

Resolución de Gerencia General

Nº 021-2003-GG/OSITRAN

Lima, 31 de julio de 2003

QUEJA POR INEJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 004-2003-CD-OSITRAN

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (en lo sucesivo GS)
SOLICITANTE : Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en lo sucesivo FERSIMSAC)
MATERIA : Queja por inejecución de la Resolución de Consejo Directivo Nº 004-2003-CD/OSITRAN

VISTOS:

La queja interpuesta por FERSIMSAC contra el Gerente de Supervisión y el informe de descargos Nº180-03-GS-OSITRAN de fecha 30 de julio de 2003;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 15 de enero del 2003, a través de la carta Nº GG/GG 010-FC, Santuario-2003, FERSIMSAC, oficializó su solicitud para que se le alquile el parque tractivo – rodante, al concesionario Ferrocarril Transandino S.A, en lo sucesivo FETRANS, para efectuar sus operaciones de operador ferroviario, para operar entre Cusco, Machu Picchu e Hidroeléctrica;

Que, el 24 de enero del 2003, con carta Nº 013-GL/FETRANS-2003, FETRANS da respuesta a la carta Nº 010 de FERSIMSAC, expresándole que no tienen material tractivo y rodante disponible en atención a que todo el material ha sido arrendado a Perurail S.A. de acuerdo a los términos y condiciones del contrato de arrendamiento, que fuera oportunamente presentado a OSITRAN;

Que, por Carta Nº GG/GG-021-FC.Santuario-2003, dirigida a OSITRAN el 3 de marzo de 2003, FERSIMSAC, solicita información sobre el material tractivo y rodante, en cuanto a las condiciones económicas en que ha sido alquilado, así como el tráfico del mismo;

Que, con oficio Nº.089-03-G-OSITRAN de fecha 06 de marzo 2003, OSITRAN dio respuesta a la referida solicitud;

Que, por Carta Nº GG/GG-023-FC.Santuario-2003, dirigida a FETRANS el 3 de marzo de 2003, FERSIMSAC, solicitó información sobre el material tractivo y rodante, en cuanto a las condiciones económicas en que ha sido alquilado a Perurail S.A., así como sobre el grado de utilización del mismo;

Que, el 28 de marzo de 2003, OSITRAN elaboró el informe N° 074-03-GS-03-OSITRAN, donde se evalúa el grado de utilización del material tractivo y rodante por parte del Operador PERURAIL, a solicitud de FERSIMSAC;

Que, con fecha 04 de marzo 2003, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, remitió el Oficio N° 314-2003-MTC/14, a OSITRAN, para que solicite a FETRANS se sirva efectuar las verificaciones pertinentes tanto en lo relativo al material tractivo y rodante, como al personal, mencionado por FERSINSAC, en comunicación dirigida a FETRANS;

Que, posteriormente, a través de diversos documentos¹ FERSIMSAC, solicitó a OSITRAN y a FETRANS, información referente al material tractivo y rodante:

Que, en cumplimiento de lo solicitado por el MTC, en su Oficio N° 314-2003-MTC/14, OSITRAN remitió a FETRANS el Oficio N° 217-03-GS-C3-OSITRAN, solicitándole que efectué la verificación del material tractivo y rodante y de personal, de conformidad con la cláusula N° 7.7 del contrato de concesión;

Que, el 09 de abril 2003, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, remitió a OSITRAN el Oficio N° 433-2003-MTC/14, solicitándole el sustento legal del contrato de alquiler del material tractivo y rodante del Ferrocarril de Sur y Sur oriente, celebrado entre FETRANS y Perurail S.A.;

Que, el 16 de abril mediante oficio N° 233-03-GS-03-OSITRAN, se dio respuesta a los documentos GG/GG-026 y GG/GG-035- FC- Santuario 2003 remitidos por FERSIMSAC, brindándole la información solicitada respecto al material tractivo y rodante;

Que, en atención al requerimiento del MTC, la Gerencia Legal emitió el Informe N° 019-03-GAL-OSITRAN, del 23 de abril 2003, donde se concluye que el contrato de alquiler de material tractivo y rodante celebrado entre FETRANS y Perurail S.A., si tiene sustento legal;

Que, con fecha 23 de abril 2003, FETRANS, informa a FERSIMSAC mediante carta N° 082-GL/FETRANS-2003, que de acuerdo al oficio, N° 217-03-GS-C3-OSITRAN, procederá a efectuar lo solicitado por el MTC, indicando fechas de ejecución;

Que, FERSIMSAC, en respuesta al documento anterior, remitió a FETRANS la carta N° GG/GG/042-FC. Santuario 2003, de fecha 24 de abril, poniendo a disposición la relación de personal que va a laborar en su servicio, indicando que aun no contaba con su material tractivo y rodante;

¹ Dicha información fue solicitada por:

- a. Carta N° GG/GG-026-FC.Santuario 2003. - 11-03-03
- b. Carta N° GG/GG-035-FC.Santuario 2003. - 27-03-03
- c. Carta N° GG/GG-043-FC.Santuario 2003 - 24/04/03.

Que, FETRANS mediante carta N° 94-GL-2003/FETRANS, del 5 de mayo exhortó a FERSIMSAC a cumplir con la presentación de su material tractivo y rodante, ya que su representada ha contratado los servicios de un experto para efectuar la revisión de dicho material;

Que, FERSIMSAC remitió a FETRANS la carta N° GG/GG-47-FC Santuario 2003 de fecha 12 de mayo, manifestando su total sorpresa y desagrado por el requerimiento de que se llevara a cabo controles sobre el material tractivo y rodante, indicando además que toda la confusión obedece a la mala interpretación del MTC, a su carta N° GG/GG-016-FC Santuario 2003;

Que, por carta N° GG/GG 50 FC SANTUARIO 2003, recibida por OSITRAN con fecha 13 de mayo de 2003, la empresa FERSIMSAC solicitó a OSITRAN, que inicie las acciones pertinentes a efectos de asegurar el adecuado cumplimiento de la obligación asumida por la empresa concesionaria FETRANS, en el numeral N° 7.6 del Contrato de Concesión referido al principio de equidad, con relación al alquiler del material Tractivo y Rodante, solicitando adoptar cualquiera de las siguientes acciones:

- a. Exigir a la empresa concesionaria ferrocarril Trasandino S.A. que garantice un trato equitativo entre FERSIMSAC y su operador vinculado en lo que respecta al material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado peruano;
- b. Trasladar el tema para que sea conocido por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN; y/o,
- c. Trasladar el tema a INDECOPI.

Que, con oficio N° 194-03-GG-OSITRAN, OSITRAN atendió el requerimiento formulado por el Oficio N° 433-2003-MTC/14, remitiendo el sustento legal del contrato de alquiler del material tractivo y rodante;

Que, con fecha 19 de mayo 2003, FETRANS, con documento N° 108-GL-2003/FETRANS, dio respuesta a la Carta N° GG/GG-47-FC Santuario 2003, lamentando profundamente la negativa a la realización de la inspección ocular de su material tractivo y rodante;

Que, por Oficio N° 227-03-GG-OSITRAN, remitido por OSITRAN al MTC, el 20 de mayo, le informó sobre lo actuado de parte de FETRANS y la respuesta de FERSIMSAC, con relación a la verificación del material tractivo y rodante;

Que, por Carta N° GG/GG 052-FC Santuario 2003, con fecha 20 de mayo 2003, FERSIMSAC solicitó nuevamente información relativa al material tractivo y rodante;

Que, con fecha 5 de junio de 2003, OSITRAN dio respuesta a la carta N° GG/GG 052-FC Santuario 2003, con el Oficio N° 326-03-GG-OSITRAN, indicándole que la información solicitada había sido remitida en tres oportunidades;

Que, por Carta GG/GG-072-FC.Santuario 2003 de 23 de julio de 2003, recibida por OSITRAN con fecha 24 de julio de 2003, FERSIMSAC señaló que en atención a que a la fecha no habían obtenido respuesta a su Carta N° GG/GG50-FC Santuario 2003, interponen queja contra el Gerente de Supervisión que no ha hecho efectivo lo ordenado expresamente por la Resolución del Consejo Directivo N° 004-2003-CD/OSITRAN de fecha 23 de abril de 2003, al no haber dispuesto las medidas pertinentes a fin de hacer efectiva la resolución;

Que, con fecha 25 de julio de 2003, luego de haber evaluado la situación del material tractivo y rodante, OSITRAN emitió el Informe N° 177-03-GS-C3-OSITRAN de fecha 25 de julio de 2003, con la finalidad de elevarlo al órgano de competencia INDECOPI, para que sea evaluado, y determine la existencia de una barrera de entrada a la libre competencia;

Que, por Informe N° 180-03-GS-OSITRAN de fecha 30 de julio de 2003 el Gerente de Supervisión emitió sus descargos en relación a la queja interpuesta;

Que, habiéndose realizado las actuaciones necesarias, el expediente de queja se encuentra expedito para ser resuelto;

Que, a efectos de poder prestar el servicio de transporte ferroviario, FERSIMSAC debió contar fundamentalmente con dos elementos, el acceso a la infraestructura y el material tractivo y rodante;

Que, a efectos de contar con los mismos, FERSIMSAC debía seguir dos procedimientos distintos pues para lograr que se le conceda el acceso a la infraestructura tuvo que gestionar la expedición de una Resolución Directoral del Ministerio de Transportes y Comunicaciones por la que se le otorgue el Permiso de Operación Ferroviaria; y, asimismo negociar un contrato de acceso con el operador FETRANSA, el mismo que no pudo lograr por el trato directo, sino a través de un mandato de acceso temporal que fue ordenado por Resolución de Consejo Directivo N° 004-2003-CD/OSITRAN de fecha 23 de abril de 2003;

Que, a pesar del mandato de acceso temporal en relación al acceso a la infraestructura ferroviaria, FERSIMSAC no ha logrado a la fecha obtener el material tractivo y rodante no obstante las diversas acciones realizadas tanto por aquella como por OSITRAN y el MTC;

Que, FERSIMSAC es plenamente conciente de la necesidad de seguir ambos procedimientos y que los mismos se encuentran regulados por principios diferentes, puesto que en su Carta GG/GG50-FC Santuario 2003, recibida por OSITRAN con fecha 13 de mayo, nunca hizo referencia a la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2003-CD/OSITRAN no obstante que la misma fue expedida el 23 de abril de 2003;

Que, en efecto, FERSIMSAC era plenamente conciente de que el tema del acceso a la infraestructura ferroviaria ya había sido resuelto por el Consejo Directivo y que quedaba pendiente la obtención del material tractivo y rodante, que tenía que tramitarse por un procedimiento separado, tal como lo señalaron en su Carta GG/GG50-FC Santuario 2003 al solicitar que el problema sea puesto en conocimiento del INDECOPI;

Que, sólo así se explica que en la referida carta no se haga mención a la ejecución de la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2003-CD/OSITRAN;

Que, en atención a ello, no resulta correcto que en su Carta GG/GG-072-FC Santuario 2003 sí se haga referencia a la ejecución de la Resolución del Consejo Directivo N° 004-2003-CD/OSITRAN de fecha 23 de abril de 2003, cuando ésta se pronunció sobre el acceso temporal y no sobre el material tractivo y rodante;

Que, sin perjuicio de ello, conforme lo señalado anteriormente, en atención a lo solicitado por la Carta GG/GG50-FC Santuario 2003, la Gerencia de Supervisión inició la evaluación de la situación del material tractivo y rodante, emitiendo el Informe N° 177-03-GS-C3-OSITRAN de fecha 25 de julio de 2003;

Que, debe tenerse presente que la Carta GG/GG50-FC Santuario 2003 tenía como asunto de referencia "Alquiler de Material Tractivo y Rodante Concesionado" y que en el primer párrafo de la misma se solicitó al OSITRAN que *"inicie las acciones pertinentes a efectos de asegurar el adecuado cumplimiento de la obligación asumida pro la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. en el numeral 7.6º, referido al principio de Equidad en Servicios, con relación al alquiler del material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado que le ha sido concesionado"*;

Que, al respecto, debe señalarse que la referida solicitud no puede entenderse como el inicio de la ejecución de la Resolución de Consejo Directivo N° 004-2003-CD/OSITRAN pues nunca fue planteado en esos términos ni correspondía que así se hiciese, sino que por el contrario, la presentación de la referida carta se enmarcaba dentro del tema del alquiler de material tractivo y rodante concesionado;

Que, sin perjuicio de lo señalado en relación a la referida solicitud, esta Gerencia considera que la solicitud contenida en la Carta N° GG/GG 50 FC Santuario 2003, debe entenderse enmarcada dentro de los alcances del artículo 48º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN: *"detectada alguna infracción a las normas sobre libre competencia, competencia desleal y publicidad, las Divisiones Técnicas de OSITRAN, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo precedente, emitirán un informe dirigido a la Gerencia General a efectos de que ésta, de considerarlo pertinente, efectúe la denuncia correspondiente ante el INDECOPI"*;

Que, debe tenerse presente que el artículo 48º del Reglamento citado, remite al procedimiento establecido en el artículo 47º del mismo;

Que, asimismo, debe tenerse presente que conforme lo dispuesto por el literal b) del artículo 47º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, lo que significa que cualquier persona puede denunciar la presunta comisión de infracciones por las entidades prestadoras, pero que OSITRAN tiene la decisión de iniciar o no un procedimiento administrativo sancionador;

Que, por otro lado, debe tenerse presente que el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas no establece un plazo para que la Gerencia competente culmine con la evaluación de las denuncias presentadas por los interesados al OSITRAN, de modo que sólo resulta exigible que la misma se efectúe dentro de un plazo razonable;

Que, conforme lo señalado por el artículo 48° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, OSITRAN debe regirse por las reglas establecidas en el artículo 47° del referido reglamento, por lo que, en el caso que encuentre los indicios suficientes de la comisión de una infracción contra la libre competencia, deberá evacuar al INDECOPI un informe dentro de plazos razonables;

Que, esta Gerencia considera que en el presente caso, lo que hizo FERSIMSAC fue denunciar ante OSITRAN, tanto de conformidad con lo dispuesto por la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión como de lo dispuesto por el referido reglamento, que FETRANS había infringido las normas de libre competencia; y, que en atención a que dicha materia es de competencia del INDECOPI, OSITRAN debería proceder a su evaluación y en caso considerase que efectivamente existían indicios suficientes en dicho sentido, debía denunciar este hecho ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI quien sería competente para tramitar el procedimiento e imponer la sanción correspondiente de ser el caso;

Que, en el presente caso, la Gerencia de Supervisión ha realizado el análisis correspondiente y emitido el Informe N° 177-03-GS-C3-OSITRAN con fecha 25 de julio de 2003, a efectos de que se proceda a su evaluación por parte de la Gerencia General;

Que, en consecuencia, no se ha incurrido en los supuestos a que se refiere el numeral 158.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobada por la Ley N° 27444;

Que, sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que en atención al tiempo transcurrido desde el 13 de mayo de 2003, fecha en la que se presentó la Carta N° GG/GG 50FC Santuario 2003, OSITRAN debió comunicar a FERSIMSAC que se encontraba evaluando el caso a efectos de determinar si correspondía remitir los antecedentes del mismo al INDECOPI y debió emitir su pronunciamiento en un plazo razonable, lo que no ocurrió en el presente caso;

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar infundada la queja interpuesta por FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C. en atención a que la Gerencia de Supervisión ha cumplido con emitir el informe N° 177-03-GS-C3-OSITRAN de fecha 25 de julio de 2003;

SEGUNDO: Llamar la atención al Gerente de Supervisión a efectos de que en lo sucesivo, cumpla con emitir sus informes en plazos razonables e informar a los administrados sobre la atención de sus requerimientos.

TERCERO: Notificar a FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C. con la presente resolución.

CUARTO: Poner en conocimiento del Gerente de Supervisión la referida resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JORGE ALFARO MARTIJENA
Gerente General