

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 004-2003-CD/OSITRAN

EXPEDIENTE Nº 001-2003-CD-OSITRAN

PROCEDENCIA : PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO

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

MATERIA : RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PRESENTADO POR LA EMPRESA FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 003-2003-CD/OSITRAN QUE OTORGO EL ACCESO TEMPORAL A LA EMPRESA FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUOPICCHU S.A.C.

SECTOR : EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL FERROVIA.

SUMILLA: Se confirma la Resolución Nº 003-2003-CD/OSITRAN que otorgó a la empresa operadora **FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC** el acceso temporal a la Línea Férrea correspondiente al Ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica concesionada a la empresa **FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANSA**.

Lima, 23 de abril de 2003

I. ANTECEDENTES:

1. La Resolución Nº 003-2003-CD/OSITRAN

El 19 de marzo de 2003 el Consejo Directivo de OSITRAN expidió la Resolución Nº 003-2003-CD/OSITRAN por medio de la cual dispuso lo siguiente:

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 al 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 resolución y de acuerdo a los términos y condiciones que se anexan a la referida resolución.*

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 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.*

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.

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.*

2. El Recurso de Reconsideración presentado por FETRANSA

El 28 de marzo de 2003 Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA interpone recurso de reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2003-CD-OSITRAN al amparo de lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme lo señala en el Segundo Otrosi de su escrito de reconsideración, con el propósito que dicha Resolución sea revocada.

Ferrocarril Transandino S.A. - FETRANSA sustenta su reconsideración en los siguientes principales argumentos:

- (i) La Resolución se basa en un inadecuado análisis del problema presentado al omitir considerar cuestiones fundamentales planteadas por FETRANSA, en particular que la empresa FERSIMSAC no cumplió con acreditar su capacidad técnica y financiera, lo que impidió seguir con las tratativas y seguir el procedimiento adecuado para el otorgamiento de acceso.
- (ii) La Resolución tuvo en consideración que había operado el silencio administrativo aceptando el acceso solicitado por FERSIMSAC pese a que:
 - (a) No se inició formalmente el procedimiento de acceso en atención a que la solicitud de FERSIMSAC no hizo mención a la aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y tampoco cumplía con los requisitos establecidos en las normas aplicables para ello, tanto del Reglamento como de la Ley del Procedimiento Administrativo General;
 - (b) En todo caso, mediante la Carta N° 013-GL/FETRANS-2003, FETRANSA dio atención a la Carta de FERSIMSAC solicitándole mayor información; y
 - (c) FERSIMSAC no alegó que operó el silencio a los dieciséis (16) días de presentada la solicitud y por el contrario, se comportó como si no hubiera operado el silencio al remitir la Carta de fecha 26 de febrero de 2003 en la que otorga un plazo de cinco (5) días a FETRANSA para que se pronuncie, lo cual evidencia que en el entendido de dicha empresa nunca operó el silencio.
- (iii) No resulta procedente el mandato temporal pues en el estado en que se encontraba el procedimiento respecto de la evaluación de los requisitos técnicos y económicos mínimos lo que procedía era en todo caso la tramitación de una queja por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN de acuerdo a lo previsto en el artículo 30° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público con el propósito que se pronuncie sobre la legalidad de los requisitos exigidos por FETRANSA que a todas luces son indispensables para tener acceso a la infraestructura.

- (iv) Tampoco resulta procedente el mandato temporal pues no se han cumplido los supuestos previstos por el artículo 63° del Reglamento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público para su emisión:
 - (a) que se hayan evaluado todos los presupuesto de hechos para el acceso quedando sólo aspectos secundarios o accesorios; y
 - (b) que se trata de una medida de urgencia destinada a que se presten inmediatamente los servicios que están retrasados por una cuestión secundaria. Sostiene sobre este aspecto que no se ha tenido en consideración la necesidad de garantías económicas y tampoco la probable colisión de trenes en las frecuencias asignadas, dejando que FETRANSA tenga que acreditar ante OSITRAN que existe inviabilidad técnica.

Finalmente Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA solicita que se suspenda los efectos de la Resolución, en tanto se emita el pronunciamiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 216.2 también de la Ley N° 27444 alegando lo siguiente:

- (i) La ejecución del mandato temporal puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la manifiesta falta de solvencia técnica y financiera de FERSIMSAC y no habiendo OSITRAN ordenado la emisión de una fianza a favor de FETRANSA que cubra los conceptos deducibles de los seguros y la falta de pago del derecho de acceso a la vía.
- (ii) Se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente habiendo demostrado que lo que procedía en este estado del procedimiento de acceso no era un mandato temporal sino, en todo caso, un recurso de queja, lo cual convierte a la Resolución en nula al haberse configurado la causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 10° de la Ley N° 27444, referida a la emisión de actos administrativos que otorgan derechos que son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no cumple con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

3. Tramitación de la Reconsideración

El 02 de abril de 2003, mediante Oficio N° 014-03-GAL-OSITRAN se corre traslado del Recurso interpuesto a la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC por un plazo de cinco días hábiles de recibido el oficio para que formule sus posiciones al respecto.

4. Absolución de la Reconsideración por FERSIMSAC

El 09 de abril de 2003, Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC absuelve el traslado del recurso de reconsideración y solicita que el mismo sea declarado infundado.

Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC sustenta su absolución en los siguientes principales argumentos:

- (i) Las disposiciones legales y contractuales que regulan lo concerniente a los operadores de trenes no establecen que deban acreditar su capacidad técnica y financiera al Concesionario para suscribir un Contrato de Acceso a la Línea Férrea, por lo que la Resolución hizo bien en no considerar dicha exigencia. Sostiene que el artículo 9° del Reglamento Marco de Acceso a la

Infraestructura de Transporte de Uso Público que consagra el principio de Libre Acceso señala expresamente que en virtud a dicho principio, el acceso a la infraestructura solo debe quedar sujeto al cumplimiento de los requisitos y reglas establecidos en las fuentes que se indican en su artículo 7° y por lo tanto deviene en infundada dicha pretensión de FETRANSA. Señala además, que el artículo 65° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, al establecer los aspectos a evaluar frente a las negativas de acceso no incluye las exigencias mencionadas por FETRANSA y que en todo caso, las disposiciones que regulan la operación de trenes exigen requisitos necesarios para la operación y no para la suscripción del Contrato de Acceso, que aseguran una operación adecuada y segura como son los previstos en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión que se comprometen a cumplir al iniciar las operaciones y que FETRANSA está obligada a exigírselas al momento de dar inicio a las operaciones como también debe exigírselas a su empresa vinculada PERURAIL S.A.

- (ii) Operó el Silencio Administrativo Positivo a favor de FERSIMSAC de acuerdo a lo previsto en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y por lo tanto la Resolución se ajusta a lo dispuesto en dicho Reglamento en atención a las siguientes consideraciones:
- (a) Se inició formalmente el procedimiento de acceso en atención a que todas las solicitudes de acceso a la Infraestructura que se presenten se encuentran reguladas por el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público sin que las partes tengan que invocar su aplicación para que les resulte aplicables por ser una disposición normativa vigente de cumplimiento obligatorio para las Entidades Prestadoras y los Usuarios que no pueden ser desconocidas por éstos o aplicadas según la conveniencia de cada uno de ellos;
 - (b) De acuerdo a lo previsto en el artículo 29° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, si FETRANSA consideraba que la solicitud de FERSIMSAC era incompleta debió otorgar un plazo de cinco (5) días hábiles para subsanar las omisiones, indicando expresamente ello y los requisitos que no se habían cumplido, lo cual no ocurrió en ningún momento. Asimismo, de considerar que la solicitud no podía ser atendida en todo o en parte por no existir infraestructura disponible, por no ser posible brindar el acceso por razones técnicas, económicas, de seguridad o de cualquier otra índole o basándose en cualquier otro motivo razonable debió comunicar dicho hecho por escrito señalando con precisión los motivos y fundamentos de su denegatoria dentro del plazo de quince (15) días dispuesto par ello. FETRANSA ni concedió los cinco (5) días para subsanar las omisiones ni se pronunció denegando el acceso, por lo que de acuerdo a lo previsto en el artículo 29° antes referido, FERSIMSAC entendió que el acceso era procedente por lo que mediante Carta de fecha 26 de febrero de 2003 solicitó a FETRANSA que habiendo cumplido con todos los requisitos previstos para suscribir el Contrato de Acceso, fije en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, día y hora para su suscripción bajo apercibimiento de proceder de acuerdo a lo previsto en el artículo 55° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público referido al mandato de acceso y no para que FETRANSA se pronuncie sobre la solicitud de acceso como pretende señalar dicha empresa para sostener que FERSIMSAC no alegó el silencio; y
 - (c) La carta N° 013-GL-FETRANS – 2003 no respondió la solicitud de FERSIMSAC por cuanto no otorgó el plazo de cinco (5) días para

subsana omisiones ni denegó el acceso solicitado de conformidad con lo dispuesto en artículo 29° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, pues como se puede apreciar tanto de la sumilla de dicha Carta como por su contenido, se refiere exclusivamente a observaciones a la Carta mediante la cual FERSIMSAC solicitó se le alquile material tractivo y rodante y estaciones. Finalmente sostiene sobre este aspecto, que FETRANSA está utilizando dicha Carta como pretexto para salvar su inacción frente a la solicitud de acceso, tan es así que en su propio escrito de reconsideración sostiene que siempre entendió que estaba remitiendo correspondencias comerciales fuera de los alcances de la aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.

- (iii) Resulta procedente el acceso temporal otorgado en función al estado del procedimiento y no el pronunciamiento de una queja como lo sostiene FETRANSA. Ello, por cuanto el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público prevé el tema de la queja ante el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN cuando la Entidad Prestadora solicita más información o no da trámite a la solicitud como una maniobra dilatoria para bloquear el acceso antes de que se haya obtenido el acceso por disposición expresa o tácita de la Entidad Prestadora. Señala que FETRANSA al no haber hecho ningún reparo dentro del plazo de quince (15) días a la solicitud de FERSIMSAC, otorgó el acceso solicitado de acuerdo a lo previsto en el propio Reglamento por lo que FERSIMSAC mediante Carta de fecha 26 de febrero de 2003 solicitó a FETRANSA la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea y le otorgó un plazo bajo apercibimiento de ejercer los derechos que establece el Reglamento cuando la Entidad Prestadora se niega a suscribir el Contrato de Acceso, los cuales están referidos a la facultad del Consejo Directivo de OSITRAN de dictar mandatos. Señala además que como FETRANSA se negaba a suscribir el Contrato de Acceso pese a que concedió el acceso solicitado mediante su inacción es que FERSIMSAC en el marco de lo previsto en el artículo 63° del Reglamento solicitó al Consejo Directivo el dictado de un acceso temporal con el propósito de evitar que la demora en el mandato definitivo o en la suscripción del Contrato de Acceso, perjudique sus intereses de constituirse como operadores de trenes en la línea férrea que administra FETRANSA en situación monopólica y donde opera también en situación monopólica su empresa vinculada PERURAIL S.A. Finalmente sostiene que aceptar lo que pretende FETRANSA sería desconocer un derecho válidamente adquirido por aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y someter la aplicación del Reglamento no a lo que contempla el mismo, sino a lo que le conviene a cada entidad prestadora en cada caso concreto.
- (iv) Resulta procedente el mandato de acceso temporal otorgado al haberse cumplido con los requisitos para ello en función a las siguientes consideraciones:
 - (a) Se han cumplido con los requisitos esenciales mínimos para la suscripción del Contrato en la medida que el mandato de acceso temporal otorgado reúne todas las condiciones mínimas esenciales para la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea conforme lo dispone el numeral 7.3° del Contrato de Concesión. Sostiene que el numeral 7.3° del Contrato de Concesión señala expresamente cuales son las estipulaciones que “al menos” deben contener los Contratos de Acceso a la Línea Férrea, es

decir, cuales son las mínimas con las cuales ya podría tener validez un Contrato de Acceso y señala que no entiende como es que FETRANSA pese de haber suscrito el Contrato de Concesión, considere que además debe cumplirse con otros requisitos adicionales; y

- (b) Se ha cumplido también con la urgencia en su dictado para prestar los servicios de transporte ferroviarios en beneficio de los usuarios en atención a que el marco legal vigente, específicamente el artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC es claro en señalar como un requisito indispensable para prestar servicios, que se celebre un Contrato de Acceso a la Línea Férrea con la empresa concesionaria. Sostiene que para que FERSIMSAC pueda prestar servicios en beneficio de los usuarios y del pueblo cusqueño es indispensable que suscriba el Contrato de Acceso por lo que en el presente caso, frente a la inacción de FETRANSA, resultaba indispensable su dictado para dar cumplimiento a lo que establece el artículo 13° antes mencionado.

Finalmente Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC se pronuncia sobre la solicitud de suspensión argumentando lo siguiente:

- (i) De acuerdo a lo previsto en el artículo 63° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público la impugnación del acceso temporal no suspende la ejecución del mandato.
- (ii) No se dan los supuestos para que se suspenda la ejecución del mandato por la sencilla razón de que los argumentos de FETRANSA son absolutamente falsos; y, por cuanto el acceso temporal como bien ha sido mencionado en la Resolución de Consejo Directivo, no es título suficiente y único para prestar los servicios efectivamente, sino que además es necesario que FERSIMSAC cumpla con acreditar previamente a la operación, los requisitos establecidos en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión, lo que conlleva a sostener que el pedido de suspensión deviene en infundada, por cuanto no existe apariencia de derecho y menos aún peligro en la demora ya que aún no se han iniciado las operaciones.

5. Ofrecimiento de Medios Probatorios de FETRANSA

Finalmente, mediante escrito presentado el 21 de abril de 2003, Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA, ofrece y presenta medios probatorios referidos a las posibles complicaciones, incidencias e inconvenientes que generaría en el manejo de las operaciones ferroviarias que se realizan en el tramo ferroviario del Sur Oriente, el cruce de horarios existentes entre el itinerario desarrollado por el actual operador PeruRail. S.A. y los solicitados por el nuevo operador Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC.

II. CUESTIONES A RESOLVER:

De conformidad con los antecedentes expuestos corresponde proceder a evaluar los siguientes aspectos:

A. Procedencia y Admisibilidad del Recurso de Reconsideración Interpuesto.

B. Solicitud de Suspensión de los efectos de la Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN.

C. Determinación del cumplimiento de los requisitos para la emisión del mandato de acceso temporal otorgado en atención a los fundamentos de las partes.

D. Evaluación de la pruebas ofrecidas y presentadas.

A. Procedencia y Admisibilidad del Recurso de Reconsideración Interpuesto:

1. El artículo 208° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba.

Señala además, que en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba.

2. Por su parte, el 207.2° de la aludida Ley señala que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo máximo de (30) días.
3. En el presente caso, el acto administrativo que se cuestiona es la Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN del Consejo Directivo de OSITRAN, dictada en el marco de lo dispuesto en el artículo 63° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2001-CD-OSITRAN; y, en ejercicio de la función normativa de OSITRAN establecida en el literal c) del artículo 3.1° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 6° del mismo marco legal, el Consejo Directivo es el órgano de dirección máximo de cada Organismo Regulador el mismo que de acuerdo a lo previsto en el artículo 50° del Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, Reglamento General de OSITRAN, ejerce entre otras funciones la normativa y reguladora del OSITRAN, en el marco de lo establecido en la Ley y en dicho Reglamento.

4. Por lo tanto, la Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN, es una resolución emitida por la máxima autoridad de OSITRAN contra la cual únicamente procede interponer el recurso de reconsideración a que se alude en el artículo 208° de la Ley N° 27444, para que el mismo Consejo la revise y vuelva a pronunciarse.
5. Considerando además que de acuerdo a lo previsto en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Consejo Directivo de OSITRAN es única instancia en materia de mandatos de acceso y que en el presente caso, se ha dictado un mandato de acceso temporal, es que no corresponde exigir nueva prueba para su procedencia.
6. Finalmente, en lo que respecta al plazo de su interposición, el mismo ha sido interpuesto dentro del plazo de quince (15) días previsto en el artículo 207.1° de la Ley N° 27444, por lo que corresponde declarar la procedencia y admisibilidad del recurso interpuesto y continuar con la evaluación de los siguientes aspectos.

B. Solicitud de Suspensión de los efectos de la Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN:

1. El artículo 216° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, señala expresamente que la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

El mismo criterio se encuentra previsto en el artículo 63° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, lo cual además es una consecuencia del carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos.

2. No obstante ello, el propio artículo 216° de la Ley N° 27444, señala que la autoridad a quien compete resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
 - b. Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.
3. Asimismo, el artículo señala, que la decisión de suspensión se adoptará previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto.
4. Finalmente, el artículo establece, que la suspensión se mantendrá durante el trámite del recurso administrativo o el correspondiente proceso contencioso administrativo, salvo que la autoridad administrativa o judicial disponga lo contrario si se modifican las condiciones bajo las cuales se decidió.
5. En el presente caso, Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA solicita que se suspenda los efectos de la Resolución y sustenta dicha solicitud en los siguientes argumentos:
 - (i) La ejecución del mandato temporal puede causar perjuicios de imposible o difícil reparación como consecuencia de la manifiesta falta de solvencia técnica y financiera de FERSIMSAC y no habiendo OSITRAN ordenado la emisión de una fianza a favor de FETRANSA que cubra los conceptos deducibles de los seguros y la falta de pago del derecho de acceso a la vía.
 - (ii) Se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente, habiendo demostrado que lo que procedía en este estado del procedimiento de acceso no era un mandato temporal sino, en todo caso, un recurso de queja, lo cual convierte a la Resolución en nula al haberse configurado la causal de nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 10° de la Ley N° 27444, referida a la emisión de actos administrativos que otorgan derechos que son contrarios al ordenamiento jurídico o cuando no cumple con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
6. Como ha sido mencionado en el segundo artículo de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2003-CD/OSITRAN, 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.

En ese sentido, la ejecución del mandato únicamente no posibilita a la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC que preste inmediatamente los servicios, sino que para que ello ocurra, es necesario que dicha empresa cumpla con los requisitos establecidos en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión.

De conformidad con dicho numeral, Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC, antes de iniciar las operaciones debe acreditar que cuenta con el Material Tractivo y Rodante y sus instalaciones aptas para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en el Contrato de Concesión, que tienen como propósito asegurar una operación segura y adecuada; y, que cuenta con los seguros vigentes que tienen por finalidad asegurar que ante los siniestros que puedan suscitarse en la operación, exista la posibilidad de resarcir los daños ocasionados tanto a la Infraestructura (pues se exige una póliza de US\$ 10'000,000.00 por evento o siniestro) como a terceros (pues se exige una póliza de US\$ 5'000,000.00 por evento o siniestro).

7. Cabe indicar además, que de conformidad con dicho numeral, el Concesionario (Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA), se encuentra facultado y obligado a impedir la operación en caso el operador no cumpla con dichos requisitos.
8. Como consecuencia de ello, al no existir un peligro de daño inminente en la ejecución inmediata del mandato que genere daños de imposible o difícil reparación, debido a que el mandato de por sí no es título suficiente para que se inicien las operaciones; y, que ante la eventualidad del inicio de las operaciones el Contrato de Concesión dispone de mecanismos adecuados que permiten evitar la generación de daños no cubiertos por las pólizas de seguros, como es la obligación del concesionario de impedir la operación cuando no se cumplan las condiciones necesarias para ello y que frente a la eventualidad de los demás siniestros, existen las pólizas de seguros para resarcir los mismos; es que este colegiado considera que no se ha acreditado suficientemente el cumplimiento de la circunstancia alegada.
9. Sobre la segunda circunstancia alegada, referida a la presencia de un vicio de nulidad trascendente, al haberse dictado un acceso temporal cuando correspondería la resolución de una queja, cabe señalar que el mismo es un tema que será resuelto a través de la presente resolución, pues como se ha podido apreciar tanto Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA como Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC, sostienen posiciones divergentes en torno a ello **que no posibilita que se tenga la apariencia de nulidad trascendente invocada**.
10. Por lo tanto, a criterio de este colegiado no se han satisfecho las circunstancias para la suspensión de los efectos de la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2003-CD/OSITRAN, por lo que las partes deberán atenerse al resultado final del recurso contenido en la presente resolución.

C. Determinación del cumplimiento de los requisitos para la emisión del mandato de acceso temporal otorgado en atención a los fundamentos de las partes:

C.1. Consideraciones Generales:

1. El mandato de acceso temporal se encuentra regulado en el artículo 63° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 034-2001-CD/OSITRAN y publicado en el diario oficial El Peruano el 31 de diciembre de 2001.
2. El referido **Reglamento fue dictado por el Consejo Directivo de OSITRAN en estricto ejercicio de su función normativa**, contemplada en la Ley N° 26917 y en el literal c) del numeral 3.1 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que comprende la a facultad exclusiva de dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios y con el propósito de dar cumplimiento al objetivo previsto en el literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26917, 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 u operadores estatales en beneficio de los usuarios**.
3. El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, conforme lo dispone su artículo 1°, define 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 deberán sujetarse:
 - a. Los contratos de acceso a la infraestructura de transporte de uso público, incluida su forma y mecanismo de celebración; y
 - b. Los pronunciamientos sobre el acceso a la infraestructura de transporte de uso público que emite el OSITRAN, incluyendo los mandatos de acceso.
4. La explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, como es el caso de la Infraestructura Vial Ferroviaria de propiedad del Estado concesionada a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. - FETRANSA, en atención a su condición de monopolio natural está sujeta a un régimen regulatorio especial dentro del cual se encuentra el referido Reglamento y a un control permanente de un organismo regulador (OSITRAN) con el propósito de evitar que dicha condición permita el abuso de sus explotadores en perjuicio de los usuarios.
5. Dicho régimen regulatorio especial, dentro del cual se encuentra el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, **establece la obligatoriedad del acceso en atención que la infraestructura operada por empresas o entidades públicas o aquella de propiedad del Estado entregada en concesión o de propiedad de particulares tiene la naturaleza de infraestructura de Uso Público**. (artículo 5 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público).
6. Asimismo, establece la **facultad de OSITRAN en su calidad de organismo regulador de ordenar el acceso o sustituir a la voluntad de las partes en caso de falta de acuerdo entre ellas**. (artículo 5 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público).

En ese sentido, todo lo concerniente con el acceso a las Infraestructuras de Transporte de Uso Público, se encuentra regulado en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, salvo el caso de aquellos supuestos reglamentados en los contratos de concesión celebrados antes de la

entrada en vigencia del Reglamento, donde se aplicaran las reglamentaciones contractuales de manera preferente.

7. Por lo tanto, **el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público constituye una disposición normativa aplicable en forma obligatoria a las Entidades Prestadoras y sus Usuarios en los asuntos relacionados al acceso a las Infraestructuras salvo aquellos aspectos regulados por los Contratos de Concesión.**
8. En el presente caso, Ferrocarril Transandino S.A. - FETRANSA cuestiona la validez del mandato de acceso temporal dictado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2003-CD-OSITRAN al considerar que de acuerdo a lo previsto en el propio Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público no procedía su dictado por las siguientes principales razones:
 - **No se habría obtenido el acceso a la Infraestructura solicitada por FERSIMSAC por lo que correspondía la tramitación de una queja ante el Tribunal de Solución de Controversias de acuerdo a lo previsto en el artículo 30° del Reglamento.**
 - **No se habrían dado las condiciones para el dictado del acceso temporal contempladas en el artículo 63° del Reglamento**
 - **No se habrían considerado aspectos destinadas a asegurar la capacidad técnica y financiera de FERSIMSAC, tales como las provisiones de garantías en respaldo de sus obligaciones.**

C.2. Evaluación de los argumentos esbozados:

C.2.1 Tramitación de queja en lugar de mandato de acceso temporal:

1. Sobre la primera de las razones alegadas, cabe señalar que el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, **contempla un procedimiento de evaluación previa sujeto a la aplicación del silencio administrativo positivo ante la propia Entidad Prestadora** para que los usuarios soliciten el acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, el mismo que se encuentra regulado entre los artículos 27° y 30° del aludido Reglamento.
2. De conformidad con dicho procedimiento, todo aquel usuario interesado en acceder a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, debe proceder a presentar una solicitud de acceso a la entidad prestadora.

Los requisitos para la presentación de la solicitud se encuentran contemplados en el artículo 28° del referido Reglamento.

La omisión en el cumplimiento de los requisitos mencionados no determina en forma automática el rechazo de la solicitud, sino que por el contrario, de acuerdo a lo previsto por el artículo 29° del Reglamento, obliga a la Entidad Prestadora a conceder un plazo de cinco (5) días para que subsane los incumplimientos detectados. Dicha consideración también se encuentra contemplada en los artículos 124° y 125° de la Ley N° 27444, **destinado a asegurar el adecuado ejercicio del derecho de petición.**

Asimismo, de conformidad con el Reglamento, la Entidad Prestadora cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud desde que es

presentada o desde que se subsanan los requisitos, **bajo condición de entenderse por aceptada la solicitud por aplicación del silencio.**

3. En el presente caso, conforme fuera referido en la Resolución recurrida, mediante Carta N° GG/GG-011-FC.Santuario de fecha 24 de enero de 2003, Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC solicitó formalmente a la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. - FETRANSA, la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea al Ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica.
4. De acuerdo a lo previsto en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, de aplicación obligatoria para la solicitud de acceso formulada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC y por ende para Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA, así no se haya invocado su aplicación, Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA debía cumplir con dicho Reglamento de la siguiente manera:
 - Concediendo el plazo de cinco (5) días para que se subsane los incumplimientos detectados, en caso de considerar que la solicitud era incompleta, conforme lo dispone el artículo 29° del Reglamento.
 - Pronunciándose en el plazo de quince (15) días sobre la solicitud de acceso aceptándola o denegándola por escrito debidamente motivado.
5. A entender de la Resolución recurrida, Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA no hizo ni lo uno ni lo otro, por lo que en aplicación estricta del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, específicamente del artículo 29° se entiende que ha considerado procedente el acceso.
6. En el Recurso de Reconsideración Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA, ha sostenido que en todo caso mediante su Carta N° 013-GL/FETRANS-2003 habría cumplido con absolver la solicitud y por lo tanto nunca procedió el acceso solicitado y en dicho supuesto si Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC consideraba que los requisitos exigidos no eran razonables debió presentar una queja ante el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN de acuerdo a lo previsto en el último párrafo del artículo 29° del Reglamento.
7. Dicho argumento, en consideración de este colegiado, no resulta fundado pues de acuerdo a la evaluación no sólo de la sumilla de dicha Carta, sino del contenido de la misma, **en ningún momento Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA hizo referencia a la solicitud de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC para acceder a la Línea Férrea ya sea señalando los requisitos incumplidos y otorgando el plazo de cinco (5) días a que se refiere el artículo 29° o pronunciándose sobre el acceso solicitado ya sea aceptándolo o rechazándole** y por el contrario, dicha comunicación responde a la Carta N° GG/GG-010-FC.Santuario, por la que Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC solicitó se le alquile material tractivo y rodante y estaciones.
8. Asimismo, Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA ha argumentado que la conducta de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC, evidenciada en su carta de fecha 26 de febrero de 2003, da muestra que a entender de esta empresa nunca operó el silencio.
9. Sobre el particular, de la revisión de la referida carta se aprecia que contrariamente a lo señalado por Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA, Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC a través de la misma da muestras de considerar

que operó el silencio pues solicita a Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA que fije día y hora para la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea al considerar que ha cumplido con los requisitos para ello, bajo apercibimiento precisamente de acudir a OSITRAN, para que se dicte un mandato, lo cual únicamente procede luego de que el acceso haya sido considerado procedente expresa o tácitamente por la Entidad Prestadora.

10. Como consecuencia de lo expuesto, considerando que la queja prevista en el artículo 29° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público procede antes de que la Entidad Prestadora emita su pronunciamiento expreso o tácito sobre el acceso solicitado y que en el presente caso, **existió un pronunciamiento tácito sobre el acceso**, corresponde desestimar el presente argumento de la recurrente y confirmar la Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN en el extremo que consideró que procedía el dictado de un mandato de acceso temporal o definitivo, al estar en discusión la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea y no el Acceso a la misma.

C.2.2. Condiciones para el dictado de mandato de acceso temporal:

1. Como fuera mencionado, el mandato de acceso temporal se encuentra regulado en la artículo 63° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.

2. El artículo 63° señala expresamente lo siguiente:

“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 brinde temporalmente acceso a la infraestructura para brindar los servicios objeto de la solicitud en tanto se aprueba 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 emite el mandato definitivo. Si esta decisión fuera impugnada, dicha impugnación no suspende la ejecución del acceso temporal. El acceso temporal puede concederse hasta por un período de seis meses renovables sucesivamente por decisión motivada del OSITRAN.

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”.

3. De conformidad con lo señalado en dicho artículo, el acceso temporal procede cuando:
 - Está en discusión sólo aspectos accesorios del contrato de acceso
 - Para que el usuario pueda brindar los servicios objeto de la solicitud en tanto se emita el mandato definitivo.
4. En el presente caso, a criterio de este colegiado, ambos requisitos se han cumplido a cabalidad pues de acuerdo a las comunicaciones remitidas por Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA y Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC, **los aspectos en discusión no estaban en relación a los aspectos que el propio Contrato de Concesión en su numeral 7.3° entiende como mínimos necesarios e indispensables para la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea sino en aspectos que el propio Contrato no contempla indispensables para su suscripción** (como es el caso de la exigencia de garantías) o que contempla como indispensables para la operación (como es el caso de los previstos en el numeral 12.2 del Contrato de Concesión referidos a las condiciones de operatividad).

5. En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el Contrato de Concesión, al haber aceptado Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC someterse a las estipulaciones del numeral 7.3° del Contrato de Concesión y aceptado que se le aplique la tarifa por uso de vía fijada en el Contrato de Concesión, se cumplía a cabalidad el primero de los requisitos mencionados, considerando que el acceso temporal sustituye al Contrato de Acceso a la Línea Férrea de acuerdo a lo previsto en el artículo 53° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público hasta que se dicte el mandato definitivo que también sustituye al Contrato de Acceso a la Línea Férrea.
6. Respecto del segundo requisito que se infiere de la redacción del propio artículo 63°, este colegiado también considera que se cumple a cabalidad pues el artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC, Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento del Permiso de Operaciones del Servicio de Transporte Ferroviario, considera indispensable para la prestación de servicios que el operador haya celebrado el Contrato de Acceso a la Línea Férrea, por lo que en el presente caso, resultaba procedente el dictado del acceso temporal para que Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C – FERSIMSAC pueda conjuntamente con el cumplimiento de los demás requisitos previstos en el artículo 13° del referido Reglamento y en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión empezar a operar en tanto no se dicte el mandato definitivo.
7. Cabe indicar además, que esté colegiado no comparte la opinión de Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA, en el sentido de sostener que el mandato de acceso temporal únicamente procede cuando se está ante la urgencia inmediata para la prestación de servicios. Ello en atención a que el Contrato de Acceso a la Línea Férrea y por ende los mandatos temporales o definitivos que pueda dictar OSITRAN, no es el único requisito que debe cumplirse para operar, sino que por el contrario, el Contrato de Acceso a la Línea Férrea y por ende los mandatos temporales o definitivos que pueda dictar OSITRAN, constituyen uno de los requisitos destinados a ello. Incluso en el caso de la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea suscrito por las partes o de un mandato de acceso definitivo dictado por OSITRAN, tampoco el operador podrá prestar inmediatamente los servicios, sino que además requiere cumplir con los requisitos previstos para la operatividad contemplados en el artículo 13° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC y el numeral 12.2° del Contrato de Concesión.
8. Cabe señalar además, que incluso el actual operador PERURAIL quien tiene un Contrato de Acceso a la Línea Férrea podría verse impedido de prestar los servicios sin que el Contrato de Acceso a la Línea Férrea deje de tener vigencia en caso que no cumpla con las condiciones de operatividad previstos en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión.
9. Por lo tanto, de acuerdo a lo expuesto este colegiado considera que se han cumplido las condiciones necesarias para el dictado del mandato de acceso temporal en los términos del artículo 63° al contemplarse en el mandato las condiciones mínimas para las suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión y constituir el mismo un requisito indispensable para la prestación de servicios, con lo cual corresponde desestimar la reconsideración en este extremo y confirmar el pronunciamiento emitido a través de la Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN.

C.2.3. Aseguramiento de la capacidad técnica y financiera del operador:

1. Sobre este aspecto, Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA, ha sostenido que el mandato de acceso no ha considerado aspectos destinadas a asegurar la capacidad técnica y financiera de FERSIMSAC, tales como las provisiones de garantías en respaldo de sus obligaciones.
2. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que los requisitos y condiciones para la celebración de los Contratos de Acceso o bien son determinados de común acuerdo por las partes o bien están determinado en las disposiciones legales que lo regulan.

En el presente caso, considerando que las partes no se han puesto de acuerdo en los términos y condiciones para la suscripción del Contrato de Acceso a la Línea Férrea, resultan aplicables los términos y condiciones previstos en las disposiciones legales que lo regulan.

3. Como fuera mencionado en acápites anteriores, el contenido mínimo de los Contratos de Acceso a la Línea Férrea, es decir, el contenido mínimo para que los mismos resulten validos, se encuentra regulado en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión que la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA suscribiera con el Estado Peruano.
4. Otra de las disposiciones que en forma complementaria podrían resultar aplicable a los Contratos de Acceso a la Línea Férrea en cuanto a su contenido mínimo, es el artículo 19° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, que precisa lo siguiente:

“Artículo 19.- Contenido del contrato de acceso.

El contrato de acceso contendrá, cuando menos, los siguientes elementos:

- a. La determinación de las partes en el contrato, siendo una de ellas una entidad prestadora y la otra un usuario intermedio que desee brindar y operar un servicio que integra la cadena logística de transporte.*
- b. La definición de la infraestructura o parte de ella que es objeto de acceso.*
- c. De ser el caso, la tipificación del contrato.*
- d. De ser el caso, el cargo, precio o tarifa de acceso.*
- e. Las condiciones de acceso.*
- f. La duración del contrato.*
- g. Las causales de resolución, rescisión o culminación del mismo.*
- h. La jurisdicción aplicable y, de ser el caso, los medios de solución de conflictos que surjan de su interpretación o ejecución.*
- i. Las demás cláusulas que sean necesarias para su ejecución adecuada”*

5. De conformidad con dichas disposiciones contractuales y reglamentarias no existe como condición mínima e indispensable para la suscripción de un Contrato de Acceso a la Línea Férrea, que el mismo contemple garantías para su ejecución como sostiene Ferrocarril Transandino S.A. –FETRANSA.

Por el contrario, dichas disposiciones son muy claras en precisar el contenido mínimo de los Contratos de Acceso y establecer la posibilidad que las partes u OSITRAN contempla adicionalmente otras cláusulas que consideren necesarias para su ejecución.

6. El Contrato de Concesión y las normas que regulan la operación de trenes, como es el caso del Decreto Supremo N° 027-99-MTC, Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento del Permiso de Operaciones del Servicio de

Transporte Ferroviario, contemplan un régimen de supervisión de las operaciones que puede conllevar a que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones sobre la base de un control posterior deje sin efecto el permiso del operador cuando éste realice sus operaciones sin cumplir con las normas y estándares exigidos, conforme a lo dispuesto en el literal f) del artículo 10° del Decreto Supremo N° 027-99-MTC y que la propia empresa concesionaria impida la operación de trenes sobre la base de un control previo cuando el operador no cumpla con las normas de seguridad y estándares técnico exigidos antes de iniciar sus operaciones, conforme a lo dispuesto en el numeral 12.2° del Contrato de Concesión.

Asimismo, el referido régimen contempla la exigencia de pólizas de seguros como obligatorias para las operaciones de trenes que contemplan supuestos de siniestros que afecten tanto a las personas, como a los bienes de la concesión y de terceros que pretenden asegurar que frente a la eventualidad de los referidos siniestros se resarza el daño ocasionado.

7. A criterio de este colegiado, en dicho régimen, no es indispensable la exigencia de garantías para que pueda suscribirse un Contrato de Acceso a la Línea Férrea, razón por la cual ni las disposiciones contractuales ni las disposiciones normativas establecen su incorporación como obligatoria.
8. Este colegiado en consideración a ello y con el propósito de no generar una exigencia no prevista en el Contrato de Concesión ni en la Ley, no ha establecido en el mandato dictado la exigencia de garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones mas allá de las exigencias legales vigentes.
9. Cabe recordar que el mandato de acceso al ser un acto administrativo debe considerar las disposiciones legales aplicables entre las cuales no se encuentra la exigencia de garantías.
10. En ese sentido, el cuestionamiento de la empresa concesionaria de que el mandato deviene en nulo por no considerar garantías que aseguren la solvencia técnica y económica del operador, no resulta atendible por lo que también corresponde desestimar dicho cuestionamiento y confirmar el pronunciamiento emitido a través de la Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN.

D. Evaluación de la pruebas ofrecidas y presentadas:

1. La empresa Ferrocarril Transandino S.A. –FETRANSA ha presentado una serie de documentos que tendrían como propósito acreditar las probables interferencias en las operaciones de trenes como consecuencia de las frecuencias operadas por PERURAIL S.A, y las solicitadas y asignadas a la empresa Ferrocarril Inca Santuario Machupicchu S.A.C. – FERSIMSAC.
2. En efecto, el mandato de acceso temporal otorgado, asignó a la empresa Ferrocarril Inca Santuario Machupicchu S.A.C. – FERSIMSAC, determinadas frecuencias en consideración a lo dispuesto en el Reglamento General de Ferrocarriles vigente aprobado mediante el Decreto Supremo N° 012-78-TC, y específicamente a lo previsto en su artículo 143° que señala que ningún tren podrá seguir a otro sino a una distancia equivalente a un trayecto de 10 minutos, salvo el caso especial de los carros exploradores de protección de trenes de pasajeros en que podrá ser menor y que señala que el tiempo podrá aumentarse en función a la gradiente de la línea férrea.

3. Es de señalar además, que también se tuvo en consideración al momento de su expedición, la comunicación de Ferrocarril Transandino S.A. -FETRANSA en que da respuesta a una comunicación de Ferrocarril Inca Santuario Machupicchu S.A.C. – FERSIMSAC sobre las frecuencias operadas por PERURAIL S.A. en la que menciona que las mismas se encontraban en la pagina web de dicha empresa. (Carta N° 41-GL-2003/FETRANS del 28 de febrero de 2003).
4. Sobre el particular, **como fuera contemplado en la Resolución N° 003-2003-CD/OSITRAN, 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 acreditar tal situación a OSITRAN, a efectos de que se modifiquen las frecuencias asignadas.**
5. Ello, se consideró con un doble propósito: (i) Asegurar que las operaciones ferroviarias de los operadores no generen inconvenientes que pongan en peligro la seguridad, por lo que se estableció que quien administra la línea tome las precauciones del caso y tenga la posibilidad de solicitar a OSITRAN que se modifiquen las frecuencias en cualquier momento antes de que se inicien las operaciones; y (ii) Evitar que la empresa administradora de la línea férrea con el propósito de favorecer o perjudicar indebidamente a un operador tenga que sustentar técnicamente las modificaciones que propone para que sean evaluadas por OSITRAN antes de que se inicien las operaciones.
6. En ese sentido, en caso que efectivamente se acredite que las frecuencias asignadas generan inconvenientes a la operación, entonces de acuerdo a lo previsto en el numeral 7.6° del Contrato de Concesión, se deberá proceder a dar una solución adecuada a ello, que pase inicialmente por un acuerdo entre partes, que pueda llevar a que los inconvenientes detectados se solucionen técnicamente (como por ejemplo mediante la construcción de desvíos o el establecimiento de determinadas paradas a efectos de evitar colisiones); o en su defecto, mediante la realización de una subasta supervisada por OSITRAN para la asignación de frecuencias en virtud del compromiso asumido por cada empresa operadora¹ de acuerdo a lo previsto en el numeral 7.3° del Contrato de Concesión.
7. Como consecuencia de ello, los documentos y pruebas ofrecidas por Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA no enervan la validez del mandato de acceso temporal dictado por OSITRAN en su oportunidad, pues dicho mandato fue dictado sobre la evaluación de la información presentada en dicho momento y teniendo en consideración la normatividad vigente aplicable; y, además, por cuanto precisamente dicho mandato tuvo en consideración la problemática que se podía suscitar y estableció el mecanismo de solución frente a ella, lo que ha motivado que la empresa Ferrocarril Transandino S.A. – FETRANSA presente documentos que serán evaluados por OSITRAN y darán lugar a que **OSITRAN se pronuncie sobre los mismos antes de que se inicien las operaciones**, mediante la expedición del Mandato de Acceso Definitivo.
8. Por el contrario, la información presentada evidencia que el mandato de acceso temporal fue dictado correctamente, pues precisamente Ferrocarril Transandino S.A.

¹ En el caso de la empresa operadora PERURAIL S.A. dicho compromiso consta en el Contrato de Acceso a la Línea Férrea que tiene suscrita dicha empresa con Ferrocarril Transandino S.A. FETRANSA y en el caso de la empresa operadora Ferrocarril Inca Santuario Machupicchu dicho compromiso obra en el mandato de acceso temporal otorgado.

– FETRANSA en su calidad de administrador de la línea férrea, está dando cumplimiento al mismo, al proveer de la información necesaria para que OSITRAN luego de evaluarla dicte el Mandato de Acceso Definitivo en el que se determine si efectivamente las frecuencias asignadas deben modificarse, tan es así que se adjunta el acta de supervisión llevada a cabo por la Gerencia de Supervisión, que da muestra que se viene trabajando en ello en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el mandato de acceso temporal.

9. Por lo tanto, este colegiado considera que el mandato de acceso temporal dictado a través de la Resolución N° 003-2003-CD/OSITRAN no adolece de vicio de nulidad alguno y que corresponde confirmar el mismo en todos sus extremos, sin perjuicio de que posteriormente, al dictarse el mandato de acceso definitivo sobre la base de la evaluación de la información presentada por Ferrocarril Transandino S.A. o antes de que Ferrocarril Inca Santuario Machupicchu S.A.C. – FERSIMSAC inicie las operaciones modifique las frecuencias asignadas.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 23 abril de 2003;

SE RESUELVE :

Artículo Primero.- Confirmar la Resolución N° 003-2003-CD/OSITRAN que otorgó a la empresa operadora FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C – FERSIMSAC el acceso temporal a la Línea Férrea correspondiente al Ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica concesionada a la empresa FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. – FETRANSA.

Artículo Segundo.- Declarar que la presente Resolución agota la Vía Administrativa.

Artículo Tercero.- 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 Cuarto.- 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 Quinto.- Encargar a la Gerencia de Supervisión que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución y asimismo, que supervise el cumplimiento del mandato de acceso temporal.

Regístrese y comuníquese

ALEJANDRO CHANG CHIANG
Presidente