:
- (i) No cuente con el respectivo Permiso de Operación
 - (ii) Cuando exista impedimentos técnico u operativo al no mantener su material tractivo y rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria.
 - (iii) No cuente con los seguros establecidos por las leyes aplicables.
7. Como es de verse, el Contrato de Concesión establece también los mismos requisitos que el Decreto Supremo para que un operador preste efectivamente sus servicios en la Línea Férrea.

Así el numeral 7.3° del Contrato de Concesión regula la necesidad de suscribir un Contrato de Acceso o Ingreso a la Línea Férrea y el numeral 12.2° regula la necesidad de que el operador cuente con el material tractivo y rodante apropiado y con las pólizas de seguros exigidas.

8. En tal sentido, para prestar efectivamente los servicios de transporte ferroviario, el operador, de acuerdo a lo previsto en las disposiciones legales y contractuales mencionadas, además de contar con su permiso de operación debe:
- a. Suscribir su Contrato de Acceso a la Línea Férrea conteniendo al menos las estipulaciones previstas en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión;
 - b. Contar con el material tractivo y rodante apropiado y con la tripulación adecuada que le permita desarrollar sus actividades de acuerdo a los estándares y normas de seguridad exigidos por el Contrato.
 - c. Contar con las pólizas de seguros vigentes.

9. De acuerdo a lo señalado, cualquier operador interesado en prestar sus servicios en la Línea Férrea debe realizar los trámites necesarios para dar cumplimiento a las condiciones antes mencionadas.
10. Sin embargo, cabe indicar que **las condiciones exigidas para operar son tratadas en forma independiente por el Decreto Supremo N° 027-99-MTC** conforme se aprecia de la redacción de su artículo 13°, en el que se consigna los mismos en forma separada. **También dichas condiciones son tratadas en forma independiente por el Contrato de Concesión, que en su numeral 7.3 regula lo relacionado al Contrato de Acceso a la Línea Férrea y sus características mínimas; y, en su numeral 12.2° lo relacionado a los requisitos operativos como son la de contar con su permiso de operación, con el material tractivo y rodante apropiado y con las pólizas de seguros vigente.**

En ese sentido, **para suscribir el Contrato de Acceso o Ingreso a la Línea Férrea el operador debe cumplir al menos con aceptar las estipulaciones contenidas en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión; y, para prestar sus servicios efectivamente contar con las exigencias previstas en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión.**

11. De lo mencionado se evidencia que el Contrato de Concesión establece tratamientos diferenciados para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea y requisitos puntuales para la operación efectiva, la cual debe ser supervisada en la operación por la empresa concesionaria.
12. Ello, encuentra su sustento además en lo dispuesto **en el numeral 7.3° que establece que el Contrato de Acceso a la Línea Férrea debe contener los compromisos obligaciones y derechos del operador y del concesionario, en tanto que el numeral 12.2° establece los requisitos que deben cumplirse para la operación efectiva y que su incumplimiento motiva que el Concesionario impida en forma efectiva también el ingreso a la Línea Férrea.**
13. Por lo tanto, queda claro entonces que los requisitos contractuales que debe cumplir el operador para suscribir un Contrato de Acceso a la Línea Férrea están centrados en aceptar las estipulaciones previstas en el numeral 7.3° y someterse a ellas.
14. Sin embargo, debe tenerse en consideración, que **supletoriamente** al Contrato de Concesión se le aplican las disposiciones que ha expedido el Consejo Directivo de OSITRAN en ejercicio legítimo de sus facultades normativas, como es el caso del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2001-CD-OSITRAN - RMA

Dicho Reglamento regula lo relacionado a las solicitudes y contratos de acceso a las infraestructuras de transporte de uso público que constituyen facilidades esenciales para la prestación de servicios de transporte que formen parte de la cadena logística de transporte.

15. De conformidad con el referido RMA, las Líneas Férreas tienen la condición de **facilidad esencial** y por lo tanto le resultan aplicable sus disposiciones a las líneas

férreas concesionadas en forma supletoria al Contrato de Concesión, conforme a lo previsto expresamente en su artículo 6°.

16. El RMA contempla un procedimiento con tres etapas:

Una Primera, referida a la solicitud de acceso que tiene como propósito resolver las controversias que puedan suscitarse respecto del acceso a las mismas

Una Segunda, referida a la realización de subastas en caso que la infraestructura de transporte solicitada resulte insuficiente para que accedan a brindar sus servicios todos los solicitantes; y

Una Tercera, referida a la suscripción del Contrato de Acceso.

17. Respecto de la primera etapa referida a la solicitud de acceso, el RMA señala que las solicitudes que se presenten deben contener cuando menos lo siguiente:

- (i) La determinación específica de la infraestructura o fracción de ella a la que se desea tener acceso.
- (ii) La definición del servicio que el solicitante pretende brindar
- (iii) Una somera descripción de la relación entre el acceso que se solicita y el servicio que se desea brindar
- (iv) Una breve descripción de los términos bajo los cuales requiere usar la infraestructura cuyo acceso solicita
- (v) Los demás requisitos o condiciones establecidos en los reglamentos o lineamientos de acceso de la entidad prestadora siempre que hayan sido previamente aprobados por el OSITRAN

Asimismo, el RMA precisa en su artículo 29° que **la entidad prestadora contará con quince (15) días hábiles para dar respuesta a la solicitud de acceso y que de no dar respuesta a la solicitud en el plazo señalado, se entenderá que la entidad prestadora considera que dicho acceso es procedente.**

Por otro lado, el propio reglamento señala que **si la solicitud estuviera incompleta o no reuniera todos los requisitos exigibles, la entidad prestadora podrá conceder un plazo de cinco días para que se subsane la solicitud y que de presentarse la información solicitada y/o faltante, la entidad prestadora tendrá nuevamente 15 días hábiles para resolver la solicitud contados desde la fecha de su subsanación.**

Finalmente, dispone que **si la entidad prestadora considerara que no cabe atender en todo o en parte la solicitud de acceso** por no existir infraestructura disponible, por no ser posible brindar dicho acceso por razones técnicas, económicas, de seguridad o de cualquier otra índole o basándose en cualquier otro motivo razonable, **deberá comunicar dicho hecho por escrito al solicitante, señalando con precisión los motivos y fundamentos de su denegatoria.**

18. Como es de verse el RMA contempla un procedimiento sumamente ágil que exige a la entidad prestadora:

- Pronunciarse en un plazo no mayor de 15 días hábiles sobre el acceso solicitado o de lo contrario se entiende que la entidad considera que dicho acceso es procedente

- Pronunciarse sobre la solicitud y en el caso que la misma esté incompleta conceder un plazo de cinco días hábiles para su subsanación.¹

19. En el presente caso, de acuerdo a los antecedentes expuestos, FERSIMSAC presentó formalmente su solicitud de acceso a la línea férrea mediante Carta N° GG/GG-011-FC.Santuario de fecha 24 de enero de 2003 en la que solicita expresamente acceder a la línea férrea a FETRANSA en el tramo Cusco – MachuPicchu – Hidroeléctrica.

Anteriormente, mediante Carta N° GG/GG-010-FC.Santuario de fecha 17 de enero de 2003, FERSIMSAC había solicitado a FETRANSA se le alquile material tractivo y rodante y estaciones; y, obtuvo como respuesta de FETRANSA mediante Carta N° 013-GL/FETRANS-2003 de fecha 24 de enero de 2003, la necesidad de suscribir un Contrato de Acceso y asimismo, recibió de ésta un borrador de Contrato de Acceso;

Cabe indicar que FETRANSA en el último escrito de antecedentes ha sostenido que dicha comunicación respondió la Carta N° N° GG/GG-011-FC.Santuario de fecha 24 de enero de 2003. Sin embargo, en dicha comunicación no se alude en ningún momento a la solicitud de acceso y tampoco se otorga a FERSIMSAC el plazo de cinco días que dispone el RMA ni se le establece los requisitos que ha omitido. Por el contrario como fuera mencionado en el párrafo anterior, dicha Carta de FETRANSA responde a la Carta N° GG/GG-010-FC.Santuario de fecha 17 de enero de 2003 en la que FERSIMSAC le solicitó el alquiler de material tractivo y rodante y estaciones.

Asimismo, cabe señalar que FETRANSA en el último escrito de antecedentes también ha sostenido que no era de aplicación el RMA pues no fue invocado por FERSIMSAC. Sobre el particular, el RMA es un Reglamento que se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2002 y que fue publicado en diario oficial El Peruano. En tal sentido no cabe sostener que porque no fue invocado no era aplicable más aún cuando el RMA es de aplicación obligatoria en todo lo no previsto en el Contrato de Concesión por las empresas concesionarias.

Por lo tanto de conformidad con lo dispuesto en el RMA, FETRANSA tenía 15 días hábiles para pronunciarse sobre dicha solicitud aceptándola o denegándola e incluso de considerar que dicha solicitud estaba incompleta de solicitar que se complete otorgando un plazo de cinco días hábiles.

Sin embargo, **FETRANSA no se pronunció dentro del plazo de 15 días hábiles sobre la solicitud negándola o aceptándola y tampoco solicitando nueva información, por lo que de acuerdo a lo previsto en el RMA se entiende que ha consentido en el acceso solicitado, teniendo en cuenta que es una presunción que produce efectos jurídicos.**

Pese a ello, FERSIMSAC dentro del plazo que tenía FETRANSA para pronunciarse, mediante Carta N° GG/GG-016-FC. Santuario-2003 de fecha 12 de febrero de 2003,

¹ Cabe indicar que el mismo deber de actuación se contempla en los artículos 125 y 188 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General que regulan lo relacionado a los procedimientos administrativos de evaluación previa con silencios positivo, donde la inacción dentro del plazo previsto genera automáticamente la aprobación de las solicitudes en los términos que fueron solicitados, pues precisamente en este tipo de procedimientos lo que se evalúa es el cumplimiento de requisitos exigidos y al no mencionarse nada dentro del plazo previsto se acepta lo solicitado.

le alcanzó el detalle de las frecuencias, itinerarios y horarios de la línea férrea que deseaba utilizar a efectos de que FETRANSA se pronuncie y asimismo, le adjuntó un borrador de Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la finalidad que FETRANSA lo revise y fije día y hora para la firma del Contrato a fin de remitir el mismo al MTC.

FETRANSA, fuera del plazo que tenía para pronunciarse, remitió a FERSIMSAC la Carta N° 33-GL-2003/FETRANS de fecha 24 de febrero de 2003 en la que se pronuncia sobre los documentos alcanzados.

Cabe indicar que en dicha comunicación tampoco deniega el acceso solicitado y se centra en establecer una serie de exigencias que FERSIMSAC debe cumplir relacionadas con el material tractivo y rodante y con el personal a ser contratado entre otros.

Adicionalmente, cabe señalar, que las comunicaciones posteriores de FETRANSA tampoco evidencian una negativa al acceso solicitado sino que por el contrario están referidas a requisitos que se deben cumplir para la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea.

20. Como consecuencia de ello, en aplicación estricta del RMA se entiende que FETRANSA no ha denegado el acceso a la línea férrea solicitado y que por el contrario, ha accedido al mismo.
21. Finalmente, FERSIMSAC mediante carta de fecha 26 de febrero de 2003, se dirige a FETRANSA y le solicita que en atención a que ha cumplido con todos los requisitos previstos para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea y que no existe disputabilidad de horarios y frecuencias, que se fije día y hora para su suscripción, sin perjuicio de posteriormente cumplir con los requisitos que establece el numeral 12.2° del Contrato de Concesión para iniciar las operaciones.
22. Por lo tanto, de acuerdo a lo estipulado en el RMA y en el Contrato de Concesión, es factible que FERSIMSAC suscriba un Contrato de Acceso a la Línea Férrea, pues ha cumplido con los requisitos para ello, al haber obtenido su permiso de operación por parte del MTC y al no existir una negativa expresa de FETRANSA al acceso a la línea férrea solicitado por dicha empresa; y, asimismo, al estar dispuesta a someterse a las estipulaciones previstas en el numeral 7.3 del Contrato de Concesión

C. Si en el presente caso resulta procedente legal y contractualmente que se dicte el acceso temporal solicitado teniendo en consideración aspectos legales y técnicos.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Como ha sido mencionado en los acápites anteriores, resulta procedente que FERSIMSAC solicite a FETRANSA la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea ya que ha cumplido con los requisitos necesarios para tal efecto.
2. Sin embargo, es de mencionar que el numeral 7.6° del Contrato de Concesión, así como el RMA, establecen que previamente a la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea debe evaluarse si existe disputabilidad en el acceso solicitado por

parte de otros operadores. En caso de existir disputabilidad, se realizará una subasta o concurso entre los operadores para efectos de asignar los accesos.

3. En ese sentido, considerando que el Contrato de Concesión prevalece sobre el RMA y que el mismo es de aplicación supletoria a éste, se tiene en consideración lo expresado en el Contrato de Concesión.
4. El numeral 7.6 señala expresamente que en caso que dos o más operadores deseen usar al mismo tiempo el mismo segmento de Línea Férrea o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro por el momento en que ambos Servicios desean ser desarrollados, el Concesionario queda obligado a:

- (i) Desarrollar un concurso para seleccionar a cual de ellos se adjudica el horario solicitado, **en el que podrán participar los Operadores antes citados y cualquier otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.** La convocatoria a concurso deberá efectuarse obligatoriamente tan pronto el Concesionario reciba una comunicación escrita de cualquier Operador, que no sea una Empresa Vinculada del Concesionario entendiendo por Empresa Vinculada a aquella definida como tal por las Bases, con la que complete la pluralidad de interesados por el mismo horario en el mismo segmento de Línea Férrea y/o en la misma frecuencia o en cualquiera de ellas que limite, restrinja o impida el Servicio de Transporte Ferroviario desarrollado por otro Operador. El pedido de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario no originará un concurso cuando el horario involucrado hubiera sido adjudicado previamente mediante el mecanismo de concurso aquí regulado.

A fin de permitir la realización de este concurso, el Concesionario esta obligado a incluir en sus relaciones con Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario una estipulación expresa en el sentido que cualquier horario convenido esta supeditado en su vigencia a la realización de un concurso por dicho horario, en caso existiera pluralidad de interesados conforme a lo previsto en este Contrato.

- (ii) La convocatoria a concurso deberá publicarse en un diario de circulación nacional, al menos diez Días antes de la fecha en que se realice la subasta.

La subasta se realizará ante Notario Público, quien deberá certificar que los interesados acrediten su condición de Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario mediante el respectivo Permiso de Operación otorgado conforme a las Leyes Aplicables. El Notario Público deberá levantar un acta correspondiente a la subasta en la que identifique a los interesados, sus ofertas y al ganador del concurso, en base al criterio de selección establecido en el siguiente literal.

El Concesionario está obligado a enviar al Concedente y a OSITRAN, respectivamente, una copia certificada del acta notarial antes mencionada.

- (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. de este Contrato.** 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.
- (iv) **El horario materia de concurso se adjudicará al ganador por un plazo no mayor a un año.** El Concesionario y el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario ganador del concurso deberán modificar su contrato de ingreso a la Línea Férrea, a fin de incorporar el horario adjudicado, o deberán celebrar el respectivo contrato de ingreso a la Línea Férrea, en caso el horario adjudicado fuera el primero a ser desarrollado por el ganador del concurso.
- (v) Si al vencimiento del plazo del contrato antes señalado, nuevamente se produjera concurrencia de solicitudes de horarios, el Concesionario deberá seguir con el procedimiento aquí establecido. De no existir concurrencia de solicitudes, el Concesionario dejará de realizar el concurso antes mencionado y deberá aplicar nuevamente la tarifa por uso de vía prevista en el numeral 7.1. de este Contrato.
5. En el presente caso, los únicos que podrían solicitar usar al mismo tiempo el mismo segmento de Línea Férrea, son PERURAIL S.A. empresa vinculada de la empresa concesionaria FETRANSA y FERSIMSAC en atención que son los únicos operadores legalmente reconocidos por el MTC habilitados para participar en el mismo, por cuanto el otro operador habilitado por el MTC, FERROCARRIL CENTRAL ANDINO S.A. quien opera en la Línea Férrea correspondiente al Ferrocarril del Centro, se encuentra impedido de operar en otro Ferrocarril distinto al mismo de conformidad con lo previsto en el numeral 12.2° de su Contrato de Concesión.
6. En tal sentido, dado que la única opción de disputabilidad de horarios podría darse entre PERURAIL S.A., operador vinculado a la empresa FETRANSA y FERSIMSAC, es necesario previamente a evaluar si resulta procedente el dictado de una mandato de acceso temporal, determinar si existe disputabilidad de horarios entre los solicitados por FERSIMSAC y los operador por PERURAIL S.A.
7. Los itinerarios, frecuencias y horarios solicitados por FERSIMSAC son los siguientes:

Pachar – Machupicchu - Hidroeléctrica

Servicio	Tren N° 9 Pasajeros Turismo Pachacutec		Tren N° 13 Pasajeros Autovagón Turismo		Tren N° 3 Pasajeros Turismo Ollanta		Tren N° 15 Pasajeros Autovagón Turismo		Tren N° 5 Pasajeros Servicio Local		Tren N° 19 Carga Miércoles y viernes	
	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale
Pachar		8.18		9.15		10.30		14.30		20.10		20.50
Ollanta	8.28	8.28	10.05	10.06	10.41	10.43	14.40	14.42	20.21	20.25	21.02	21.07
Tanccac		8.38		10.14		10.53		14.50	20.35	20.36	21.17	21.20
Chilca		8.44		10.19		11.00		14.56	20.43	20.44	21.27	21.30
Km. 82.00		8.55		10.28		11.11		15.06	20.55	20.56	21.42	21.45

Qorihuayrachina	9.07	9.19		10.38	11.23	11.25		15.16	21.08	21.09	21.59	22.05
Pampacahua		9.30		10.48		11.36	15.26	15.33	21.20	21.22	22.15	22.17
Cedrobamba		9.43		10.59		11.50	15.43	15.47	21.36	21.37	22.32	22.35
Km. 104.00		9.48		11.03	11.55	11.56		15.52		21.42	22.42	22.45
Km. 107.00		9.54		11.07		12.01	15.57	16.01	21.47	21.48	22.52	22.57
Aguas Calientes	10.05		11.16		12.12		16.10		21.58	22.15	23.09	23.20
Puente Ruinas									22.20	22.25		
Mándor									22.31	22.41		
San Miguel									22.53	22.55		
Hidroeléctrica									23.03		23.50	

Hidroeléctrica – Machupicchu - Pachar

Servicio	Tren N° 2 Pasajeros Servicio Local		Tren N° 14 Pasajeros Autovagón Turismo		Tren N° 10 Pasajeros Turismo Pachacutec		Tren N° 16 Pasajeros Autovagón Turismo		Tren N° 4 Pasajeros Turismo Ollanta		Tren N° 20 Carga	
	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale
Hidroeléctrica		5.00										
San Miguel	5.08	5.10										
Mándor	5.22	5.24										
Puente Ruinas	5.30	5.32										
Aguas Calientes	5.37	6.00		12.35		15.40		16.35		17.30	0.40	0.50
Km. 107.00	6.10	6.11		12.44	15.50	16.00		16.44	17.40	17.42	01.02	01.05
Km. 104.00	6.16	6.17		12.48		16.05		16.48		17.47	01.11	01.13
Cedrobamba	6.23	6.24		12.52		16.10		16.52	17.53	17.54	01.19	01.24
Pampacahua	6.39	6.40		13.04		16.25		17.04	18.12	18.14	01.44	01.47
Qorihuayrachina	6.52	6.53		13.15		16.37		17.15	18.28	18.29	02.03	02.08
Km. 82.00	7.06	7.07		13.25		16.50		17.26	18.43	18.45	02.26	02.28
Chilca	7.19	7.21		13.35		17.01		17.37	18.58	19.00	02.45	02.47
Tanccac	7.29	7.30		13.41		17.08		17.43	19.08	19.09	02.58	03.00
Ollanta	7.40	7.42	13.50	13.51	17.18	17.20	17.52	17.53	19.19	19.21	03.11	03.15
Pachar	7.53		14.01		17.31		18.03		19.33		03.28	

8. Los itinerarios, frecuencias y horarios operados por PERURAIL S.A. en el tramo solicitado por FERSIMSAC son los siguientes:

Cusco – Machu Picchu

Servicio	Vistadome		Backpacker		Backpacker	
	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale
Cusco		06.00		06.15		06.35
Poroy	06.40	06.45	07.05	07.10	07.25	07.35
Ollanta	08.05	08.15	08.35	08.40	09.00	09.05
Machupicchu	09.40		10.10		10.40	

Machu Picchu - Cusco

Servicio	Vistadome		Backpacker		Backpacker	
	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale
Machupicchu		15.30		15.55		16.20
Ollanta	16.55	17.00	17.35	17.40	18.00	18.05
Poroy	18.20	18.30	19.15	19.25	19.40	19.50

Cusco	19.20		20.20		20.45	
-------	-------	--	-------	--	-------	--

Valle Sagrado – Machu Picchu

Servicio	Vistadome 1		Vistadome 3		Vistadome 5		Backpacker Shuttle 1	
	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale
Urubamba		06.10						
Ollanta	07.00	07.05		10.30		14.55		09.25
Machupicchu	08.20		11.45		16.15		11.00	

Machu Picchu – Valle Sagrado

Servicio	Vistadome 2		Vistadome 4		Vistadome 6		Backpacker Shuttle 2	
	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale	Llega	Sale
Machupicchu		08.35		13.20		16.45		17.00
Ollanta	10.05		14.40		18.05	18.10	18.40	
Urubamba					19.10			

TREN SOCIAL Cusco - Machupicchu

Servicio	Tren social	
	Llega	Sale
Cusco		08.00
Ollanta	10.25	10.30
Machupicchu	12.11	

TREN SOCIAL Machupicchu -Cusco

Servicio	Tren social	
	Llega	Sale
Machupicchu		17.45
Ollanta	19.35	19.40
Cusco	22.20	

9. De acuerdo a lo manifestado en el Contrato de Concesión corresponde determinar si existe disputabilidad o no en algunos horarios, teniendo en consideración que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento General de Ferrocarriles vigente, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 012-78-TC, ningún tren puede seguir a otro sino a una distancia equivalente a un trayecto de 10 minutos.
10. A fin de determinar la existencia de disputabilidad, se ha considerado los horarios solicitados por FERSIMSAC, los horarios de los servicios turísticos registrados en la página web de Perú Rail el 11 de marzo del presente, y adicionalmente los horarios correspondientes al servicio local de pasajeros que brinda Perú Rail y que fueran remitidos vía fax del 23 de agosto de 2002 al OSITRAN.

Esta comparación de horarios se ha efectuado para el tramo Ollanta – Machu Picchu – Ollanta, que corresponde a la ruta de mayor uso en que podría existir la disputabilidad.

En el cuadro adjunto se presentan los horarios para la ruta y los servicios mencionados.

**SERVICIO DE TRANSPORTE DE FERROVIARIO OLLANTA - MACHU PICHU - OLLANTA
HORARIOS UTILIZADOS POR PERURAIL Y SOLICITADOS POR F. SANTUARIO**

RUTA					
Ollanta - Machu Pichu			Machu Pichu - Ollanta		
Partida	Llegada	Operador	Partida	Llegada	Operador
7.05	8.20	Perú Rail	0.40	3.11	F. Santuario
8.15	9.40	Perú Rail	6.00	7.40	F. Santuario
8.28	10.05	F. Santuario	6.05	7.55	Perú Rail (Local)
8.40	10.10	Perú Rail	8.35	10.05	Perú Rail
9.05	10.40	Perú Rail			
9.25	11.00	Perú Rail			
10.06	11.16	F. Santuario			
10.30	11.45	Perú Rail			
10.30	12.11	Perú Rail (Local)			
10.43	12.12	F. Santuario			
14.42	16.10	F. Santuario	12.35	13.50	F. Santuario
14.55	16.15	Perú Rail	13.20	14.40	Perú Rail
20.25	21.58	F. Santuario	15.30	16.55	Perú Rail
21.07	23.09	F. Santuario	15.40	17.18	F. Santuario
			15.55	17.35	Perú Rail
			16.20	18.00	F. Santuario
			16.35	17.52	F. Santuario
			16.45	18.05	Perú Rail
			17.00	18.40	Perú Rail
			17.30	19.19	F. Santuario
			17.45	19.35	Perú Rail (Local)

Fuentes:

www.perurail.com (Perúrail)

Fax s/n del 23/08/2002 (Perúrail local)

Anexo 5 a la carta GG/GG-016-FC-Santuario-2003 (F.Santuario)

11. Tal como se puede apreciar el cuadro anterior, no existe disputabilidad en ninguna de las 12 frecuencias solicitadas por el FERSIMSAC. Sin embargo, el horario solicitado para la ruta de Machu Picchu a Ollantaytambo con partida a las 6.00, no guarda la distancia de 10 minutos con respecto a la partida del tren siguiente a las 6.05 a.m.
12. Habiendo determinado que no existe disputabilidad de horarios, salvo el supuesto de trenes que parten de Machu Picchu a Ollantaytambo antes mencionado y que puede ser salvado modificando el horario de partida, corresponde evaluar si resulta o no procedente emitir el mandato de acceso temporal solicitado.
13. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53° del RMA, en virtud a los mandatos de acceso OSITRAN determina a falta de acuerdo, el contenido íntegro o parcial de un contrato de acceso y/o la manifestación de voluntad para celebrarlo.
14. Asimismo, el artículo 54° del RMA contempla los supuestos respecto de los cuales corresponde la emisión de un mandato por parte del Consejo Directivo de OSITRAN y señala como tales los siguientes:
 - En los casos en que el acceso a brindarse a una facilidad esencial no requiera la realización de una subasta, pero que sin embargo, las partes no han llegado a

ponerse de acuerdo sobre los cargos o condiciones en el Contrato de Acceso, en los plazos y formas establecidas

- En los casos que habiéndose otorgados la Buena Pro en la subasta, la entidad prestadora se negara a suscribir el Contrato de Acceso.

15. Por su parte el artículo 63° del RMA contempla lo relacionado al acceso temporal y establece que en atención a los intereses de los usuarios o por estar en discusión sólo aspectos accesorios del Contrato de Acceso, el Consejo Directivo de OSITRAN podrá disponer, mediante resolución debidamente motivada, que se otorgue temporalmente acceso a la infraestructura para brindar los servicios objeto de la solicitud en tanto se apruebe el mandato definitivo. En ese caso la resolución que ordena el acceso temporal, establecerá qué términos y condiciones aún no establecidas o definidas regularán el acceso en tanto se emita el mandato definitivo.

Se precisa además que si la decisión fuera impugnada, dicha impugnación no suspenderá la ejecución del acceso temporal y que el acceso temporal puede concederse hasta por un periodo de seis meses renovables sucesivamente por decisión motivada del OSITRAN.

Finalmente se menciona que el acceso temporal se concede sin perjuicio de la obligación que tiene la entidad prestadora, de garantizar la continuidad de los servicios vinculados a la explotación de la infraestructura de uso público.

16. En tal sentido, el acceso temporal es un instrumento contenido en el marco regulatorio aplicable a los Contrato de Concesión que tiene como propósito evitar que las acciones de las Entidades Prestadoras al momento de tener que suscribir los Contratos de Acceso a la Infraestructura, perjudiquen a los usuarios intermedios que desean acceder a la misma para brindar sus servicios considerando que la infraestructura es un bien de dominio público y que en el caso de la regulada por el RMA tiene la condición de esencial para la prestación de servicios públicos.
17. En el presente caso, mediante la Carta N° GG/GG-025-FC.Santuario – 2003 del 10 de marzo de 2003, FERSIMSAC informa a OSITRAN que pese a haber cumplido con los requisitos necesarios para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa FETRANSA ésta no ha manifestado su voluntad de suscribir el Contrato. Por lo tanto, solicita al Consejo Directivo de OSITRAN que dicte un mandato de acceso temporal de acuerdo a lo previsto en el artículo 63° del RMA, en atención a que los términos del Contrato de Acceso ya están contemplados en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión y la Tarifa de acceso a la Vía también está determinada en el Contrato.
18. Como ha sido mencionado en los acápites precedentes, los únicos requisitos exigibles para suscribir un Contrato de Acceso a la Línea Férrea son: (i) ser operador de transporte ferroviario acreditado por el MTC; (ii) no existir una negativa justificada al acceso por parte de la Entidad Prestadora ante la solicitud presentada; y (iii). brindar su disposición a someterse a las estipulaciones contenidas en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión;
19. FERSIMSAC ha acreditado fehacientemente que ha cumplido con los requisitos antes mencionados pues: (i) cuenta con un permiso de operación expedido por el MTC; (ii) la solicitud de acceso a la Línea Férrea que presentara no ha sido denegada

justificada ni injustificadamente por FETRANSA, y (iii) ha manifestado su disposición a someterse a las estipulaciones contenidas en el numeral 7.3º del Contrato de Concesión.

20. Sin embargo, pese a ello, como se ha mencionado en la parte de antecedentes, FETRANSA mediante sus comunicaciones ha manifestado su intención de suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea pero viene exigiendo a FERSIMSAC una serie de exigencias con las cuales esta empresa no está dispuesta a cumplir para la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea, pues considera que dichas exigencias están relacionadas a la prestación efectiva de los servicios de transporte ferroviario y que las cumplirá antes de prestar efectivamente los servicios.
21. Cabe reiterar, que las partes, pese haber mostrado su disposición a suscribir los Contratos de Acceso a la Línea Férrea, pues se han remitido borradores de Contratos de Acceso, no están de acuerdo en algunas exigencias que han llevado a que una de ellas, FERSIMSAC solicite su acceso temporal.
22. Como ha sido mencionado también, las exigencias planteadas por FETRANSA están relacionadas a aspectos que legal y contractualmente son independientes a la suscripción del Contrato de Acceso y que están relacionadas con la operación efectiva de los servicios.
23. Es de considerar que la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea no es título suficiente para prestar servicios de transporte ferroviario, sino que constituye uno de los requisitos para tal efecto.
24. Cabe indicar que los términos mínimos del Contrato de Acceso a la Línea Férrea están contenidos en el numeral 7.3º del Contrato de Concesión y el principal aspecto económico del mismo también está fijado en el Contrato de Concesión como es la tarifa de acceso a la línea férrea contemplada en el numeral 7.1º del Contrato de Concesión.
25. Como consecuencia de ello, habiéndose acreditado que FERSIMSAC ha cumplido con los requisitos exigidos por el Contrato de Concesión y en la Ley para suscribir el Contrato de Acceso a la Línea Férrea y que pesa a ello, FETRANSA se niega a suscribirlo, es que este Consejo Directivo considera que resulta procedente dictar el acceso temporal a efectos de que la inacción de FETRANSA no genere un perjuicio a los intereses del operador entrante y dificulte de esa manera que los usuarios del Ferrocarril del Sur Oriente puedan recibir los beneficios de la competencia en la prestación de servicios de transporte ferroviario, más aún teniendo en consideración que uno de los objetivos de la desintegración de la actividad ferroviaria al concesionarla fue fomentar la competencia en las operaciones ferroviarias.

IV. DE LOS ALCANCES DEL ACCESO TEMPORAL:

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Una de las características principales de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, como es el caso de los Aeropuertos, Puertos, Ferrovías y Carreteras es que son monopolios naturales donde en función a sus altos costos de inversión es difícil

que exista competencia; y, asimismo, es más eficiente que sea administrada por una sola entidad.

En el caso de la actividad ferroviaria como ha sido mencionado a lo largo de la presente resolución, se desintegró la misma con el propósito de hacerla más eficiente.

Así se estableció que la Infraestructura Vial Ferroviaria en función a su característica de monopolio natural podía estar sometida a una concesión otorgada por el Estado y sujeta a las normas aplicables a las concesiones y que la prestación de servicios de transporte ferroviario estaría sujeta a las normas de libre acceso y libre competencia.

En ese sentido, en el caso de la infraestructura de transporte al estar en manos de un único operador se somete a un régimen excepcional de controles previos y permanente por el Estado, con el propósito de evitar que el administrador abuse de dicha posición de monopolio en perjuicio de los usuarios a través de las tarifas que cobre, de las exigencias para acceder a las mismas o disminuyendo las calidades adecuadas.

Es por ello que se establece un marco regulatorio con el propósito de evitar que la administradora del monopolio natural abuse de su posición y se crean organismos reguladores para asegurar que ello no ocurra.

2. En el caso de la infraestructura de transporte se creó el OSITRAN mediante Ley N° 26917 del 23 de enero de 1998, es decir, antes de la suscripción del Contrato de Concesión de los Ferrocarriles (que fue el 20 de setiembre de 1999) con el propósito de que se encargue la regulación y supervisión de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

En dicha Ley se asignaron asimismo las competencias, atribuciones y funciones del OSITRAN, que además han sido ratificadas en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

Las referidas competencias establecidas en las normas legales le asignan a OSITRAN diversas funciones encaminadas a garantizar una explotación eficiente de la Infraestructura de Transporte de Uso Público.

3. Así se le asigna a OSITRAN entre otras funciones, la función normativa prevista en el literal c) del artículo 3 de la Ley N° 27332 que comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de su respectiva competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Cabe indicar que dicha función, en el caso particular de OSITRAN se encuentra prevista en el Reglamento General de OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2001-PCM en sus artículos 22° y siguientes.

4. En el caso de las obligaciones de las entidades prestadoras que administran la infraestructura de transporte de uso público establecidas en la Ley y en los Contratos de Concesión, OSITRAN ha dictado el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público que fuera aprobado por Resolución de Consejo

Directivo N° 034-2001-CD-OSITRAN en el que se establecen las reglas básicas referidas al acceso a la infraestructura de transporte de uso público y establece los criterios técnicos, económicos y legales a los cuales debe sujetarse: (i) Los Contratos de Acceso, incluida su forma y mecanismo de celebración; y (ii) Los pronunciamientos sobre el acceso que emite OSITRAN incluyendo los mandatos de acceso.

5. Es de mencionar que dicho Reglamento es de aplicación supletoria a los Contratos de Concesión cubriendo los vacíos que los mismos contienen sin modificarlos ni desnaturalizarlos. Ello en la medida que uno de los objetivos de OSITRAN previstos en el artículo 5 de la Ley N° 26917 es el de fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las entidades prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios.
6. El Contrato de Concesión de Ferrocarriles también contempla como un deber de cumplimiento de la empresa concesionaria el respetar los principios de libre acceso y competencia a la Infraestructura Vial Ferroviaria y señala que su incumplimiento origina un incumplimiento al Contrato de Concesión susceptible de ser sancionado incluso hasta el extremo de la caducidad del Contrato.
7. Así, el numeral 7.6 del Contrato de Concesión de Ferrocarriles como ha sido mencionado en la presente resolución, contempla el principio de equidad en servicios como una condición que debe cumplir la empresa concesionaria FETRANSA en los servicios de transporte ferroviario.

Dicho numeral dispone que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes y **reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea.**

8. En el presente caso, FERSIMSAC ha solicitado el acceso a la Línea Férrea a FETRANSA. Conforme ha sido mencionado, FETRANSA dentro del marco regulatorio que le resulta aplicable no ha denegado el acceso a la Línea Férrea sino que por el Contrario entiende que FERSIMSAC debe cumplir con determinados requisitos para suscribir el Contrato de Concesión.
9. De acuerdo a lo previsto en el RMA, cualquiera de las partes que estén negociando la suscripción de un Contrato de Acceso pueden dar por concluidas las negociaciones entre ellas y solicitar al OSITRAN en su calidad de organismos regulador y supervisor de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público que adopte las decisiones previstas en el referido Reglamento.
10. En ese sentido, FERSIMSAC mediante su Carta N° GG/GG-025-FC.Santuario – 2003 del 10 de marzo de 2003, informa que no se ha puesto de acuerdo con FETRANSA en los términos del Contrato de Acceso a la Línea Férrea y solicita que al amparo de lo previsto en el artículo 63° del RMA, el Consejo Directivo de OSITRAN dicte un mandato de acceso temporal con el propósito de continuar con sus acciones encaminadas a prestar servicios de transporte ferroviario en la Línea Férrea que

administra FETRANSA y donde únicamente opera la empresa vinculada a ésta PERURAIL S.A.

A lo largo de la presente resolución se da cuenta que FERSIMSAC ha cumplido con los requisitos para suscribir una Contrato de Acceso a la Línea Férrea.

11. Asimismo, de conformidad con lo previsto en el Contrato de Concesión, las condiciones mínimas del Contrato de Acceso a la Línea Férrea se encuentran previstas en el numeral 7.3 del Contrato de Concesión, así como la tarifa aplicable a dicho Contrato.
12. En tal sentido, el acceso temporal deberá tener en consideración a dichas condiciones que deberán ser acatadas por las partes, y la tarifa a considerarse será la prevista en el numeral 7.1 del Contrato de Concesión.
13. Como consecuencia de ello, el acceso temporal tiene los términos y condiciones que se establecen en el Anexo N° 1
14. Por último, cabe indicar que el acceso temporal que se otorga no es título suficiente para que FERSIMSAC preste efectivamente los servicios de transporte ferroviario en la Línea Férrea, sino que es necesario además, que previamente a la prestación de dichos servicios, cumpla con los demás requisitos previstos en el artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC y en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 19 de marzo de 2003;

SE RESUELVE :

Artículo Primero.- Aprobar el acceso temporal solicitado por la empresa FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC y en consecuencia, ordenar su acceso temporal a la Línea Férrea correspondiente en el Ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machu Picchu –Hidroeléctrica, en los horarios y frecuencias solicitadas por dicha empresa con las salvedades que se señalen en la presente resolución y de acuerdo a los términos y condiciones que se anexan a la presente.

Artículo Segundo.- Declarar que el acceso temporal otorgado no es título suficiente para que FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC preste efectivamente los servicios de transporte ferroviario en la Línea Férrea, sino que es necesario además, que previamente a la prestación de dichos servicios, cumpla con los demás requisitos previstos en el artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC y en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente.

Artículo Tercero.- La empresa FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANSA como administrador de la Línea Férrea tiene la facultad y obligación de determinar si alguna de las frecuencias asignadas a FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC no es técnicamente viable y se dispone además que en dicho supuesto, FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANSA deberá

acreditar tal situación a OSITRAN a efectos de que se modifiquen las frecuencias asignadas.

Artículo Cuarto.- La empresa FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANSA deberá respetar el acceso temporal otorgado, bajo apercibimiento de considerar su incumplimiento como una infracción sancionable en los términos del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN, y sin perjuicio de las penalidades que corresponden de acuerdo a lo previsto en el Contrato de Concesión.

Artículo Quinto.- Notificar la presente resolución a la empresa concesionaria FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANSA y a la empresa FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC

Artículo Sexto.- Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente y de autoridad competente para autorizar a los Operadores de Transporte Ferroviario.

Artículo Séptimo.- Encargar a la Gerencia de Supervisión que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución:

Artículo Octavo.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente