

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado**

Informe sobre Expediente acumulados N° 10-2004/CLC y 12/2004/CLC

Omar Paul Soca Guzmán

20095473

Revisor: Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2021

## **RESUMEN**

La controversia en el expediente se origina a partir de la solicitud de arrendamiento de material tractivo y rodante de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (Fersimsac), nuevo operador de servicios de transporte ferroviario. Fersimsac solicita a Ferrocarril Trasandino S.A. (Fetrans) el arrendamiento del material tractivo y rodante que este había recibido como parte de la concesión del Ferrocarril Sur Oriente. No obstante, Fetrans alegó que este material había sido arrendado en su totalidad a su empresa vinculada Perurail, quien prestaba los servicios de transporte ferroviario de acuerdo con lo previsto en su contrato de concesión.

Lo anterior fue analizado por la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) a raíz de una denuncia de Organismo Supervisor de la Infraestructura de Transporte (OSITRAN) y Fersimsac en contra de Fetrans por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato y discriminación. Esta es la controversia que da origen al presente Expediente y cuyos aspectos controvertidos comprenden materias la interpretación del Contrato de Concesión, el análisis de competencia sobre el material tractivo y rodante, así como la participación de OSITRAN en el procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, considero que INDECOPI no realizó una correcta interpretación del Contrato de Concesión, la misma que tuvo impacto en una incorrecta delimitación del mercado relevante. Finalmente, OSITRAN no fue incorporado en el procedimiento como correspondía, lo cual fue corregido por el Tribunal.

Finalmente, es importante notar que esta controversia se mantiene a nivel judicial. Esta controversia fue materia de pronunciamiento de la justicia constitucional, debido a una acción de amparo presentada por Perurail en la cual cuestionaba la admisión de la apelación de OSITRAN y que tuvo como consecuencia permitir a la Sala conocer la controversia. Si bien ya se contaba con un pronunciamiento de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaraba nula la admisión de la apelación y firme la decisión de la Comisión, todo lo actuado fue declarado nulo por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 18 de agosto de 2020 recaída en el Expediente No. 1484-2015-PA/TC. Así, el Tribunal Constitucional ha ordenado volver a la etapa de admisión de la demanda y la controversia sobre la admisión de OSITRAN en el procedimiento sigue pendiente.



## ÍNDICE

<b>A. INFORMACIÓN GENERAL</b> .....	1
<b>B. ANTECEDENTES</b> .....	1
<b>A. El marco normativo para la privatización de la actividad ferroviaria nacional</b> .....	1
i. El concepto de servicio público .....	2
ii. La privatización de ENAFER .....	5
<b>B. Licitación Pública Especial para la entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente y el Contrato de Concesión</b> .....	7
<b>C. Sobre la constitución y contratación de Perurail (operador de transporte ferroviario vinculado a Fetrans)</b> .....	9
<b>D. El ingreso de un nuevo operador y la solicitud de alquiler de material tractivo y rodante</b> .....	9
<b>C. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE INDECOPI</b> .....	14
<b>A. Posición de la autoridad investigadora</b> .....	15
i. Argumentos de la GEE.....	16
ii. Argumentos de la Secretaría Técnica.....	17
<b>B. Posición de las denunciantes</b> .....	20
iii. Argumentos de Fersimsac.....	20
iv. Argumentos de OSITRAN.....	20
<b>C. Posición de la denunciada</b> .....	22
i. Argumentos de Fetrans .....	22
ii. Argumentos de Perurail.....	25
iii. Argumentos de Apoyo Consultoría.....	25
<b>D. Decisión de la Comisión</b> .....	27
<b>E. Decisión de la Sala</b> .....	27
<b>D. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE</b> .....	29
<b>E. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS Y POSICIÓN DEL BACHILLER</b> .....	30
<b>A. Interpretación del Contrato de Concesión: Sobre el otorgamiento del material tractivo y rodante a costo cero y la posibilidad de arrendarlo en su totalidad</b> .....	30
i. Sobre los contratos de concesión y los principios de interpretación contractual.....	30
ii. ¿El material tractivo y rodante fue otorgado a “costo cero”? .....	35

iii. La obligación de constituir un operador ferroviario y la posibilidad de arrendarle el material tractivo y rodante: la correcta interpretación de la Circular No. 17.....	39
B. ¿El mercado relevante ha sido correctamente definido? ¿Fetrans ostenta posición de dominio en el mercado relevante?.....	43
i. Marco teórico.....	43
ii. ¿El mercado relevante ha sido correctamente definido?.....	54
iii. ¿Fetrans cuenta con posición de dominio?.....	64
C. ¿El principio de equidad previsto en el Contrato de Concesión es aplicable al material tractivo y rodante? .....	64
i. Regulación económica y libre competencia: reglas de supletoriedad	64
ii. Sobre las competencias de OSITRAN e INDECOPI y los contratos de concesión .....	66
iii. Sobre la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión y su aplicación al material tractivo y rodante .....	68
D. ¿Correspondía admitir la apelación de OSITRAN? .....	69
i. Sobre las competencias de OSITRAN y el resguardo de la libre competencia.....	69
ii. ¿Puede OSITRAN ser parte de un procedimiento administrativo a cargo de INDECOPI?.....	71
iii. Sobre la calificación de INDECOPI de los informes y la participación de OSITRAN .....	72
F. CONCLUSIONES.....	74
G. BIBLIOGRAFÍA .....	76
A. ANEXO 1: LÍNEA DE TIEMPO .....	79
B. ANEXO 2: RESUMEN DE PRINCIPALES ACTUACIONES .....	80
C. ANEXO 2: ÍNDICE DE PRINCIPALES DOCUMENTOS DEL EXPEDIENTE.....	105

## A. INFORMACIÓN GENERAL

### ▪ Partes en el procedimiento

**Denunciantes:** Comisión de Libre Competencia y Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (Fersimsac)

**Denunciada:** Ferrocarril Trasandino S.A. (Fetrans)

**Terceros:** Perurail S.A. (Perurail) y el Organismo Supervisor de la Infraestructura de Transporte (OSITRAN)

### ▪ Autoridad competente

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

~ Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (Secretaría Técnica)

~ Comisión de Libre Competencia (Comisión)

~ Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Sala)

### ▪ Expediente y materia del procedimiento

Expedientes acumulados Nos. 10-2004/CLC y 12/2004/CLC sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar y trato discriminatorio en el alquiler del material tractivo y rodante para operar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur Oriente.

## B. ANTECEDENTES

### A. El marco normativo para la privatización de la actividad ferroviaria nacional

1. Para abordar la controversia suscitada en el presente expediente, es necesario realizar un breve desarrollo sobre el contexto en el cual los privados ingresaron a prestar los servicios de transporte ferroviario y a la administración de las vías ferroviarias.
2. De acuerdo con el Reglamento General de Ferrocarriles, aprobado mediante Decreto Supremo No. 012-78-TC<sup>1</sup> del 29 de mayo de 1978 (en adelante, el Reglamento de Ferrocarriles), *“el transporte ferroviario es de interés público y de necesidad nacional”*. De esta manera, el Reglamento de Ferrocarriles le otorgaba un carácter de público y de interés general la prestación de servicios de transporte ferroviario.
3. En efecto, de acuerdo con el artículo 173 del Reglamento de Ferrocarriles, *“todos tienen derecho a servirse de los Ferrocarriles de servicio público”*. Asimismo, el artículo 2 del mencionado reglamento señala que la construcción de vías férreas destinadas al servicio público se encuentra a cargo del sector público. No

---

<sup>1</sup> Posteriormente esta regulación fue derogada por la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley No. 27181 y el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, Decreto Supremo No. 032-2005-MTC.

obstante, ello no significa que la construcción de vías férreas o el transporte de pasajeros sea una actividad que no pueda ser realizada por el sector privado.

4. En esa línea, el artículo 1 del Reglamento de Ferrocarriles señala que la explotación del transporte ferroviario puede ser “pública, privada o mixta”. Asimismo, la construcción y explotación de vías férreas destinadas a servicios públicos puede ser prestada *“directamente [sic] o indirectamente mediante delegación a organismos o personas del Sector privado”*.
5. No obstante, este servicio público era prestado principalmente por la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A.<sup>2</sup>. No obstante, como es conocido, en la década de los noventa se inició un proceso de liberalización de sector de la economía, así como de privatización de empresas públicas. Si bien como parte de este proceso Fetrans fue adjudicado con el Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur Oriente, dadas las características del transporte ferroviario y su calificación como servicio público, cabe hacer una breve revisión sobre el concepto de servicio público, privatización y liberalización de esta actividad económica.

#### **i. El concepto de servicio público**

6. De manera general, se entiende que un determinado ámbito de la económica ha sido calificado como servicio público cuando su prestación debe ser continua y es necesaria para garantizar el interés general de la sociedad. No obstante, este no es un concepto en el cual exista consenso entre los autores.
7. En efecto, a lo largo de la historia han surgido diversas teorías sobre el servicio público, cada una adecuada al contexto histórico en que surgió. Conforme ha sido desarrollado por el profesor Guzmán Napurí, existen tres teorías sobre el servicio público: (i) teoría subjetiva, (ii) teoría objetiva; y, (iii) teoría funcional.
8. Según la teoría subjetiva, los servicios públicos son aquellos prestados *“única y directamente por el Estado, como parte de la función o actividad prestacional del mismo”*<sup>3</sup>. De esta manera, el concepto de servicio público no estaba relacionado con las características propias del servicio en cuestión, sino por el sujeto a cargo de su prestación.
9. Así, la calificación de servicio público se otorgaba a aquellas actividades o prestaciones que tenían como titular al Estado, ya sea a través de sus órganos administrativos o a través de empresas públicas. Posteriormente, este concepto fue cuestionado debido al proceso de privatización de las empresas estatales en diversos países del mundo. Ello en tanto servicios que eran calificados como públicos pasarían a ser prestados o gestionados por privados.
10. Según la teoría objetiva, los servicios públicos dependen de la naturaleza del servicio en cuestión. Al respecto, Guzmán Napurí señala que *“se entiende dentro de la teoría objetiva que los servicios públicos son aquellas actividades que resultan indispensables para la colectividad al nivel de necesidad primordiales. El servicio público implica la satisfacción de necesidad colectivas de interés general y de carácter material”*<sup>4</sup>. De esta manera, existen determinados servicios cuyas

---

<sup>2</sup> La Empresa Nacional de Ferrocarriles es una empresa pública fue creada mediante el Decreto Ley No. 19538, publicada el 20 de setiembre de 1972. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo No. 102, se transformó en una empresa de propiedad exclusiva del Estado, sujeta al régimen legal de las personas jurídicas de derecho privado y organizada como una sociedad mercantil.

<sup>3</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Las teorías existentes sobre el servicio público”. *Foro Jurídico*. Lima, 2002, No. 1, p. 77.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

características los convierten en servicios públicos por sí mismos. No obstante, esta definición también encuentra detractores debido a que no existe uniformidad en los servicios públicos cuando estos son analizados desde una perspectiva comparada.

11. En atención a ello surge la teoría funcional. Sobre esto, Guzmán Napurí señala lo siguiente:

*“Ahora bien, la denominada teoría funcional -o concepción instrumental del servicio público- parte del supuesto de que **la determinación o declaración de un servicio público como tal depende del Estado y se genera por la decisión del mismo de generar una intervención intensa en la actividad que se califica como tal (...).***

*Evidentemente, dicha declaración realizada por el Estado - denominada genéricamente publicatio- debe estar basada en el interés público o interés general”<sup>5</sup>.*

[Énfasis agregado]

12. Como se puede apreciar, la teoría funcional señala que serán servicios públicos aquellos a los cuales el Estado les otorgue dicha categoría. De esta manera, existen diversas teorías que califican aquellos que es conocido como servicio público.
13. Si bien no existe una definición uniforme, el profesor Quintana señala que existen características que poseen estos servicios, a partir de las cuales es posible distinguirlos. Específicamente, el profesor Quintana señala lo siguiente:

*“En primer lugar se les identifica por su **generalidad, ya que se trata de servicios para una masa indiferenciada de usuarios** que tienen el derecho a su prestación cumpliendo con el pago y los requisitos mínimos establecidos por las leyes o por la empresa que los presta. También se les caracteriza por la **prestación en condiciones de igualdad**, ya que el servicio debe ser uniforme para todos los sujetos sin distinciones de calidad, precio o cantidad, salvo que existan clases o categorías en la prestación del servicio, pero aun así, dentro de cada clase debe ofrecerse un servicio sin distinciones.*

*Igualmente, se establece como requisito imprescindible que los servicios públicos sean **prestados con carácter de continuidad**, ya que la necesidad que satisfacen es demasiado importante como para que se permita la suspensión arbitraria del servicio. Al respecto, debe existir la seguridad de que la prestación sea ininterrumpida, salvo que satisfaga una necesidad ocasional (...).*

*Por último, se plantea como otro rasgo distintivo **el carácter de regularidad**, diferenciándolo de la continuidad; en el sentido de que la regularidad implica el funcionamiento adecuado del servicio (calidad, eficiencia, reparaciones, etc.)”<sup>6</sup>.*

---

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. “¿Están desapareciendo los servicios públicos?”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 1997, No. 12, p. 204.

[Énfasis agregado]

14. Como se puede apreciar, los servicios públicos se pueden distinguir de otro tipo de servicios debido a sus características de generalidad, igualdad, continuidad y regularidad.
15. Por otro lado, el profesor Danós señala que en la Constitución Política del Perú y en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de servicio público no es uniforme. Por un lado, existen referencias a servicios prestacionales, es decir, aquellos que tienen naturaleza económica. Por otro lado, también se utiliza el concepto de servicio público para hacer referencia a potestades y funciones de la Estado<sup>7</sup>.
16. A pesar de estas dos formas de entender el servicio público, el profesor Danós coincide con el profesor Quintana en las características del servicio público:

*“La Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecen dos requisitos para que una actividad económica sea calificada como servicio público: (i) uno de carácter material, que consideramos se encuentra tácitamente en el artículo 58 y que consiste en que debe tratarse **de actividades de carácter esencial para satisfacer las necesidades primordiales colectivas, de modo que generen las condiciones materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos**, y (ii) en segundo lugar, un requisito de carácter formal, conforme al cual la calificación como servicio público de una actividad debe realizarse mediante norma con rango legal, lo que ha sido explicitado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”<sup>8</sup>.*

[Énfasis agregado]

17. Como se puede apreciar, según el profesor Danós, una actividad económica que califica como servicio público debe cumplir con el requisito material de que se trate de una actividad esencial, que a su vez implica que deba ser prestado de manera general, en condiciones de igualdad, con continuidad y regularidad.
18. En esa línea, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido que no existe una definición de servicio público, si ha establecido algunas pautas para identificarlo, como se muestra a continuación:

*“De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:*

- a) Su **naturaleza esencial** para la comunidad.*
- b) La necesidad de **continuidad** de su prestación en el tiempo.*
- c) Su naturaleza **regular**, es decir, que debe mantener un **standar [sic] mínimo de calidad**.*

<sup>7</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”. *Derecho Constitucional*. Lima, 2008, No. 55.

<sup>8</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”. *Derecho Constitucional*. Lima, 2008, No. 55, p. 258.

d) La necesidad de que su acceso se dé en **condiciones de igualdad**<sup>9</sup>.

[Énfasis agregado]

19. Finalmente, el profesor Danós ha señalado que la declaración de una actividad como servicio público tiene las siguientes consecuencias: (i) titularidad del estado (respecto a la responsabilidad por dicha actividad), (ii) la sujeción a un determinado régimen público, en tanto existen potestades del Estado, así como deberes y derechos de los prestadores.

## ii. La privatización de ENAFER

20. En la década de los noventa, se inició el proceso de privatización de empresas públicas, así como el proceso de liberalización de actividades económicas y la concesión de servicios públicos. En este punto, es importante diferenciar los conceptos de privatización y liberalización.
21. Con respecto al significado jurídico de privatización, el profesor Cassagne señala lo siguiente:

*“Por otro lado, existe una significación jurídica que reposa en la técnica de **transferencia de amplios segmentos del sector público de la economía al ámbito privado, que básicamente comprendió:***

- (i) la **venta de activos** y la transferencia del capital social mayoritario al capital privado;*  
*(ii) la **asignación de la gestión del servicio o actividad a un operador privado.***

*En este último sentido, la experiencia argentina permite visualizar dos modalidades diferenciadas.*

*La primera, de mayor transcendencia política, implica el mantenimiento del carácter público de la actividad, la cual resulta sometida al régimen del servicio público (*‘publicatio’*) a través de una declaración legislativa.*

*La segunda consiste en la supresión del carácter de servicio público de la actividad y constituye, en rigor, una despublicación que pasa a regularse por las reglas más generales del poder de policía que se ejerce sobre empresas que, en principio, se rigen por el Derecho Privado<sup>10</sup>.*

[Énfasis agregado]

22. Como se puede apreciar, de acuerdo con el profesor Cassagne, la privatización es un concepto amplio que comprende no solamente la transferencia de activos públicos (de empresas estatales) al sector privado, sino que comprende también el proceso en el cual el Estado permite el acceso a privados para que presten servicios anteriormente calificados como públicos.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 2005, recaída en el Expediente No. 0034-2004-PI/TC.

<sup>10</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Sexta Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 363 y 364.

23. Por su parte, el profesor Rodríguez-Arana Muñoz ha señalado que la privatización puede dividirse en tres modalidades:

***“En primer lugar, liberalización o desregulación, que es la técnica de más amplio alcance que se puede utilizar para introducir al sector privado en el ámbito de actuación del sector público. (...)”***

***En segundo lugar, la venta de activos suele ser, en general, el instrumento más utilizado y se plasma en el traspaso de dichos activos al sector privado a través de diversas fórmulas como pueden ser: la venta directa de la empresa, la oferta pública de acciones o la venta a través de un procedimiento de licitación.***

***En tercer lugar, desde una perspectiva más amplia, es posible contemplar la privatización no como una mera transferencia de la propiedad de la empresa pública al sector privado, sino como el intento de privatizar la propia actividad de la empresa pública. (...) Es decir, que el sector público se convierte en contratante, limitándose a garantizar la provisión de determinados bienes y servicios que serán producidos por la empresa privada”<sup>11</sup>.***

[Énfasis agregado]

24. Como se puede apreciar, ambos autores coinciden en que el concepto de privatización comprende el concepto de liberalización, entendido este último como la desregulación de una actividad del sector público para su prestación a través de privados. De esta manera, la privatización en sentido estricto consiste en la transferencia de la propiedad al sector privado.
25. Ahora bien, la desregulación o liberalización, como señalan los autores, puede darse de diversas maneras. En efecto, el Estado podría mantener todavía un control sobre la actividad, encargando solamente la gestión de un determinado servicio a los privados. Esto es conocido como una concesión, mediante la cual el Estado no pierde la titularidad de dicha actividad. De acuerdo con el Decreto Legislativo No. 758 se definía a la concesión como *“el acto administrativo por el cual el Estado, con el objeto que el concesionario realice determinadas obras y servicios fijados o aceptados previamente por el organismo concedente, le otorga el aprovechamiento de una obra para la prestación de un servicio público, por un plazo determinado”*.
26. Por otro lado, algunas actividades fueron cedidas al privado, eliminando la regulación existente o manteniendo una mínima regulación sobre dicha actividad. Ello se puede apreciar en el caso del servicio de transporte ferroviario de pasajeros, para el cual solo era necesaria una autorización por parte del Estado.
27. De esta manera, se utilizará el concepto de privatización para el proceso de transferencia de activos de empresas públicas al sector privado, distinguiéndolo del concepto de liberalización, como la desregulación de actividades para su prestación a través de privados, ya sea que este sea libre (requiriendo solo una autorización) o regulado (vía concesión).

---

<sup>11</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. “Sobre las privatizaciones”. *Circulo de Derecho Administrativo*. Lima, 2007, No. 3, pp. 187 y 188.



28. En línea con lo anterior, el proceso de privatización de ENAFER se inició con el Decreto Legislativo No. 674, Ley de Promoción de la Inversión en Empresas del Estado, publicado el 27 de setiembre de 1991. A través de dicha Ley se declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado.
29. Mediante el Decreto Legislativo No. 690, publicado el 6 de noviembre de 1991, se declaró de interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria. La actividad ferroviaria se divide en:

**“a) Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria;**

*La infraestructura vial ferroviaria comprende las vías férreas permanentes, el ancho de la zona del ferrocarril, los terraplenes, puentes, túneles, rieles, durmientes y demás bienes afectados al servicio, así como las instalaciones complementarias que comprenden patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal;*

**b) Servicio de transporte ferroviario**, que comprende las operaciones de embarque, desembarque, carga, descarga y, **en general, todo lo necesario para permitir el movimiento de pasajeros y de carga en las vías férreas**, así como las operaciones relacionadas al material rodante, compuesto por locomotoras, coches y vagones, y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad”. [Énfasis agregado]

30. Con ello también se inició el proceso de liberalización de la actividad ferroviaria. Al respecto, el Estado estableció mecanismos para que los privados ingresen a prestar dichos servicios. Por un lado, los servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria se otorgarían a los privados mediante concesión, como resultado de un procedimiento de licitación pública<sup>12</sup>. Por otro lado, el servicio de transporte ferroviario podría 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<sup>13</sup>.

**B. Licitación Pública Especial para la entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente y el Contrato de Concesión**

31. Mediante Resolución Suprema No. 163-93-PCM, publicada el 10 de mayo de 1993, se incluyó a ENAFER en el proceso de promoción de la inversión privada y se constituyó el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (en adelante, CEPRI). Dicha entidad, el 23 de noviembre de 1998, aprobó las Bases de la Licitación Pública Especial para la entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente (en adelante, las Bases) dando inicio al proceso de privatización de los ferrocarriles a cargo de ENAFER. En este proceso resultó como ganador el Consorcio Divisible Ferrocarriles del Perú, integrado por Ferrovías Central Andina S.A. y Ferrocarril Transandino S.A.

<sup>12</sup> Decreto Legislativo No. 690, artículo 3.

<sup>13</sup> Decreto Legislativo No. 690, artículo 4.

32. En julio de 1999, las empresas que conformaron el consorcio ganador suscribieron con el Estado los contratos de concesión correspondientes a cada tramo, siendo Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetrans) la empresa que suscribió el Contrato de Concesión para la Administración del Ferrocarril Sur y Sur Oriente (en adelante, el Contrato de Concesión). Dicho contrato entró en vigor el 20 de setiembre de 1999.
33. De acuerdo con el Contrato de Concesión, el Estado otorgó una concesión a favor de Fetrans para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los Bienes de la Concesión, así como para la construcción de obras de Infraestructura Vial Ferroviaria, para la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario y de Servicios Complementarios<sup>14</sup>. Dicha concesión fue otorgada por un plazo de 30 años<sup>15</sup>, renovables cada 5 años hasta un plazo máximo de 60 años.
34. En el Contrato de Concesión se estableció que Fetrans se encuentra facultado a explotar la concesión, lo cual podrá ser realizado a través del aprovechamiento de los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario autorizados por el Contrato y de los Servicios Complementarios<sup>16</sup>.
35. Como contraprestación, se establecieron dos tipos de retribuciones. Por un lado, una Retribución Principal equivalente al 37.25%<sup>17</sup> de los ingresos brutos obtenidos por la explotación de la concesión, sin considerar los ingresos provenientes de la explotación del material tractivo y/o rodante<sup>18</sup>. Por otro lado, una Retribución Especial que equivale al 50% de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos por la explotación del material tractivo y/o rodante señalado en el Anexo No. 3 del Contrato de Concesión.
36. El Contrato de Concesión establece que Fetrans podrá prestar Servicios de Transporte Ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga. Así, Fetrans podrá prestar los servicios de embarque y desembarque, carga y descarga, mantenimiento del material tractivo y/o rodante, operaciones vinculadas con la señalización, telecomunicaciones, entre otras<sup>19</sup>. Estos servicios también pueden ser prestados por los operadores de servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de carga.
37. En cuanto a los Servicios Complementarios, el Contrato de Concesión señala que comprenden todas aquellas actividades económicas que sean posibles de desarrollarse de acuerdo con las leyes aplicables y siempre que no afecten los servicios de transporte ferroviario<sup>20</sup>.
38. Finalmente, en relación con los servicios de transporte de carga y pasajeros, en tanto este no puede ser prestado directamente por Fetrans, dicho servicio es prestado los Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario. Según ha sido establecido en el Contrato de Concesión, un operador de servicios de transporte ferroviario *“es cualquier persona constituida o establecida en el país, que cuente con el Permiso de Operaciones correspondiente emitido por el MTC y que desarrolle Servicios de Transporte Ferroviario”*<sup>21</sup>.

---

<sup>14</sup> Cláusula 2.2. del Contrato de Concesión.

<sup>15</sup> Cláusula 4.1. del Contrato de Concesión.

<sup>16</sup> Cláusula 6.1. del Contrato de Concesión

<sup>17</sup> Anexo No. 5 del Contrato de Concesión, Oferta económica presentada en la Licitación Pública Especial para la entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente.

<sup>18</sup> Cláusula 5.1. del Contrato de Concesión

<sup>19</sup> Cláusula 6.3. del Contrato de Concesión.

<sup>20</sup> Cláusula 6.4. del Contrato de Concesión.

<sup>21</sup> Cláusula 1.1. del Contrato de Concesión.

39. Siendo que los operadores de servicios de transporte ferroviario requieren de acceso a la vía férrea para prestar sus servicios, estos deben celebrar contratos de ingreso a la línea férrea, cumpliendo las disposiciones establecidas en la cláusula 7.3 del Contrato de Concesión.
40. En el Contrato de Concesión se estableció que Fetrans se obligaba a permitir el ingreso a la línea férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones previstas en el Contrato de Concesión y las leyes aplicables; pudiendo impedir el ingreso solamente en caso que el operador de servicios de transporte ferroviario no cuente con el permiso de operaciones emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, cuando exista impedimentos técnicos u operativos al no mantener su material tractivo o material rodante o sus instalaciones, o cuando no cuente con los seguros correspondientes<sup>22</sup>. Asimismo, Fetrans quedaba obligado a supervisar y controlar que el desarrollo de los servicios de transporte ferroviario por parte de los operadores, a efectos de que se cumplan las disposiciones de seguridad.

**C. Sobre la constitución y contratación de Perurail (operador de transporte ferroviario vinculado a Fetrans)**

41. Inicialmente, el esquema ideado para el Contrato de Concesión era uno de separación vertical. Este esquema consiste en la separación de los servicios de administración de la infraestructura ferroviaria y la prestación de los servicios de transporte de carga y pasajeros. No obstante, con la finalidad de asegurar la continuidad en la prestación de servicios de transporte tanto en el Ferrocarril del Sur como en el Ferrocarril Sur Oriente, mediante Circular No. 17, el CEPRI estableció que la empresa adjudicataria debía contar con un operador de servicios de transporte ferroviario.
42. Posteriormente, mediante Circular No. 43, CEPRI estableció que el adjudicatario debería contar con una empresa operadora de servicios de transporte ferroviario con una composición accionaria similar, con la cual deberá contar con un contrato para que preste servicios en el Ferrocarril Sur Oriente. En cumplimiento de dicha obligación, Fetrans constituyó Perurail y suscribió un contrato de alquiler de material tractivo y rodante<sup>23</sup> para que esta última preste los servicios de transporte de carga y pasajeros. Este contrato fue remitido en su oportunidad al OSITRAN.

**D. El ingreso de un nuevo operador y la solicitud de alquiler de material tractivo y rodante**

43. El 30 de diciembre de 2002, mediante Resolución Directoral No. 009-2002-MTC, la empresa Fersimsac obtuvo el Permiso de Operación Ferroviario por un periodo de un año para prestar servicios de transporte de pasajeros y carga en la vía del Ferrocarril del Sur Oriente. Dicho permiso fue condicionado a la celebración de un contrato de acceso a la vía férrea, así como la acreditación del material tractivo y rodante.
44. En tal sentido, el 17 de enero de 2003, Fersimsac envió a Fetrans la Carta No. GG/GG-010-FC.Santuario-2003 *“a fin de oficializar el requerimiento (...) del parque tractivo - rodante y estaciones ferroviarias para nuestra operación, en*

<sup>22</sup> Cláusula 12.2. del Contrato de Concesión

<sup>23</sup> Fetrans y Perurail celebraron un primer contrato de alquiler de material tractivo y rodante el 20 de setiembre de 1999. Luego de transcurrido el primer semestre de dicho contrato, las partes modificaron su contenido y celebraron un segundo contrato de alquiler el 1 de agosto de 2020.

*calidad de alquiler para operar entre Cusco, Machupicchu e Hidroeléctrica*". Asimismo, en dicha comunicación solicitó a Fetrans el itinerario vigente de Perurail.

45. En respuesta a dicha comunicación, mediante Carta No. 013-GL/FETRANS, Fetrans indicó que se encontraba a la espera de las copias de las pólizas que cubrirán los daños a terceros, la cobertura contra riesgo de destrucción parcial de la infraestructura del ferrocarril y, en caso de proporcionar los servicios de transporte de pasajeros, una cobertura por persona y por ocurrencia. Asimismo, teniendo en cuenta que el Contrato de Acceso a la Vía es un requisito para que cualquier operador pueda prestar servicios, Fetrans adjuntó un borrador del referido contrato.

Además, Fetrans solicitó a Fersimsac que evidencie su estructura financiera y la de sus accionistas, así como su capacidad de proporcionar ciertas garantías financieras que respalden las obligaciones establecidas en el Contrato de Acceso a la Vía. Asimismo, Fetrans requirió los detalles de los empleados que se contratarían, en especial de aquellos que serían los responsables de la seguridad, mantenimiento y operación.

Por último, Fetrans indicó que no contaban con material tractivo y rodante disponible para proporcionarlo a Fersimsac para el uso en el servicio, pues todo el material tractivo y rodante había sido arrendado a Perurail, de acuerdo con los términos del Contrato de Arrendamiento que fue oportunamente presentado a OSITRAN.

46. Mediante Carta No. GG/GG-016-FC.Santuario-2003 de fecha 12 de febrero de 2003, Fersimsac respondió a Fetrans señalando que había cumplido con enviar las copias de las pólizas de seguros a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC. Asimismo, señaló que las evidencias económicas requeridas se encontraban reflejadas en las pólizas emitidas por la Aseguradora Pacífico. Fersimsac, además, envió un borrador con los términos de referencia para que Fetrans fije día y hora para la firma del Contrato de Acceso a la Vía, a fin de elevarlo ante la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, y dos cuadros de detalles de los empleados que serían contratados.
47. Mediante Carta No. GG/GG-017-FC.Santuario-2003 de fecha 17 de febrero de 2003, Fersimsac solicitó a la Dirección de Caminos y Ferrocarriles del MTC una ampliación de 30 días útiles a partir del vencimiento del plazo previsto en la Resolución Directoral No. 009-2002-MTC, a efectos de cumplir con presentación del Contrato de Acceso a la Vía pues aún esperaban respuesta por parte de Fetrans para fijar hora y fecha para la suscripción del referido contrato. Dicha prórroga fue otorgada mediante Oficio No. 265-2003-MTC/14 de fecha 21 de febrero de 2003<sup>24</sup>.
48. Mediante Carta No. 033-GL-2003/FETRANS de fecha 24 de febrero de 2003<sup>25</sup>, Fetrans respondió a Fersimsac señalando la necesidad de que dicha empresa presentará información sobre el material tractivo y rodante que utilizaría en sus operaciones, pues era necesario analizar si tales equipos cumplían con los

<sup>24</sup> Nótese que, la ampliación otorgada por la Dirección de Caminos y Ferrocarriles del MTC fue luego formalizada mediante la Resolución Directoral No. 016-2003-MTC/14 de fecha 25 de febrero de 2003. Asimismo, la referida Resolución Directoral fue notificada a Fersimsac mediante Oficio No. 318-2003-MTC/14 de fecha 4 de marzo de 2003.

<sup>25</sup> La referencia a esta comunicación se hace en base a lo señalado en el numeral 5 de la Resolución No. 003-2003-CD/OSITRAN. Esta comunicación no se encuentra en el expediente.

estándares exigidos. En esta comunicación, Fetrans reiteró la necesidad de contar con evidencia económica sobre la capacidad financiera de Fersimsac y la relación de trabajadores.

49. Mediante documento de fecha 26 de febrero de 2003, Fersimsac reiteró su solicitud a Fetrans de fijar hora y fecha para la suscripción del Contrato de Acceso a la Vía, señalando que ya se habían cumplido con los requisitos exigidos por el Contrato de Concesión (numeral 7.3) para celebrar el referido contrato y que no existe disputabilidad con las frecuencias e itinerarios de Perurail. Asimismo, señaló que, de no acceder a su solicitud, procederá según lo previsto en el artículo 55 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público<sup>26</sup> (en adelante, el REMA).
50. Mediante Carta No. 041-GL-2003/FETRANS de fecha 28 de febrero de 2003<sup>27</sup>, Fetrans respondió la comunicación del 26 de febrero de 2003 de Fersimsac, señalando que el Contrato de Concesión establece determinados requisitos para la celebración de Contratos de Acceso y que dicha lista no es limitativa, pudiéndose incluir especificaciones y requerimientos que resulten necesarios. Asimismo, señaló que era necesario se acredite que el material tractivo y rodante cumplía con los estándares exigidos.

Finalmente, señaló que no resultaba aplicable el artículo 55 del REMA pues no han cumplido con los requisitos para obtener el acceso y en todo caso OSITRAN debe determinar la procedencia de tales argumentos.

51. Mediante Carta No. GG/GG-020-FC.Santuario-2003 de fecha 28 de febrero de 2003, Fersimsac respondió la Carta No. 033-GL-2003/FETRANS y reiteró nuevamente su solicitud para firmar el Contrato de Acceso a la Línea Férrea en los horarios y frecuencias en las que no existe disputabilidad con las frecuencias y horarios en las que viene operando Perurail, sin perjuicio de lo cual indica que OSITRAN y el MTC pueden calificar la negativa de Fetrans a suscribir el referido contrato como infracción sancionable al Contrato de Concesión y al REMA.
52. Mediante Carta No. GG/GG-022-FC.Santuario-2003 de fecha 3 de marzo de 2003, Fersimsac requirió a Fetrans acceder a las Estaciones de Pachar y Triángulo Mandor y se sirva brindar las condiciones económicas para suscribir los respectivos Contratos de Acceso (contratos de alquiler). Ello en la medida que sería aplicable lo previsto en el artículo 29 del REMA pues Fersimsac habría requerido formalmente el acceso y Fetrans no habría manifestado su negativa a dicho acceso.
53. Mediante Carta No. GG/GG-023-FC.Santuario-2003 de fecha 3 de marzo de 2003, Fersimsac solicitó a Fetrans le brinde información acerca del material tractivo y rodante de propiedad del Estado correspondiente al Ferrocarril Sur Oriente que vienen explotando en virtud del Contrato de Concesión, pues necesita conocer las condiciones económicas respecto de las cuales alquilan dicho material. Asimismo, señaló que era necesario que la información de horarios y frecuencia remitidas cuente con el detalle de los servicios a prestarse.
54. Mediante Carta No. 42-GL-2003/FETRANS de fecha 4 de marzo de 2003, Fetrans respondió las comunicaciones de Fersimsac y señaló que si ésta no acredita que

---

<sup>26</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público aprobado por la Resolución de Consejo Directivo No. 034-2001-CD/OSITRAN.

<sup>27</sup> La referencia a esta comunicación se hace en base a lo señalado en el numeral 7 de la Resolución No. 003-2003-CD/OSITRAN. Esta comunicación no se encuentra en el expediente.

su material tractivo y rodante cumple con los estándares exigidos y le permite a Fetrans realizar una inspección que haga posible verificar dicha condición, Fetrans se encuentran en la obligación de impedir el ingreso a la Línea Férrea. Asimismo, Fetrans negó la posibilidad de que las observaciones realizadas puedan ser calificadas como una negativa a suscribir el Contrato de Acceso a la Vía, pues éstas son efectuadas en estricto cumplimiento de los términos y condiciones previstas en el ordenamiento y en el Contrato de Concesión.

55. Mediante Carta No. GG/GG-025-FC.Santuario-2003 de fecha 10 de marzo de 2003<sup>28</sup>, Fersimsac informó a Fetrans que, pese a haber cumplido los requisitos necesarios, Fetrans no ha manifestado su voluntad de suscribir el Contrato de Acceso y, en consecuencia, solicitó al OSITRAN dictar un mandato de acceso temporal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 del REMA.
56. Mediante Resolución de Consejo Directivo No. 003-2003-CD/OSITRAN de fecha 19 de marzo de 2003, la Presidencia del Consejo Directivo de OSITRAN ordenó el acceso temporal a la Línea Férrea correspondiente al Ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machu Picchu - Hidroeléctrica a Fersimsac por el plazo de 6 (seis) meses y en los horarios y frecuencias solicitadas. En dicha resolución, el Consejo Directivo del OSITRAN señaló que *“el acceso temporal otorgado 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”*<sup>29</sup>. Esta decisión fue confirmada por el Consejo Directivo del OSITRAN mediante Resolución No. No. 004-2003-CD/OSITRAN de fecha 23 de abril de 2003, con motivo del recurso de reconsideración interpuesto por Fetrans.
57. Mediante Carta No. GG/GG-50-FC.Santuario-2003 de fecha 13 de mayo de 2003, Fersimsac solicitó a OSITRAN que ejerza su función supervisora y fiscalizadora respecto del Contrato de Concesión para asegurar el cumplimiento de la obligación asumida por Fetrans en el numeral 7.6 de dicho contrato, referido al principio de Equidad de Servicios, con relación al alquiler del material tractivo y rodante de propiedad del Estado que le ha sido concesionado. Sobre el particular, Fersimsac señaló lo siguiente:

*“Como consecuencia de ello, si bien el Contrato de Concesión le permite a Ferrocarril Transandino S.A. **alquilar el Material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado y que puede realizarse sobre la base de la libre decisión comercios y riesgos, queda claro también que el referido alquiler debe estar sujeto a lo previsto en el numeral 7.6. del Contrato de Concesión y, por lo tanto, no debe implicar una discriminación entre los operadores de servicios de transporte ferroviario ni implicar un acto restrinja o distorsione la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea.***

*De otro lado, consideramos que OSITRAN resulta a todas luces competente para conocer el presente caso, pues es la encargada de supervisar el cumplimiento de los Contratos de Concesión, sujetos al ámbito de su competencia de acuerdo a lo señalado en el artículo 3 de la Ley N° 26917.*

<sup>28</sup> La referencia a esta comunicación se hace en base a lo señalado en el numeral 11 de la Resolución No. 003-2003-CD/OSITRAN. Esta comunicación no se encuentra en el expediente.

<sup>29</sup> Los requisitos exigidos son los establecidos en el artículo 13 del Decreto Supremo No. 027-99-MTC, Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento de permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario, y el numeral 2 de la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Concesión.

***En todo caso, de conformidad con el numeral 7.6. del Contrato de Concesión, OSITRAN, de no estimarse competente para dar solución a la problemática que venimos planteando debiera iniciar un procedimiento ante INDECOPI pues queda claro que la actuación de Ferrocarril Transandino S.A. constituye una infracción que afecta la libre competencia entre operadores al poner en una situación de ventaja a la empresa PERURAIL S.A. frente a nuestra representada”. [Énfasis agregado]***

58. Mediante Acta Notarial No. 039717 se dejó constancia de la reunión sostenida con fecha 13 de junio de 2003 entre Fetrans, Fersimsac y Perurail para discutir los itinerarios de los trenes locales y otros detalles relacionados con la prestación de los servicios.
59. Mediante Carta No. GG/GG-063-FC.Santuario-2003 de fecha 20 de junio de 2003<sup>30</sup> y en respuesta a la solicitud de la Dirección de Caminos y Ferrocarriles respecto a la presentación del Contrato de Acceso a la Línea Férrea suscrito con Fetrans, Fersimsac señaló que el acceso temporal otorgado sustituye el Contrato de Acceso a la Línea Férrea por constituir un mandato de acceso en los términos del artículo 18 del REMA, el cual no distingue entre las formas o modalidades de mandato.  
  
Asimismo, a través del referido documento, Fersimsac dejó constancia que la principal razón por la que no pueden operar es por la falta de definición por parte de Fetrans de las frecuencias a ser usadas, toda vez que se ha cumplido con proporcionar el detalle de los horarios propuestos. En base a ello, Fersimsac indicó que existían razones para que la causal de caducidad no opere.
60. Mediante Carta No. 140-GL-2003-FETRANS de fecha 2 de julio de 2003, Fetrans comunica a la Dirección de Caminos y Ferrocarriles del MTC que Fersimsac no ha prestado servicios de transporte de pasajeros ni de carga, no obstante haber obtenido el Permiso de Operaciones con fecha 30 de diciembre de 2002, fecha desde lo cual han transcurrido un periodo mayor a 6 (seis) meses.
61. Mediante Carta No. GG/GG-067-FC.Santurario-2003 de fecha 8 de julio de 2003, Fersimsac informa a Fetrans que, a pesar de haber sostenido una reunión fecha 13 de junio de 2003, no ha recibido respuesta sobre su solicitud de operar el servicio local en el tramo Cusco – Machu Picchu - Hidroeléctrica.
62. Mediante Carta No. 146-GL-2003/FETRANS de fecha 10 de julio de 2003, Fetrans certifica ante la Dirección de Caminos y Ferrocarriles del MTC que Fersimsac no ha prestado servicios de transporte ferroviario de pasajeros ni de carga, habiendo transcurrido un periodo mayor a 6 (seis) meses desde que dicha empresa obtuvo el Permiso de Operaciones. Por lo tanto, Fetrans solicita que se le notifique la resolución a emitirse mediante la cual se declare la caducidad del permiso de operaciones otorgado a Fersimsac.

---

<sup>30</sup> Cabe señalar que el plazo fue ampliado mediante la Resolución Directoral No. 034-2003-MTC/14 de fecha 8 de mayo de 2003 para que Fersimsac pueda cumplir con lo solicitado a través de las Resoluciones Directorales Nos. 009-2002-MTC/14 y 016-2003-MTC/14, en lo referido a las copias de las pólizas de seguros y la copia del Contrato de Acceso a la Vía celebrado con Fetrans.

63. Mediante Resolución Directoral No. 054-2003-MTC/14 de fecha 14 de julio de 2003<sup>31</sup>, la Dirección de Caminos y Ferrocarriles declaró la caducidad del Permiso de Operación Ferroviaria otorgado a Fersimsac, por la causal prevista en el artículo 10 del Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento del permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario, referido a la no prestación de servicios de transporte de pasajeros y/o de carga por un plazo mayor a 6 (seis) meses.
64. En paralelo, la Oficina de Supervisión Comercial elaboró el Informe No. 165-03-SG-C3-OSITRAN de fecha 14 de julio de 2003 sobre la solicitud de acceso de Fetrans. En dicho documento, se informó a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN que Fersimsac no habría dado respuesta a Fetrans sobre la firma definitiva del contrato de acceso a la Línea Férrea. Asimismo, se indicó que no existía fundamento alguno para no suscribir el contrato de acceso definitivo ya que las condiciones de dicho contrato eran iguales a las otorgadas a Perurail, por lo que Fetrans estaba aplicando el principio de equidad de servicio.

De otro lado, se señaló también que el principal problema de operación de Fersimsac era el no contar con material tractivo y rodante para iniciar sus operaciones, pues el servicio de operación lo proyectaron utilizando parte del material tractivo y rodante dado en concesión a Fetrans y que a la fecha no cuentan con otra opción para obtener su material.

65. Mediante Oficio No. 362-03-GG-OSITRAN del 1 de agosto de 2003, la Gerencia General del OSITRAN informó a la Presidencia del INDECOPI sobre posibles conductas anticompetitivas por parte de Fetrans respecto al material tractivo y rodante, por lo que solicitó que proceda según sus competencias e inicie las investigaciones correspondientes.
66. Mediante Oficio No. 1074-2003-MTC/14 del 30 de setiembre de 2003, la Dirección General de Caminos y Ferrocarril informó a la Gerencia General del INDECOPI que ha tomado conocimiento del Oficio No. 362-03-GG-OSITRAN que OSITRAN remitió a INDECOPI. Al respecto, le reitera el pedido de OSITRAN de determinar si exista una violación a las normas de libre competencia y emita un pronunciamiento a la brevedad.
67. Mediante Oficio No. 476-03-GG-OSITRAN del 13 de octubre de 2003, la Gerencia General de OSITRAN solicitó la expedición de un documento que permita orientar a los interesados sobre la aplicación de las normas de libre competencia sobre el alquiler de material tractivo y rodante. Para ello, adjuntó una ayuda memoria sobre la problemática, de manera que pueda iniciar las acciones necesarias.

#### **C. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ANTE INDECOPI**

68. En atención a las comunicaciones enviadas por la Gerencia General de OSITRAN, la Presidencia del INDECOPI solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, la GEE) y a la Secretaría Técnica absolver el requerimiento realizado por OSITRAN.
69. En tal sentido, la GEE elaboró el Informe No. 055-2004/GEE de fecha 18 de agosto de 2004, informe en el cual determinó que la negativa de alquiler el material

---

<sup>31</sup> La Resolución Directoral No. 054-2003-MTC/14 fue notificada a Fersimsac a través del Oficio No. 749-2003-MTC/14 de fecha 14 de julio de 2003.



tractivo y rodante podría calificar como una infracción a las normas de libre competencia.

70. Por su parte, la Secretaría Técnica elaboró el Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC de fecha 20 de octubre de 2004, en el cual recomendó a la Comisión iniciar un procedimiento administrativo sancionador por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de contratar, así como por trato discriminatorio en contra de Fersimsac.
71. En atención a ello, mediante Resolución No. 067-2004-INDECOPI/CLC de fecha 27 de octubre de 2004, la Comisión hizo suyos los argumentos y conclusiones de la Secretaría Técnica y decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de Fetrans bajo el Expediente No. 012-2004/CLC.
72. De manera paralela, el 27 de agosto de 2004, Fersimsac presentó una denuncia en contra de Fetrans por un presunto abuso de posición de dominio. Al respecto, Fersimsac señaló que la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión establece la obligación de equidad en los servicios a los operadores de transporte, de manera que Fetrans no podría discriminar a Fersimsac en favor de Perurail al alquilar a esta última la totalidad del material tractivo y rodante del Ferrocarril Sur Oriente.
73. Al respecto, mediante Resolución No. 074-2004-INDECOPI/CLC del 17 de noviembre de 2004, la Comisión admitió a trámite la denuncia planteada por Fersimsac bajo el Expediente No. 010-2004/CLC y decidió acumularlo con el Expediente No. 012-2004/CLC, en el cual también se tramitaba un procedimiento en contra de Fetrans por estos hechos.
74. Mediante Resolución No. 065-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión declaró infundada los cargos en contra de Fetrans por negativa injustificada de trato.
75. Mediante escrito del 6 de octubre de 2006, OSITRAN se apersonó al procedimiento y apeló la decisión de la Comisión. Dicha apelación fue declarada inadmisibles por la Comisión mediante un oficio. Sin embargo, con motivo del recurso de queja presentado por OSITRAN, la Sala decidió incorporar a OSITRAN al procedimiento y admitir su apelación.
76. Mediante Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI, la Sala declaró fundados los cargos en contra de Fetrans por negativa injustificada de trato. Asimismo, ordenó a Fetrans cesar la negativa injustificada sobre el material tractivo y rodante; y cumplir con el deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6. del Contrato de Concesión.
77. Los argumentos de las partes se resumirán y consolidarán para señalar la posición de las denunciantes y denunciados (en tanto los participantes de cada posición han mantenido similares líneas argumentativas)<sup>32</sup>, así como lo resuelto por cada una de las instancias en el procedimiento administrativo. Sin perjuicio de ello, en el Anexo No. 1 se encuentra una línea de tiempo y el detalle de cada una de las actuaciones en el procedimiento administrativo.

#### **A. Posición de la autoridad investigadora**

---

<sup>32</sup> Por el lado de la autoridad de competencia, se encuentran los argumentos de la Secretaría Técnica y la Gerencia de Estudios Económicos. En cuanto a los denunciantes, se consolidan las posiciones de Fersimsac y OSITRAN. Por el lado de la denuncia, los argumentos de Fetrans y Perurail.

## i. Argumentos de la GEE

78. De acuerdo con la GEE, Los contratos de concesión prohíben a las empresas monopólicas que administran infraestructura ferroviaria que participen directamente como operadores de trenes de carga y pasajeros.
79. El Ferrocarril Sur Oriente se limita de manera casi exclusiva al transporte de pasajeros, en la cual la competencia intermodal resulta casi inexistente. Así, si bien existen alternativas para trasladarse desde Cusco hasta Machu Picchu, estas no son consideradas sustitutos del transporte ferroviario. Por tanto, se descarta la posibilidad de que exista competencia intermodal.
80. En relación con la competencia intramodal, la GEE analizó las barreras de entrada al Ferrocarril Sur Oriente:
- a) En cuanto a las barreras legales y administrativas, para que un operador pueda prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y/o transporte requiere contar con un Permiso de Operaciones del MTC. Adicionalmente, el operador debe haber celebrado un contrato de derecho de acceso con el concesionario, indicar el material tractivo y rodante con el cual prestará el servicio, y remitir copia de los certificados de cobertura de seguros vigentes, los cuales deben cubrir daños y perjuicios a terceros por un valor de US\$ 5 000,000 y todo tipo de riesgos de destrucción parcial de la infraestructura por US\$ 10 000,000, entre otros.
  - b) En cuanto a las barreras estructurales, la GEE señaló que debido a la especificidad de los activos necesarios para operar en el Ferrocarril Sur Oriente (material tractivo y rodante de trocha angosta), en caso un nuevo operador no pueda acceder al material tractivo y rodante otorgado a Fetrans, solo podría alquilar o adquirir material tractivo y rodante de trocha angosta en el mercado internacional. Sobre esto, debido a que *“prácticamente no existen en el mundo redes viales de trocha angosta”*<sup>33</sup> las opciones de alquilar o adquirir no son alternativas viables para alquiler y la adquisición supone inversiones elevadas, los cuales representarían costos hundidos.  
  
*De esta manera, la GEE señaló que “en la medida que dichos costos hundidos derivados de adquirir el material tractivo sean superiores a los costos que enfrenta la empresa establecida derivados de alquilar el material tractivo y rodante al concesionario, puede afirmarse que la especificidad de los activos y los costos hundidos asociados a su adquisición en el mercado representan una barrera de entrada”*<sup>34</sup>.
  - c) En cuanto a las barreras estratégicas, se analizó la integración vertical. Así, la GEE consideró que la suscripción de un contrato de alquiler de material tractivo y rodante entre Fetrans y Perurail es la materialización de una integración vertical. Añade que esto podría constituir en una barrera estratégica de entrada, en la medida que restrinja el acceso de un competidor. Ello sucedería en caso un nuevo operador no tenga otra alternativa para ingresar que solicitar el arrendamiento a Fetrans.

El contrato de alquiler podría consistir en una barrera de entrada en tanto limite la libertad de ambas partes. Sin embargo, dado que Fetrans y Perurail

<sup>33</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 90.

<sup>34</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 96.

son empresas vinculadas, ambas pueden reformular los términos del contrato original, por lo que carecería de sentido alegar que la existencia del contrato como un impedimento real. Así, *“lo que en realidad constituiría una barrera estratégica a la entrada no es el contrato de alquiler en sí mismo, sino la integración vertical existente entre concesionario y operador”*<sup>35</sup>.

81. En su análisis, la GEE hizo un ejercicio de simulación de entrada de un nuevo competidor en el Ferrocarril Sur Oriente, para lo cual tuvo en cuenta dos posibilidades: el alquiler del material tractivo y rodante en condiciones similares a las pactadas entre Fetrans y Perurail, y la compra de material tractivo y rodante. Su análisis tuvo como finalidad comparar los indicadores de rentabilidad VAN<sup>36</sup>, TIR<sup>37</sup> y PR<sup>38</sup> para ambas alternativas.
82. Según los resultados de la simulación, los indicadores de rentabilidad VAN y TIR eran significativamente más favorables si la empresa alquila el material tractivo y rodante en lugar de adquirirlo, y que los indicadores de rentabilidad de la empresa entrante mejoraban a medida que el horizonte del flujo financiero se incrementaba, siendo que el plazo de recuperación de la inversión es menor en el caso del alquiler. Sin perjuicio de ello, la GEE señaló que *“los resultados, en principio, no permiten descartar la posibilidad de que un entrante que adquiere material tractivo y rodante, captura rápidamente una porción importante del mercado y/o que acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores)”*<sup>39</sup>.
83. En este contexto, la negativa de Fetrans de arrendar a un tercero el material tractivo y rodante, aunque justificada en el contrato vigente con Perurail, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio, así como una violación a la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión.

## **ii. Argumentos de la Secretaría Técnica**

84. El Contrato de Concesión permite a Fetrans de manera excepcional e indirecta prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros a través de una empresa vinculada. Asimismo, el Contrato de Concesión establece que Fetrans no puede discriminar entre operadores de servicios ferroviarios que soliciten sus servicios, pues ello podría configurar una infracción a las normas de libre competencia.
85. Las controversias relacionadas al permiso de operaciones para prestar el servicio de transporte, el acceso a la línea férrea y el horario de uso de la línea férrea no se encuentran bajo el ámbito de las normas de competencia, pues se trata del ejercicio de funciones administrativas, o siendo actividades económicas, se encuentran bajo las competencias de un regulador. Sin embargo, el acceso al material tractivo y rodante se encuentra regulado por la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión y por las reglas de libre competencia, de manera que la Comisión resulta competente.
86. Al igual que la GEE, la Secretaría Técnica considera que el Ferrocarril Sur Oriente se restringe de manera casi exclusiva al transporte de pasajeros, en la cual la competencia intermodal resulta casi inexistente. Así, si bien existen alternativas para trasladarse desde Cusco hasta Machu Picchu, estas no son consideradas

---

<sup>35</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 126.

<sup>36</sup> Valor actual neto

<sup>37</sup> Tasa interna de retorno

<sup>38</sup> Periodo de recuperación de inversión

<sup>39</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 162.

sustitutos del transporte ferroviario. Por tanto, se descarta la posibilidad de que exista competencia intermodal.

87. Respecto a las barreras de entrada, la Secretaría Técnica recoge lo señalado por la GEE.
88. El mercado relevante se encuentra delimitado como el alquiler de material tractivo y rodante para el Ferrocarril Sur Oriente en la Región de Cusco. Respecto a ello, sobre el mercado producto y mercado geográfico, se indica lo siguiente:
- a) En cuanto al mercado de producto o servicio relevante, este se encuentra conformado por el alquiler del material tractivo y rodante, debido a que la compra de dicho material no constituye una alternativa real para que un operador pueda prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur Oriente.

Al respecto, debido a las particularidades técnicas del Ferrocarril Sur Oriente, un potencial operador solo podría adquirirlo de proveedores ubicados en la República Popular China, Estados Unidos y/ España. Los precios de adquisición fluctúan entre US\$ 70,000 por vagón y US\$ 2 700,000 por locomotora. Sin embargo, de acuerdo con el Informe No. 055-2004/GEE, esta no sería una alternativa real de aprovisionamiento *“toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material - alquilándolo- a un costo mucho menor del que tendría que asumir un potencial operador”*<sup>40</sup>.

- b) En relación con el mercado geográfico, en base a la información revisada, para el alquiler del material tractivo y rodante no se ha constatado la existencia de otras fuentes alternativas. En consecuencia, el mercado geográfico queda delimitado a aquel material tractivo y rodante concesionado a Fetrans ubicado en la Región Cusco.
- c) Fetrans no ha realizado pago inicial alguno al Estado peruano por la adquisición del material concesionado, de manera que recibió dicho material para su explotación a costo “cero”. En este escenario, no existirían incentivos para que un potencial operador pretendiera entrar al Ferrocarril Sur Oriente adquiriendo su propio material tractivo y rodante, pues Perurail podría disminuir significativamente sus precios, igualándolos al costo de prestar el servicio de transporte (costo marginal)<sup>41</sup>, lo que haría irrecuperable la inversión inicial en la adquisición de material tractivo y rodante por parte de cualquier competidor potencial. Ello es posible debido a la integración vertical existente, así como a la inexistencia de regulación respecto al cobro que Fetrans podría exigir a Perurail.

Si bien podría alegarse que las mejoras al material tractivo y rodante concesionado podrían ser consideradas como un desembolso inicial, estas no influirían de forma determinante en el monto por el alquiler de cada unidad del material. En cualquier caso, dicho monto siempre va a ser inferior al costo de una adquisición, de manera que Fetrans y Perurail siempre

<sup>40</sup> Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 332.

<sup>41</sup> Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 233.

*“Dicho nivel de precios se ubicaría en el costo marginal de la prestación del servicio de transporte ferroviario, pues al pertenecer al mismo grupo económico, Perurail y Fetrans podrían renegociar a muy bajo costo el contrato de alquiler de material tractivo y rodante, fijando la renta de arrendamiento de todo el material, por ejemplo, en un centavo de nuevo sol (S. 0.01) por año (incluso por periodos superior a un años), con lo cual en términos reales el costo de operación sostenible de Perurail sería únicamente el costo de prestar el servicio de transporte”.*

tendrán ventaja frente a cualquier otro competidor que decidiera ingresar, ya sea al mercado de servicios de alquiler de material tractivo y rodante o al de servicios de transporte ferroviario de pasajeros y carga.

89. Al ser el alquiler del material tractivo y rodante de Fetrans la única alternativa efectiva que tiene Fersimsac o cualquier otro operador para aprovisionarse de dicho material, este califica como un insumo fundamental. No necesariamente el bien al cual se solicita acceso debe ser una facilidad esencial para que se configure una negativa de trato en los casos de libre competencia. Basta que un recurso sea considerado importante o constituya una ventaja competitiva relevante.
90. Fetrans ostenta posición de dominio debido a que no enfrenta competencia, al ser la única empresa que presta el servicio de alquiler de material tractivo y rodante en el Ferrocarril Sur Oriente en la Región del Sur, y el ingreso de potenciales competidores se ve limitado debido a aspectos técnicos y económicos. Esto debido a que un potencial competidor deberá enfrentar las siguientes restricciones: (i) traslado de material a la vía férrea del Ferrocarril Sur Oriente, (ii) el acondicionamiento del material a las particularidades geográficas de la zona, (iii) el acondicionamiento del material a las particularidades de uso, (iv) la desatención de la demanda en el mercado donde se encuentre operando, y (v) la temporalidad del contrato de arrendamiento.
91. Sobre la negativa de trato, Fersimsac sí solicitó a Fetrans el alquiler de material tractivo y rodante. Fersimsac formuló un pedido expreso a Fetrans con el fin de que ésta le alquile dicho material, solicitando incluso información sobre las condiciones comerciales en las que se venía alquilando. De esta manera, existió la negativa de Fetrans a arrendar dicho material, argumentando que éste se encontraba alquilado íntegramente a Perurail.
92. La negativa de Fetrans constituiría una barrera a la entrada en la modalidad de negativa de acceso a un insumo fundamental, que impediría a cualquier otro operador prestar los servicios de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur Oriente. Dado que Fetrans arrendó todo el material tractivo y rodante a Perurail, la evaluación debe consistir en determinar si este contrato constituye una barrera estratégica que restringe la libertad de decisión de las partes que lo suscriben.  
  
No obstante, Fetrans y Perurail forman parte del mismo grupo económico, por lo que podrían dejar sin efecto el contrato o modificarlo para permitir el ingreso de un nuevo operador. Siendo así, se infiere que la barrera estratégica a la entrada no es el contrato de alquiler en sí mismo sino la integración vertical entre Fetrans y Perurail, el cual *“sirve de medio facilitador del real acto anticompetitivo que es la negativa del primero a otorgar el acceso a un tercero de un insumo fundamental para la prestación del servicio de transporte ferroviario”*<sup>42</sup>.
93. La conducta de Fetrans reflejaría una violación al principio de equidad establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión, toda vez que ante la solicitud de prestaciones equivalentes -alquiler de material tractivo y rodante- Fetrans estaría discriminando a Fersimsac frente a Perurail al negarse a alquilar a la primera dicho material, pese a que el contrato con Perurail podría ser renegociado.

---

<sup>42</sup> Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 362.

94. En atención a ello, si una empresa entrante solicitará a Fetrans que le alquile el material tractivo y rodante para operar en el Ferrocarril Sur Oriente, se podría: (i) resolver el contrato entre Fetrans y Perurail para permitir el arrendamiento de la totalidad del material al potencial entrante, (ii) licitar la totalidad del material, (iii) dividir en dos partes equivalentes el material, de manera que se entrega una parte a Perurail y la otra parte al potencial entrante o, en caso de ser más de uno, se licita entre todos los potenciales entrantes.

## **B. Posición de las denunciantes**

### **iii. Argumentos de Fersimsac**

95. Fetrans, además de mantener un monopolio sobre el Ferrocarril Sur Oriente, tiene una posición de dominio en el mercado de alquiler de locomotoras, vagones, auto vagones y coches que pueden circular por el Ferrocarril Sur Oriente, en tanto se le ha otorgado todo el material tractivo y rodante de propiedad del Estado.
96. El actuar de Fetrans constituye abuso de posición de dominio infringiendo las normas de libre competencia.
97. La negativa de Fetrans de arrendar el material tractivo y rodante justificada en que dicho material ha sido arrendado en su totalidad a su vinculada constituye una infracción a la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, pues niega la posibilidad que Fersimsac arriende material de propiedad del Estado, ello en beneficio de Perurail.
98. Si bien el Contrato de Concesión permite a Fetrans alquilar el material tractivo y rodante de propiedad del Estado a Perurail, dicho alquiler se encuentra sujeto a la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, no pudiendo Fetrans discriminar entre los operadores del servicio de transporte de carga y pasajeros y tampoco vulnerar los artículos 4 y 5 del Reglamento General de OSITRAN<sup>43</sup>, que contemplan los principios de neutralidad<sup>44</sup> y no discriminación<sup>45</sup>, respectivamente.
99. El contrato de alquiler entre Fetrans y Perurail solo tiene efectos para dichas empresas y no es oponible al Estado, no pudiendo ser contrario a las normas de orden público.

### **iv. Argumentos de OSITRAN**

100. El artículo 38<sup>46</sup> del Reglamento General de OSITRAN prevé que, si se determina la existencia de indicios de infracción a las normas de competencia en el mercado

---

<sup>43</sup> Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Decreto Supremo No. 010-2001-PCM.

<sup>44</sup> Reglamento General de OSITRAN

*“Artículo 4.- Principio de Neutralidad.*

*La ENTIDAD PRESTADORA que a la vez brinda, directa o indirectamente, otros servicios utilizando la INFRAESTRUCTURA, o que tenga a su vez el derecho de explotar otra INFRAESTRUCTURA, no utilizará dichas situaciones para colocar en desventaja a otros USUARIOS. En tal sentido, el OSITRAN deberá vigilar por la neutralidad de la acción de la ENTIDAD PRESTADORA, cuidando que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, precios o innovación”.*

<sup>45</sup> Reglamento General de OSITRAN

*“Artículo 5.- Principio de No Discriminación.*

*Los USUARIOS intermedios no deberán recibir injustificadamente un trato diferente frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que se coloque a unos en ventaja competitiva e injustificada frente a otros.”.*

<sup>46</sup> Reglamento General de OSITRAN

*“Artículo 38.- Denuncia ante Autoridades Competentes.*

*Si en el ejercicio de sus funciones, cualquier ORGANO DEL OSITRAN tuviera indicios de la comisión de una infracción, en los mercados de explotación de INFRAESTRUCTURA o en otros mercados conexos, a las normas cuya aplicación es de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la*

donde operan los supervisados por OSITRAN, este debe proceder a denunciar ante INDECOPI tales situaciones. Asimismo, la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión legitima a OSITRAN para formar parte de procedimientos ante INDECOPI cuando identifique infracciones a las normas de libre competencia.

101. En efecto, el artículo 50<sup>47</sup> de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), permite a una autoridad administrativa participar a través de denuncias, otorgando así a OSITRAN el legítimo derecho de apersonarse y coadyuvar a la mejor decisión del órgano administrativo competente.
102. El principal objetivo del modelo de concesión es permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de carga sobre la misma infraestructura, en este caso, el Ferrocarril Sur Oriente. Para que la competencia sea relevante, un operador entrante debería percibir que no incurrirá en inversiones hundidas significativas, de manera que eventualmente pueda trasladar su material hacia una ruta alternativa, en caso la entrada no sea favorable.
103. En virtud de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, Fetrans se encuentra prohibido de efectuar cualquier acto que tenga por finalidad discriminar entre los operadores de servicio de transporte ferroviario. Asimismo, se encuentra prohibido de desarrollar conductas que tengan por objeto limitar la libre competencia. De esta manera, al explotar la concesión, Fetrans deberá observar que su conducta no limite la libre competencia.
104. En su apelación, OSITRAN argumentó que el pronunciamiento de la Comisión ha desconocido la finalidad pro competitiva de diversas estipulaciones contractuales expresamente establecidas en el Contrato de Concesión, las cuales debieron ser tomadas en cuenta al interpretar la Circular No. 17, que establece la obligación de contratar o constituir un operador de servicios de transporte ferroviario.
105. De esta manera, la Comisión no debió limitarse al hecho que el Contrato de Concesión no prohibiera el alquilar el 100% del material tractivo y rodante, sino a que tal alquiler sólo era lícito en el caso de que Fetrans usase la totalidad del material tractivo y rodante. Lo contrario significaría que el alquiler fue usado para bloquear el acceso de otros operadores de la vía.
106. En consecuencia, dentro de una interpretación literal, sistemática y finalista del Contrato de Concesión, es claro que la Circular No. 17 establece la posibilidad de integrarse verticalmente para que no se interrumpa el servicio de transporte. Sin embargo, dicha circular no ampara el abuso de posición de dominio, consistente en alquilar la totalidad del material tractivo y rodante cuando este no se encuentre

---

*Propiedad Intelectual - INDECOPI, el OSITRAN podrá actuar remitiendo la información respectiva o presentando una denuncia, teniendo en consideración la gravedad de los hechos y su habitualidad. La misma facultad le corresponderá en el caso de infracciones cuya decisión esté a cargo de otras autoridades”.*

<sup>47</sup> Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (vigente a la fecha de la controversia).

*“Artículo 50.- Sujetos del procedimiento*

*Para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo, se entiende por sujetos del procedimiento a:*

*1. Administrados: la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. Cuando una entidad interviene en un procedimiento como administrado, se somete a las normas que lo disciplinan en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados*

*2. Autoridad administrativa: el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos”.*

siendo utilizado a su máxima capacidad, lo cual se desprende del Informe No. 201-06-GS-OSITRAN<sup>48</sup>.

107. De esta manera, la conducta de Fetrans resulta injustificada, pues no existe justificación económica ni técnica para que alquile la totalidad de un material que no usa en su integridad.

### **C. Posición de la denunciada**

#### **i. Argumentos de Fetrans**

108. El Contrato de Concesión no prohíbe a Fetrans tener un operador vinculado sino lo obliga a tenerlo. Lo que el Contrato de Concesión prohíbe es que Fetrans preste servicios de transporte de pasajeros y carga por sí mismo, de manera que ésta solamente tenga a su cargo la infraestructura. Esto se hace estrictamente para facilitar la actividad regulatoria.
109. Nada en el texto de las Bases, Circulares o Contrato de Concesión permiten concluir que la constitución de un operador vinculado tenía carácter excepcional y, por tanto, temporal. Es un error que la Secretaría Técnica vincule la continuidad del servicio con una medida excepcional. Por el contrario, las Bases y el Contrato de Concesión son consistentes con la existencia de un operador integrado durante toda la vigencia de la concesión.
110. El mecanismo previsto por el Estado para la entrega en concesión a Fetrans ha previsto un esquema de pagos en función a los ingresos durante toda la concesión. Esto pudo ser previsto como un pago inicial, en lugar de un pago durante la concesión.
111. En relación con la definición del servicio relevante, se debe incorporar la adquisición y alquiler de material tractivo y rodante de trocha angosta y de trocha ancha. Para este último, se deberá adaptar o acondicionar a las características del Ferrocarril Sur Oriente. De esta manera, el servicio relevante es el aprovisionamiento de material tractivo y rodante. Ello debido a que:
  - a) En relación con la definición de mercado relevante, es necesario señalar que las conclusiones de la GEE son obvias. El sentido común indica que la alternativa de alquiler será menos costosa y su plazo de recuperación menor frente a la adquisición del material. Sin perjuicio de ello, la GEE concluye que un posible entrante que adquiriera el material tractivo y rodante podría alcanzar niveles de rentabilidad de 16.4%, los cuales, a decir de la GEE, serían razonables. De esta manera, a pesar de los supuestos costos para ingresar al mercado de transporte de carga y pasajeros, las ganancias esperadas son “razonables” según la GEE.

---

<sup>48</sup> Informe No. 201-06-GS-OSITRAN

*“4.1. El Material Rodante que no ha sido utilizado por el Operador de la vía del Sur Oriente, PERU RAIL, en el primer semestre del año es de un promedio de 21%. Asimismo, en lo que se refiere al Material Tractivo (locomotoras) estas vienen siendo utilizadas en un nivel del 50% (3 de 6 locomotoras), para el mismo periodo analizado.*

*4.2. El análisis del Material Tractivo y Rodante utilizado una cantidad de días menor o igual a 5 días, nos da como resultado un 34% en promedio para los tres primeros meses del año y de 15% para los meses de Abril, Mayo y Junio de 2006, promedio que ha variado el Concesionario luego de nuestra comunicación del mes de Marzo, lo que ha llevado una mejor racionalización del uso de su material T/R, existiendo por lo tanto una menor subutilización de los coches.*

*4.3. Mayores alcances a lo analizado en el presente Informe podría ser efectuado con un estudio de optimización de uso de Material Tractivo y Rodante sobre la base de horarios, lo que tendría que ser realizado por un experto en transporte ferroviario”.*



- b) Existen diversas empresas que comercializan material tractivo y rodante. Si bien es menor la cantidad de línea férrea de trocha angosta, existen una gran cantidad de proveedores que pueden proporcionar material con dichas características, incluso cercanos al Perú.
- c) Es posible adquirir material tractivo y rodante para trocha ancha para posteriormente adaptarlo a trocha angosta. El costo de adaptar el material a las características del Ferrocarril Sur Oriente no es prohibitivo. Es más, ello es una actividad regular en Perurail. Este acondicionamiento ha sido supervisado por OSITRAN, así como por el MTC. De esta manera, los potenciales operadores también podrían alquilar material tractivo y rodante de trocha ancha y acondicionarlo a las características del Ferrocarril Sur Oriente. Dicho alquiler es posible del concesionario del Ferrocarril del Centro, así como de empresas operadoras de Latinoamérica.
- d) Existen empresas como Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A. que han solicitado permiso de operaciones, informando que contarán con material tractivo y rodante propio<sup>49</sup>.

112. En relación con la definición del mercado geográfico, este no puede limitarse al Ferrocarril Sur Oriente en la Región de Cusco. El mercado geográfico comprende, por lo menos, Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, El Salvador, Guatemala, Guyana y Honduras. También deben considerarse dentro del mercado geográfico a países como Canadá, Alemania, Estados Unidos, España e Irlanda. Ello debido a que:

- a) En países de América del Sur como Argentina, Brasil y Bolivia existen empresas que utilizan material tractivo y rodante de trocha angosta. Asimismo, es posible adquirir material de proveedores ubicados en dichos países, como lo hizo Perurail. Este material también puede ser adquirido en Centroamérica como en Asia (Singapur).
- b) El costo asociado a la importación del material es razonable, considerando que se tratan de locomotoras y vagones. Estas importaciones no presentan limitaciones, de manera que no existen barreras legales.

113. De acuerdo con el artículo 9 del REMA<sup>50</sup>, se consideran facilidades esenciales a las instalaciones o infraestructura de transporte de uso público que cumpla con dos condiciones: (i) que su utilización sea indispensable para la prestación de un determinado servicio, y (ii) que no sea factible de ser sustituida técnica o económicamente para la prestación de un determinado servicio. En el Anexo No. 1 del REMA se señalan los bienes que cumplan estas características, no estando incluido el material tractivo y rodante entregado mediante la concesión. Asimismo, cabe señalar que OSITRAN puede, de oficio o a pedido de parte, calificar un bien como facilidad esencial.

<sup>49</sup> Esta información fue incorporada por Fetrans como parte de sus alegatos, por lo que no fue considerada en los antecedentes.

<sup>50</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público  
"Artículo 9.- *Facilidad Esencial.*

*Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:*

*a) Es provista por un único o un limitado número de proveedores, y su utilización es indispensable para la prestación de los servicios esenciales.*

*b) No es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.*

*La calificación de una Facilidad Esencial por parte de OSITRAN, ya sea de oficio o a pedido de parte, se sustenta en los principios establecidos en el presente Título.*

*El Anexo N° 1 del presente Reglamento establece la lista de las Facilidades Esenciales".*

114. La Secretaría Técnica ha realizado una distinción entre una facilidad esencial y un “recurso importante”. Para que un recurso sea calificado como importante, su uso debe ser necesario para un nuevo competidor y su adquisición debe resultar demasiado onerosa por razones técnicas o económicas. Sin embargo, en la práctica estaría otorgando a una facilidad esencial y a un recurso importante las mismas características, ello para aplicar un estándar menos riguroso y obligar a compartir el material tractivo y rodante.
115. Fetrans no ostenta posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante en Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, El Salvador, Guatemala, Guyana y Honduras. Su cuota de participación en dicho mercado es insignificante.
116. No ha existido negativa por parte de Fetrans. Fersimsac comunicó que contaba con material tractivo y rodante, e incluso señaló las características de dicho material. Es por tal motivo que el MTC solicitó a Fetrans que evaluara si el material tractivo y rodante de Fersimsac se ajustaba a los estándares técnicos vigentes a la fecha.
117. Fetrans realizó inversiones para mejorar el material tractivo y rodante sin que exista el riesgo de que un tercero se beneficie de dicha inversión, en tanto dicho material no era considerado una facilidad esencial y su única limitación era el plazo del contrato de arrendamiento. De establecer la obligación de compartir el material, se eliminarían los incentivos de realizar inversiones para su mejoramiento.
118. Se debe tener en cuenta que el alquiler de la totalidad del material tractivo y rodante por parte de Fetrans a Perurail responde a que esta última requiere de dicho material para realizar las actividades propias del servicio. Es más, la totalidad del material tractivo y rodante que alquila es insuficiente para cubrir la demanda actual de los consumidores. Es por estas razones que Perurail ha adquirido material adicional. Esto último demuestra la razonabilidad del contrato, así como la posibilidad real de aprovisionamiento del material tractivo y rodante.
119. En el negado caso que se considere que Fetrans se negó a contratar, dicha negativa es justificada pues el material tractivo y rodante se encontraba comprometido en su integridad, siendo utilizado en toda su capacidad por parte de Perurail.
120. No ha existido discriminación en tanto Fetrans no ostenta posición de dominio en el mercado relevante. Además, es incorrecto aplicar el principio de equidad de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión al servicio de alquiler de material tractivo y rodante. Dicho principio es propio de los sistemas regulatorios, a través del cual se prohíbe a empresas que cuentan con facilidades esenciales realizar conductas discriminatorias. Así, dicha cláusula está referida a los servicios relacionados a la infraestructura ferroviaria del Ferrocarril Sur Oriente y a los precios que se debe cobrar a los operadores.
121. Fersimsac hace una indebida tipificación. Para que se configure un acto de discriminación debe existir una relación comercial en la que se haya aplicado condiciones distintas, en comparación con un tercero. Siendo que Fersimsac alega una supuesta negativa en la prestación de servicios de alquiler de material tractivo y rodante, no resulta coherente que alegue se hayan aplicado condiciones desiguales cuando no existe una relación comercial con Fersimsac.

122. Sobre las medidas propuestas por la Secretaría Técnica, debe tenerse en cuenta que en todo el proceso de licitación nunca se estableció que la política regulatoria obligaba la desaparición del operador vinculado. Asimismo, tampoco se estableció la licitación del material tractivo y rodante, la separación en partes iguales de dicho material para atender los requerimientos de potenciales operadores.

## **ii. Argumentos de Perurail**

123. Perurail y Fetrans no solo estaban ejerciendo su legítimo derecho de contratar, sino que, además, estaban cumpliendo con una obligación impuesta por el Estado en el Contrato de Concesión.

124. El Contrato de Concesión no estableció la obligación de brindar acceso al material tractivo y rodante otorgado en concesión a Fetrans. Estas condiciones no pueden ser modificadas o alteradas.

125. El contrato de alquiler entre Fetrans y Perurail se ajusta a las normas legales vigentes al momento de su suscripción. En aplicación del artículo 62 de la Constitución y el artículo 1354 del Código Civil, el contrato es válido y oponible, no siendo admisible modificación alguna a sus estipulaciones.

126. La Comisión carece de competencia para determinar las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante entre Fetrans y Perurail. OSITRAN es competente únicamente para imponer condiciones derivadas del REMA.

127. El mercado de transporte ferroviario cuenta con barreras naturales de entrada que deben ser superadas por cualquier competidor.

128. Existen otras fuentes de aprovisionamiento de material tractivo y rodante además de Fetrans. Dichas fuentes han sido utilizadas por Perurail, lo cual demuestra su viabilidad.

## **iii. Argumentos de Apoyo Consultoría**

129. La finalidad del proceso de concesión fue promover y atraer inversiones que permitieran la rehabilitación y mejoramiento del sistema ferroviario. Si bien se garantizó el acceso de nuevos operadores de transporte, permitiendo así la competencia en el transporte de pasajeros y carga, esta no fue la finalidad inicial del proceso de concesión.

130. El hecho que no haya existido un pago inicial no implica que los bienes hayan sido entregados a Fetrans a costo cero. Sí existe un pago al Estado, el cual se encuentran vinculado a los ingresos que Fetrans obtiene por el alquiler del material tractivo y rodante.

131. Las conclusiones planteadas por la Secretaría Técnica son incorrectas debido a que la evaluación adolece de una serie de defectos que tendrían como efecto restringir el mercado relevante.

132. Es incorrecto eliminar la compra de material tractivo y rodante como alternativa en la definición del mercado relevante. Ello debido a que:

- a) La elaboración de los flujos financieros es incorrecta. Antes de determinar la rentabilidad de un proyecto se debe evaluar la factibilidad económica,

tomando en cuenta para ello un horizonte de proyección acorde con la naturaleza de la inversión. Siendo así, la evaluación de la Secretaría Técnica es incorrecta porque no determina si es factible o no el ingreso al Ferrocarril Sur Oriente a través de la adquisición del material tractivo y rodante.

- b) La Secretaría Técnica no ha considerado el cálculo de los impuestos en los flujos sobre los cuales ha medido la rentabilidad de cada alternativa. Ello generaría un castigo del escenario de compra del material tractivo y rodante, pues este hubiera generado un mayor escudo fiscal que la opción de alquiler, mejorando así los indicadores de rentabilidad.
  - c) Es incorrecta la estimación del periodo de proyección. Ello debido a que se ha considerado periodos de 5 y 7 años, los cuales coinciden con el periodo de financiamiento de la adquisición del material tractivo y rodante. Esto distorsiona los resultados pues los años de mayor rentabilidad en el escenario de adquisición son aquellos posteriores al pago del total de la deuda por la adquisición. Asimismo, no resulta razonable limitar el periodo de proyección a 5 y 7 años para un servicio en una infraestructura concesionada por 60 años.
  - d) Es incorrecta la estimación del costo de capital. Además de que el valor utilizado por la Secretaría Técnica no ha sido sustentado, las variables que determinan dicho valor han tenido una tendencia decreciente. Ello ha sucedido con la tasa de descuento, una de las variables de las cuales depende grandemente el resultado del VAN. Lo anterior sugiere que el costo de capital es inferior al 12% utilizado por la Secretaría Técnica.
133. Adicionalmente, respecto a la adquisición de material tractivo y rodante de trocha angosta, este no es un costo hundido en su totalidad. Ello debido a que existen vías ferroviarias de trocha angosta de características similares al Ferrocarril Sur Oriente, además de vías férreas de anchos distintos a los cuales se podría adaptar el material.
134. La definición de mercado geográfico de la Secretaría Técnica es incorrecta. Ello debido a que afirma, sin sustento, que sería difícil conseguir material tractivo y rodante de trocha angosta de segunda mano, a pesar de que existen diversos países donde existen vías férreas con tales características. Asimismo, descarta la posibilidad de alquilar material tractivo y rodante de un ancho de trocha distinto y acondicionarlo, a pesar de que dicha opción es técnica y económicamente viable.
135. No es razonable asumir que un potencial entrante ofrecerá los mismos servicios de transporte de pasajeros que Perurail. Al contrario, resulta razonable que un potencial entrante se concentre en aquellos servicios más rentables, no incluyendo en su oferta servicios como el transporte local sino únicamente transporte de turistas. Asimismo, existen servicios para los cuales se utiliza material tractivo y rodante adquirido por Perurail, como el caso del servicio "Hiram Bingham".
136. La suposición que realiza la Secretaría Técnica sobre la disminución de los precios a niveles irrisorios implicaría un incumplimiento por parte de Fetrans respecto a su obligación de explotar económicamente el material tractivo y rodante. La reducción de precios ante el ingreso de un nuevo operador no constituye una infracción, en tanto los precios no se reduzcan a un nivel inferior a los costos.

137. Perurail viene utilizando a plena capacidad el material tractivo y rodante alquilado por Fetrans, e incluso se ha visto en la necesidad de adaptar material tractivo y rodante del Ferrocarril del Sur, así como adquirir y adaptar material importado. Ello en base a lo siguiente:

- a) Respecto al material tractivo, en un periodo de 731 días entre el 1 de enero de 2003 y 31 de diciembre de 2004, las locomotoras arrendadas a Perurail se encontraban en servicio 655 días (90% de las veces). Asimismo, la mayor parte del tiempo el 100% de los autovagones estuvieron siendo operados.
- b) Respecto al material rodante, el grado de utilización en los años 2003-2004 mostró una tendencia creciente, llegando a alcanzar el 98% en setiembre de 2004.

#### **D. Decisión de la Comisión**

138. Mediante Resolución No. 065-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión declaró infundada los cargos en contra de Fetrans por negativa injustificada de trato, adoptando los argumentos señalados por la Secretaría Técnica. Así, para la Comisión no está en discusión la posibilidad de compra de material o su conversión, sino que el grupo económico conformado por Fetrans y Perurail goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante en el Ferrocarril Sur Oriente. Asimismo, la existencia del contrato de alquiler entre Fetrans y Perurail sin que medie un procedimiento competitivo restringe fuertemente la competencia en el mercado de servicios de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente.

139. La Comisión considera que la negativa de Fetrans se encuentra debidamente acreditada, en tanto señaló que arrendó todo su material tractivo y rodante a Fersimsac.

140. Existía un vacío respecto a la forma en cómo debía alquilarse dicho material, lo cual permitió que el grupo económico prestara el servicio de manera monopólica. Este vacío fue producto de la Circular No. 17. En consecuencia, la negativa de Fetrans no puede ser sancionada, pues el alquiler de la totalidad del material era una posibilidad derivada del Contrato de Concesión.

#### **E. Decisión de la Sala**

141. Mediante Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI, la Sala declaró fundados los cargos en contra de Fetrans por negativa injustificada de trato.

142. De acuerdo con la Sala, originalmente en el Contrato de Concesión se había previsto un modelo de separación vertical. Por medio de la Circular No. 17, se dispuso la obligación de Fetrans de contar con un operador de servicios de transporte ferroviario a efectos de asegurar la continuidad del servicio. Sin embargo, dicha circular no impide que terceros puedan acceder a competir en el servicio de transporte. Así, se pasó de un modelo de separación vertical a uno de acceso competitivo.

143. El mercado relevante de servicio se encuentra delimitado al alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el Ferrocarril Sur Oriente, debido a que:

- a) Para definir el mercado relevante de servicio, deben incluirse aquellos bienes considerados sustitutos. Al momento de delimitar los sustitutos debe considerarse no sólo su posibilidad en abstracto, sino la viabilidad económica dadas las condiciones del mercado en particular.
- b) Si bien la alternativa de compra de material podría resultar rentable, deja de ser viable si se considera la respuesta competitiva del operador ya posicionado. Así, una estrategia de reducción de precios atentaría contra la rentabilidad del nuevo operador. Considerando el modelo propuesto por Fetrans, bastaría una reducción del 6,82% del precio del servicio de transporte para que este deje de ser rentable ante la alternativa de compra, mientras que sería necesaria una reducción del 20,7% del precio de transporte en el caso de la alternativa de alquiler.
- c) Asimismo, los costos de adquisición representan una inversión que no puede ser trasladada fácilmente a otro mercado, debido a las particularidades técnicas del Ferrocarril Sur Oriente.

144. El mercado geográfico se restringe al departamento del Cusco pues la única alternativa para el alquiler de material tractivo y rodante es aquella que se encuentra en similares condiciones al alquiler de Fetrans hacia Perurail.

145. Fetrans cuenta con posición de dominio debido a que:

- a) Es la única empresa que presta el servicio de alquiler en el mercado relevante.
- b) *Además, "en el análisis del mercado relevante efectuado se aprecia que no existían alternativas económicas viables para que un operador entrante pueda competir rentablemente con Perurail en el mercado de transporte de pasajeros y/o carga en el Ferrocarril Sur Oriente. Debido a las condiciones en que Fetrans adquirió el material en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente, esta empresa se encuentra en aptitud para alquile el material a un precio tan bajo que otros agentes, que podrían arrendar o vender material a un potencial entrante, no representarían alternativas viables en términos de precio"*<sup>51</sup>.
- c) La obtención de permisos de operación por parte de Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A. no acredita que dichas empresas cuenten con material para competir en el Ferrocarril Sur Oriente, ni tampoco permite concluir que otras fuentes de aprovisionamiento constituyan opciones viables en términos económicos.

146. La negativa de Fetrans es injustificada debido a que:

- a) La posibilidad de contar con un operador vinculado no implica un reconocimiento de una suerte de exclusividad hacia este sobre el material tractivo y rodante. Una interpretación sistemática de las cláusulas 2.3, 5.2, 6, se desprende que la Retribución Especial consideraba un escenario en el cual terceros no vinculados alquilaran el material tractivo y rodante. Así, alquilar la totalidad del material a Perurail sería una situación excepcional, pues existirían incentivos para que Fetrans y Perurail subvalúen el precio

---

<sup>51</sup> Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI, párrafo 51.

del alquiler de manera que paguen un monto menor por la Retribución Especial.

- b) Asimismo, la disposición de la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión (mandato de no discriminación) no se encuentra restringida únicamente al acceso a la vía férrea, pues prohíbe la discriminación para servicios equivalentes, entre los cuales se encuentra el servicio de alquiler. El deber de no discriminación en relación con el alquiler del material propugnaba la igualdad de condiciones de acceso al mercado y que Fetrans no favoreciera a su operador vinculado. En tal sentido, permitir una exclusividad en la utilización del material tractivo y rodante implicaría reconocer la posibilidad de un trato diferenciado en comparación con terceros operadores no vinculados.
- c) Si bien Fetrans ha señalado que Perurail se encuentra utilizando el material tractivo y rodante en toda su capacidad -aunque ello ha sido cuestionado por OSITRAN-, la infracción no consiste en el simple arrendamiento de la totalidad del material a Perurail, sino en aprovechar dicha situación para apalancar su posición de dominio, negándose a arrendar el material a cualquier otro operador.

147. En calidad de medida correctiva, la Sala dispuso del cese de la negativa injustificada de alquiler del material y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. En caso Fetrans deniegue de manera injustificada el acceso competitivo al material, los afectados tiene expedito su derecho a denunciar dicha conducta como un incumplimiento a la medida correctiva.

148. Si bien el cálculo del beneficio esperado por Fetrans asciende a S/ 2 289,551.89 (aproximadamente 663.3 UIT<sup>52</sup>), debe tomarse en cuenta que el transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente era un mercado nuevo, así como las acciones de Fetrans y Perurail por promocionar el transporte en dicha vía férrea; de manera que corresponde reducir la multa en un 75%. Por tanto, se impone a Fetrans una multa de 165.9 UIT.

#### **D. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE**

149. En atención a los argumentos expuestos por las partes, así como los antecedentes y principales actuaciones en el Expediente, se han identificado las siguientes controversias jurídicas:

- a) ¿Cómo debe interpretarse el Contrato de Concesión y la Circular 17? ¿La constitución de Perurail era excepcional y temporal? ¿Era posible arrendar la totalidad del material tractivo y rodante?
- b) ¿El mercado relevante ha sido correctamente definido? ¿Fetrans ostenta posición de dominio en el mercado relevante?
- c) ¿El principio de equidad previsto en el Contrato de Concesión es aplicable al material tractivo y rodante?
- d) ¿Correspondía admitir la apelación de OSITRAN?

---

<sup>52</sup> Al 2007, el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) ascendía a S/ 3,450.00.

## **E. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS Y POSICIÓN DEL BACHILLER**

### **A. Interpretación del Contrato de Concesión: Sobre el otorgamiento del material tractivo y rodante a costo cero y la posibilidad de arrendarlo en su totalidad**

150. Son dos aspectos lo que han sido controvertidos por las partes. Por un lado, según la Secretaría Técnica, el material tractivo y rodante concesionado a Fetrans habría sido otorgado a costo cero. Ello le permitiría reducir sus precios a niveles que harían imposible que exista competencia. Por otro lado, en base a una interpretación de la Circular No. 17, la Secretaría Técnica y las denunciante alegaron que el Contrato de Concesión no permitiría el arrendamiento de la totalidad del material tractivo y rodante a Perurail y que la contratación con una vinculada era excepcional. Así, la posibilidad de arrendarlo a la vinculada de Fetrans era excepcional y debía otorgarse dicho material a terceros.

151. Los puntos anteriores fueron cuestionados por Fetrans. El concesionario señaló que las Bases y la versión final del Contrato de Concesión fueron modificadas con la finalidad de permitir el ingreso de una empresa vinculada a Fetrans para la prestación del servicio de transporte ferroviario. Asimismo, señaló que sí realizó una inversión para obtener el material tractivo y rodante.

152. En tal sentido, para atender los puntos controvertidos, en primer lugar, desarrollaré un marco teórico sobre interpretación de contratos en general y sobre contratos de concesión. En segundo lugar, en base a la información del expediente, procederé a analizar los puntos controvertidos.

#### **i. Sobre los contratos de concesión y los principios de interpretación contractual**

##### **▪ Sobre los contratos celebrados por el Estado**

153. En nuestro ordenamiento jurídico, el principal mecanismo a través del cual los privados efectúan intercambios de bienes y servicios, así como se crean derechos y obligaciones es el contrato. En efecto, de acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

154. Acerca del contrato civil, el Código Civil prevé una serie de disposiciones aplicables de manera supletoria a la voluntad de las partes, salvo que se traten de disposiciones de carácter imperativo. Estas disposiciones se entienden en un contexto en el cual las partes se encuentran en igualdad de posiciones. Se trata de dos sujetos privados que negocian y acuerdan los términos del contrato.

155. También es posible que el Estado suscriba contratos, ya sea para la consecución de sus objetivos según competencias o para la adquisición de bienes y servicios. Estos acuerdos se pueden dar entre diferentes instituciones de la Administración o con los privados. Estos acuerdos pueden clasificarse en dos: (i) contratos administrativos y (ii) contratos privados de la Administración. Sobre el particular, el profesor Baca Oneto señala lo siguiente:

*“(...) los contratos administrativos son aquellos en donde la relación jurídica se regula por normas de Derecho administrativo, mientras que los contratos privados de la Administración serán aquellos en donde la*



*relación jurídica se regula por normas de Derecho privado, sin más especialidades que las propias de su proceso de formación”<sup>53</sup>.*

156. Esta es una clasificación realizada por la doctrina. Si bien, como señala el profesor Baca Oneto, *“el Derecho peruano vigente no reconoce expresamente la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración”<sup>54</sup>*, ello no significa que esta clasificación no sea aplicable en el Perú.
157. Ahora bien, ¿cuándo estamos frente a un contrato administrativo? El profesor Baca Oneto señala lo siguiente:

*“De allí que seguramente sea más correcto entender que nos encontramos ante un contrato administrativo (es decir, regido por el Derecho administrativo también en la fase in facto ese, gozando la Administración de una serie de prerrogativas en ella) siempre que la Administración contrate en el ámbito específico de su competencia. Es decir, serán administrativos aquellos contratos por los que la Administración busque satisfacer de forma directa o inmediata (porque siempre ha de buscar la satisfacción del interés general) una finalidad pública de su específica competencia”<sup>55</sup>.*

158. La principal diferencia entre los contratos privados de la Administración (y en general cualquier contrato privado) y los contratos administrativos son las denominadas por la doctrina como *“cláusulas exorbitantes”* o *“potestades exorbitantes”* de la Administración. Sobre esto, el profesor Danós ha señalado lo siguiente:

*“En este punto, es importante distinguir entre prerrogativas y derechos de la Administración Pública en los contratos que celebre con particulares, por los derechos constituyen exigencias que una de las partes del contrato tiene frente a la otra parte contratante, que tiene su origen en la propia relación contractual, y por tanto, su ejercicio no supone privilegio alguno. En cambio **la prerrogativa es el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente**”<sup>56</sup>.*

[Énfasis agregado]

159. Como se puede apreciar, en los contratos administrativos el Estado tiene potestades propias de su condición. Estas potestades no necesitan ser pactadas, pues son exorbitantes al contrato, aplicables por disposición de la Ley. Entre estas potestades se encuentra *“el privilegio de decisión ejecutoria, la potestas variandi, las facultades de supervisión, vigilancia y control, de interpretación unilateral, o el poder de sanción”<sup>57</sup>.*

<sup>53</sup> BACA ONETO, Víctor Sebastián. “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *IUS ET VERITAS*. Lima, 2014, No. 48, p. 284.

<sup>54</sup> BACA ONETO, Víctor Sebastián. “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *IUS ET VERITAS*. Lima, 2014, No. 48, p. 286.

<sup>55</sup> BACA ONETO, Víctor Sebastián. “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *IUS ET VERITAS*. Lima, 2014, No. 48, p. 284 y 285.

<sup>56</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2006, No. 2, p. 35.

<sup>57</sup> BACA ONETO, Víctor Sebastián. “El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano”. *IUS ET VERITAS*. Lima, 2014, No. 48, p. 284 y 285.

160. Finalmente, estas potestades o prerrogativas si bien no necesitan ser incorporadas al contrato, sí deben estar previstas expresamente en el ordenamiento jurídico. Sobre este punto, el profesor Danós señala que *“para que dichas posibles prerrogativas sean constitucionalmente legítimas requieren ser establecidas expresamente en las normas legales pertinentes, fundarse en razones de interés público y solo pueden consagrarse cuidando de preservar los principios de equilibrio, razonabilidad y proporcionalidad, y prohibición de la arbitrariedad de la Administración”*<sup>58</sup>.
161. De esta manera, estas prerrogativas serán aplicables al Contrato de Concesión en tanto se encuentren previstas en la Ley y deberán ser tomadas en cuenta al momento de interpretar el Contrato de Concesión, en tanto este califica como un contrato administrativo.
- **Sobre el contrato de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos**
162. En el Perú, uno de los principales instrumentos jurídicos para viabilizar la inversión privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos es el contrato de concesión<sup>59</sup>. Su naturaleza permite que las entidades del Estado y los privados pacten obligaciones recíprocas que les permitan desarrollar un proyecto de forma mutuamente beneficiosa.
163. El esquema contractual para la entrega de las concesiones permite que ambas partes, Estado y privado, pacten derechos y obligaciones para el adecuado desarrollo de la actividad que es de interés mutuo. Los contratos de concesión pueden recoger diversos esquemas de distribución de obligaciones y beneficios, no obstante, entre sus características destaca el hecho de que son contratos de prestaciones recíprocas.
164. Que las prestaciones sean recíprocas es entendido como el beneficio y sacrificio que acuerdan las partes al contratar. En los contratos de concesión, la reciprocidad comprende dos aspectos: (i) el otorgamiento por parte del Estado de un título habilitante para el desarrollo de una determinada actividad o servicio a favor de determinados usuarios; y, (ii) la obligación del concesionario de realizar tales actividades o servicios, así como la obligación de pagar al Estado un canon o retribución por la explotación de la concesión.
165. Son todas las obligaciones asumidas por las partes las que satisfacen el interés de ambos contratantes y justifican la celebración del contrato. Es también una característica de los contratos, la intangibilidad e inmutabilidad, salvo nuevo acuerdo de las partes. Esta última característica otorga seguridad jurídica a los privados pues otorga fuerza vinculante a los compromisos asumidos por el Estado<sup>60</sup> y garantiza que las concesiones no son susceptibles de alteración o cambios sujetos a la voluntad unilateral de una de las partes.

<sup>58</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2006, No. 2, p. 35.

<sup>59</sup> Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado mediante Decreto Supremo No. 059-96-PCM.

<sup>60</sup> Danos, Jorge. *El régimen de los Contratos Estatales en el Perú*, en *Derecho Administrativo Contemporáneo - Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, 2007, p. 98.; SHIMABUKURO, Néstor. *El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la Modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura suscrito en el marco jurídico de Asociaciones Público - Privadas*, en *Derecho & Sociedad*, No. 45, 2015, p. 16.

166. De esta manera, el contrato de concesión no puede ser alterado o moldeado por vías ajenas a las establecidas en el contrato de concesión o en el ordenamiento jurídico vigente. Esto último es de especial relevancia, puesto que en el contrato de concesión (en tanto contrato administrativo), el Estado tiene prerrogativas exorbitantes, las cuales pueden ser aplicables incluso sin encontrarse pactadas en el contrato. En este punto, el principio de legalidad constituye un factor de especial relevancia para otorgar seguridad jurídica de los particulares.
167. El contrato ha sido el mecanismo utilizado para la entrega en concesión de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, conforme se establece en el Decreto Supremo No. 059-96-PCM que aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, normativa vigente al momento de celebración del Contrato de Concesión y durante el procedimiento administrativo sancionador que dio origen a ese Expediente.
168. Las modalidades a través de las cuales el Estado otorga en concesión las obras públicas de infraestructura y servicios públicos son: (i) a título gratuito, (ii) a título oneroso, (iii) cofinanciada; y, (iv) mixta. En caso se trate de una concesión a título oneroso, esta será otorgada *“imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado”*<sup>61</sup>.
169. En efecto, de acuerdo con el artículo 13 de dicha norma, *“el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado”*.
170. En conclusión, a través del contrato de concesión, el Estado otorga al concesionario el derecho de explotar los bienes de la concesión a través del cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas, todos destinados a recuperar su inversión en la concesión. A cambio de ello, el concesionario asume responsabilidades frente al Estado por los bienes de la concesión. Estas responsabilidades variarán según cada contrato, en función al objetivo de la concesión.
171. Adicionalmente, en aplicación del marco legal vigente, el Estado contará con prerrogativas como la de supervisión y control, la de interpretación y sanción por el incumplimiento de las disposiciones legales aplicables al contrato de concesión.

▪ **Sobre los principios de interpretación contractual**

172. Si bien hemos nos encontramos frente a un contrato de concesión, ello no excluye la aplicación de los principios de interpretación contractual. De acuerdo con el artículo 1354° del Código Civil Peruano, *“las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”*.

---

<sup>61</sup> Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

*Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:*

*a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.*

173. La garantía de exigibilidad u obligatoriedad de los contratos es lo que doctrinariamente se conoce como el principio de *Pacta Sunt Servanda*. Según este principio, los contratos son “*ley entre las partes*”, principio que se encuentra recogido en la Constitución Política<sup>62</sup>.
174. Es en base a este principio que los contratos son intangibles e inmodificables, salvo acuerdo entre los contratantes o circunstancias excepcionales reguladas por la Ley, como puede ocurrir con los contratos administrativos. En tal sentido, es en base al contenido de los contratos que estos deben ser interpretados y esta labor no puede significar una modificación a su contenido.
175. La interpretación de un contrato consiste en determinar, en base a su contenido, la “*común intención de las partes*”<sup>63</sup>. Para ello, en el ordenamiento jurídico existen una serie de métodos, entre los cuales se encuentran la interpretación literal, la interpretación sistemática, la interpretación teleológica; y, la interpretación histórica.
176. El primer paso para la interpretación de los contratos es la interpretación literal. Esta consiste en identificar el significado que las partes han expresado en su manifestación de voluntad. Es la literalidad de dicha manifestación a la cual se encuentran obligadas las partes. Este método se desprende de lo establecido en el artículo 168 del Código Civil, según el cual un acto jurídico “*debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*”<sup>64</sup>, y también del artículo 1361, el cual establece que “*los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos*”. En efecto, este es el primer nivel de interpretación, pues el ordenamiento jurídico establece que “*se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*”<sup>65</sup>.
177. En muchas ocasiones, este método de interpretación puede ser concluyente, en tanto no es necesario ir más allá de la letra del texto cuando esta es suficientemente clara<sup>66</sup>. No obstante, con la finalidad de encontrar la común intención de las partes, es posible utilizar los demás métodos de interpretación<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> Constitución Política del Perú,

“Artículo 62.-

(...) *Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley*”.

<sup>63</sup> Código Civil

“Artículo 1362.-

*Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes*”.

<sup>64</sup> Código Civil

“Art. 168.-

*El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe*”.

<sup>65</sup> Código Civil

“Artículo 1361.-

*Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.*

*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*”.

<sup>66</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Capítulo XV: La interpretación del contrato*, en *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción teoría del contrato*, Civitas, Madrid: 1996, p. 400

“*La letra es el punto de partida de la interpretación y puede ser también el punto de llegada*”.

<sup>67</sup> ESPINIZA, Juan. *Capítulo V: Interpretación del negocio jurídico*, en *Acto jurídico negocial*, Gaceta Jurídica, Lima: 2010, p. 252

“*Los diversos criterios de interpretación pueden complementarse entre sí para reforzar una argumentación*”.

178. El método de interpretación sistemático consiste en identificar el significado de la cláusula bajo análisis, pero siempre considerando el contrato en su conjunto, de manera que la interpretación de todas las cláusulas forme una unidad lógica<sup>68</sup>. Este método de interpretación encuentra sustento normativo en el artículo 169 del Código Civil, el cual establece que *“las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*.
179. El método de interpretación teleológico consiste en encontrar la común intención de las partes a partir del propósito por el cual las partes celebraron el contrato<sup>69</sup>. Este método encuentra sustento normativo en el artículo 170 del Código Civil, el cual establece que *“las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”*.
180. Por último, el método de interpretación histórico consiste en analizar el comportamiento de las partes previo a la celebración del contrato. Este método también comprende aquellas conductas posteriores a la celebración del contrato<sup>70</sup>, en tanto estas permiten entender el significado que las partes dieron al contrato. De esta manera, se buscará encontrar la común intención de las partes a partir de cómo se llegó al contrato finalmente celebrado, así como a partir de las conductas posteriores<sup>71</sup>.
181. De esta manera, dichos principios contractuales deben ser utilizados a fin de determinar la intención de las partes al contratar y expresar su voluntad a través de las cláusulas del contrato.

**ii. ¿El material tractivo y rodante fue otorgado a “costo cero”?**

182. De acuerdo con las Bases, a través del Contrato de Concesión se otorgaría en concesión la administración de la infraestructura vial ferroviaria y de los servicios de transporte ferroviario de los ferrocarriles centro sur y sur oriente. La entrega de la concesión comprendía los tramos correspondientes a cada ferrocarril, así como el material tractivo y rodante operativo de propiedad de ENAFER.
183. De acuerdo con el Contrato de Concesión<sup>72</sup>, la concesión fue entregada a Fetrans para el mantenimiento, rehabilitación y explotación de la infraestructura vial y del material tractivo y rodante; así como para la construcción de obras de

<sup>68</sup> BIANCA, C. Massimo, *La interpretación*, en *Derecho civil: El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, p. 452-53

<sup>69</sup> BIANCA, C. Massimo, *La interpretación*, en *Derecho civil: El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, pp. 404-05

*“Por cierto, el significado de lo que las partes han acordado no se puede determinar adecuadamente sin tomar en cuenta el motivo práctico del asunto tratado, es decir, el motivo concreto subyacente. Es este motivo el que justifica el contrato y el que lo rige, y el que, por consiguiente, permite aclarar el significado de las declaraciones y la conducta de las partes, y superar toda incongruencia, ambigüedad o discrepancia en el texto”*.

<sup>70</sup> DIEZ-PICAZO, Luis. *Capítulo XV: La interpretación del contrato*, en *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción teoría del contrato*, Civitas, Madrid: 1996, p. 401

*“Una interpretación histórica de los contratos es no sólo posible, sino en ocasiones estrictamente necesaria. Para determinar la significación que un contrato tiene, el intérprete debe conocer y valorar la situación jurídica, económica o social en que las partes se encontraban en el momento de celebrar el contrato (antecedentes), la manera como el contrato fue elaborado (trabajos preparatorios) y la conducta seguida por las partes en la ejecución del contrato”*.

<sup>71</sup> BIANCA, C. Massimo, *La interpretación*, en *Derecho civil: El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007, pp. p. 448

*“Impone la búsqueda del significado del acuerdo como resulta de lo que las partes han dicho y hecho antes y después de emitir las declaraciones finales. La relevancia del comportamiento de las partes, en su conjunto, se explica en cuanto las declaraciones finales no son un hecho aislado, sino el momento de una situación que puede haber tenido una multitud de contactos precedentes que, con seguridad, ha exigido actos de cooperación y de ejecución del conformidad con el compromiso asumido”*.

<sup>72</sup> Cláusula 2.3 del Contrato de Concesión.

infraestructura vial, la prestación de servicios de transporte (salvo el transporte de pasajeros o carga) y servicios complementarios.

184. A cambio de ello, las Bases establecieron lo siguiente:

*“Como contraprestación, por la concesión el Adjudicatario deberá pagar al Tesoro Público (i) un canon anual que se calculará sobre los ingresos brutos derivados de la misma y respecto del cual se concursa, excluyendo aquellos que provengan de la explotación del material tractivo y rodante de propiedad del Estado y (ii) un canon mensual que se calculará sobre los ingresos brutos derivados de la explotación del material tractivo y rodante de propiedad del Estado y que estará preestablecido en el Contrato de Concesión”.*

185. En efecto, según se puede apreciar del Anexo No. 5 del Contrato de Concesión, Fetrans comprometió como su oferta económica para el Ferrocarril Sur Oriente lo siguiente:

*“2.1. Ofrecemos pagar al Estado peruano una Retribución Principal ascendente al 37.25% (treinta y siete y 25/100 por ciento) de los Ingresos Brutos que obtengamos de la Concesión por este ferrocarril, con exclusión de los ingresos que provengan de la explotación del Material Tractivo y Material Rodante de propiedad del Estado correspondiente a estos ferrocarriles.*

*Asimismo, pagaremos al Estado peruano la Retribución Especial establecida en el numeral 5.2 del Contrato de Concesión, derivada de los ingresos que obtengamos de la explotación del Material Tractivo y el Material Rodante de propiedad del Estado que serán concesionados y que se detallan en el Anexo N° 3 del Contrato de Concesión de estos ferrocarriles”.*

186. De lo anterior se puede desprender que el Estado decidió otorgar la concesión del Ferrocarril Sur Oriente a cambio de una retribución, por lo que califica como una concesión a título oneroso según los términos del Decreto Supremo No. 059-96-PCM. En tal sentido, sería contrario a lo pactado en el Contrato de Concesión afirmar que los bienes de la concesión fueron otorgados a “costo cero”.

187. Los cuestionamientos de la Secretaría Técnica se centran en que Fetrans habría adquirido el material tractivo y rodante a costo cero, es decir, a gratuidad. No obstante, como hemos señalado, el Contrato de Concesión es uno de prestaciones recíprocas, por lo que existe algún sacrificio en la esfera jurídica del concesionario.

188. Por ello, analizaré el Contrato de Concesión con la finalidad de identificar las obligaciones de Fetrans derivadas de la entrega del material tractivo y rodante. En la medida que existan prestaciones tanto del Estado (la cual consiste en la entrega del material) y de Fetrans, el Contrato de Concesión sería uno de prestaciones recíprocas también en este extremo y, en consecuencia, dicho material no habría sido entregado a costo cero.

189. Entre las obligaciones asumidas por Fetrans se encontraba el mantenimiento de del material tractivo y rodante, así como cumplir con determinados estándares:

*“Mantenimiento. El Concesionario **deberá mantener los Bienes de la Concesión en buen estado de conservación a fin de que sean aptos para la operación, de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos exigidos que aparecen en el Anexo No.6 del presente Contrato, los mismos que el Concesionario declara expresamente conocer. Específicamente y sin que esta obligación excluya a las restantes, el Concesionario está obligado a alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, a más tardar dentro de los cinco primeros Años de Concesión, bajo sanción de caducidad de este Contrato; hasta ese momento, el Concesionario se obliga a dar cumplimiento, como mínimo, a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos que Enafer cumplió hasta la Fecha de Cierre, los mismos que declara expresamente conocer, así como a las que establezcan las Leyes Aplicables**”*<sup>73</sup>.

[Énfasis agregado]

190. Para el cumplimiento de dichas obligaciones, Fetrans tuvo que realizar importantes inversiones para la rehabilitación del material tractivo y rodante, dadas las pésimas condiciones en las que se encontraba el material tractivo y rodante<sup>74</sup>. Sin las inversiones realizadas por Fetrans, no era posible explotar el material tractivo y rodante ni asegurar el cumplimiento de las Normas de Seguridad Ferroviaria.
191. Lo anterior se puede constatar incluso del Acta Notarial del 21 de noviembre de 2005, donde consta que Fetrans procedió a devolver parte del material tractivo y rodante entregado por el Estado, que se encontraba en estado de obsolescencia o inutilización.
192. Estas obligaciones de mantener el material tractivo y rodante y asegurar el cumplimiento de las normas de seguridad eran consideradas de especial relevancia para el Estado. En el Contrato de Concesión se estableció como causal de caducidad el incumplimiento por parte de Fetrans de las normas seguridad exigidas para el material tractivo y rodante<sup>75</sup>:

*“20.1. Causales. La Concesión caducará por las siguientes causales:  
(...)*

*20.1.10. Si el Concesionario no cumple con mantener la Infraestructura Vial Ferroviaria de acuerdo con los Estándares Técnicos exigidos en este Contrato y/o si el **Material Tractivo, el Material Rodante y/o los Equipos Ferroviarios no cumplen las normas de seguridad vigentes, de acuerdo a lo exigido en este Contrato**”.* [Énfasis agregado]

<sup>73</sup> Cláusula 7.7 del Contrato de Concesión.

<sup>74</sup> Este hecho incluso ha sido validado por autores como Fernández- Baca: *“El segundo tema es el hecho de que aun en el caso negado de que dicho material constituyese efectivamente un cuello de botella, no fue obtenido por FETRANS de manera gratuita. El canon que ofrecieron tanto FETRANS como Ferrovías Central Andina en el proceso de concesión fue por el derecho de uso exclusivo tanto de las vías férreas como del material tractivo y rodante. Una parte importante de este material, como se ha visto más arriba estaba en mal estado o totalmente inservible y las dos empresas han tenido que realizar inversiones importantes para ponerlo operativo, y conseguir nuevo material en el extranjero”.* En FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu*, en *Circulo de Derecho Administrativo* No. 12, 2012, p. 250.

<sup>75</sup> Cláusula 20.1.10 del Contrato de Concesión.

193. Dada la importancia de las obligaciones sobre el mantenimiento de estándares de seguridad para el material tractivo y rodante, en el Contrato de Concesión se otorgó al concesionario el derecho de explotar el material tractivo y rodante<sup>76</sup>. Si bien el Contrato de Concesión no establece una forma específica para que Fetrans pueda explotar el material tractivo y rodante, el arrendamiento de dichos bienes a terceros es una forma de aprovechar económicamente dichos bienes. En efecto, en la Circular No. 23 de la Licitación, uno de los postores preguntó sobre el arrendamiento del material tractivo y rodante y la inclusión de dicho concepto en la Retribución Especial. Ante ello, el CEPRI respondió que este concepto sí se encontraba comprendido en dicha retribución:

*“1. PREGUNTA: En el numeral 5.2. ‘Canon Especial’ de la versión preliminar del Contrato de Concesión, **no queda claro el significado y extensión del concepto ‘explotación de los Bienes de la Concesión’ (material tractivo, material rodante y equipo ferroviario concesionado).***

*(...)*

*a. En el caso de que un operador preste los servicios de transporte ferroviario, **el concesionario podría eventualmente arrendarle los equipos que el primero requiera, por lo tanto, los ingresos brutos de la “explotación” de éstos se derivarán del arriendo que el concesionario cobre al operador por la utilización de los equipos. Esto quiere decir que el canon especial, ¿se calculará a partir de estos ingresos brutos provenientes del arriendo de los equipos? ¿Si en el trato se incluye el mantenimiento de los equipos por parte del Concesionario, este costo no se podrá rebajar de los ingresos brutos y debería contemplarse en un contrato diferente?***

*(...)*

*RESPUESTA: a) **De acuerdo al numeral 5.2 del Contrato de Concesión, el canon especial se calcula sobre todos los ingresos obtenidos por la explotación de los Bienes detallados en el Anexo No. 3 del contrato. En tal sentido, no se admitirán descuentos por gastos de mantenimiento o de algún otro concepto vinculado con la explotación de dichos bienes.*** [Énfasis agregado]

194. Considerando tales costos, no resulta posible sostener que Fetrans pueda “fijar la renta de arrendamiento de todo el material, por ejemplo, en un centavo de nuevo sol (S/. 0.01) por año (incluso por periodos superiores a un año)”<sup>77</sup>, tal como sostienen las denunciante. Por el contrario, el arrendamiento sería fijado razonablemente en un monto que permita recuperar la inversión de Fetrans.
195. No obstante, ello no sería el costo total que sería trasladado por Fetrans en el arrendamiento del material tractivo y rodante. Según el Contrato de Concesión, Fetrans debe cumplir con el pago de la Retribución Especial:

***“5.2. Retribución Especial. El Concesionario también queda obligado a pagar semestralmente a favor del Concedente la Retribución Especial que equivale al 50% (cincuenta por ciento) de los ingresos del semestre inmediatamente anterior, obtenidos por la***

<sup>76</sup> Cláusulas 6.1 y 6.2 del Contrato de Concesión.

<sup>77</sup> Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 233.

*“Dicho nivel de precios se ubicaría en el costo marginal de la prestación del servicio de transporte ferroviario, pues al pertenecer al mismo grupo económico, Perurail y Fetrans podrían renegociar a muy bajo costo el contrato de alquiler de material tractivo y rodante, fijando la renta de arrendamiento de todo el material, por ejemplo, en un centavo de nuevo sol (S/. 0.01) por año (incluso por periodos superior a un año), con lo cual en términos reales el costo de operación sostenible de Perurail sería únicamente el costo de prestar el servicio de transporte”.*



***explotación del Material Tractivo y/o Material Rodante incluidos en el Anexo No. 3 de este Contrato, excluyendo el Impuesto General a las Ventas. La Retribución Especial deberá pagarse hasta la fecha en que el Concesionario efectivamente devuelva todos y cada uno de los Bienes de la Concesión incluidos en el Anexo No. 3”<sup>78</sup>. [Énfasis agregado]***

196. Como se puede apreciar, Fetrans deberá pagar al Estado el cincuenta por ciento (50%) de todo lo que reciba por el arrendamiento del material tractivo y rodante. Siendo que no es posible fijar el monto en la suma ínfima señalada por las denunciantes, resulta razonable asumir que el monto comprenderá en alguna proporción el concepto que debe pagar al Estado por Retribución Especial, incrementándose aún más el precio por el arrendamiento.
197. Lo anterior permite afirmar que Fetrans obtuvo los Bienes de la concesión -entre los cuales se encuentra el material tractivo y rodante- a título oneroso. El Contrato de Concesión estableció la obligación de mantener estándares de seguridad con respecto al material tractivo y rodante, para lo cual Fetrans tuvo que realizar inversiones importantes al inicio de la Concesión, así como inversiones continuas para mantener dicho material conforme a los estándares de seguridad exigidos.
198. En consecuencia, no es posible afirmar que el material tractivo y rodante concesionado fue otorgado a “costo cero” o a gratuidad. Asimismo, considerando el concepto de Retribución Especial que Fetrans debe pagar al Estado, no resulta razonable asumir Fetrans asumiría el pago de dicho concepto y otorgaría el material tractivo y rodante a Perurail a un costo ínfimo.
- iii. **La obligación de constituir un operador ferroviario y la posibilidad de arrendarle el material tractivo y rodante: la correcta interpretación de la Circular No. 17**
199. Para labor de interpretación, se tomará en cuenta el marco teórico antes desarrollado sobre los principios de interpretación contractual. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el Contrato de Concesión prevé ciertas reglas de interpretación:

*“1.2. Reglas de Interpretación. (...)*

***También forman parte integrante de este Contrato las Bases y Circulares, así como todos y cada uno de los documentos y declaraciones presentados por el Adjudicatario, sus integrantes o sus Empresas Vinculadas, tal como estas últimas han sido definidas en las Bases, durante el desarrollo de la Licitación y en la Fecha de Cierre. Todos y cada uno de los derechos y obligaciones derivados de dichos documentos son plenamente exigibles entre las Partes. En caso de conflicto entre lo dispuesto por las Bases o Circulares y este Contrato, primará lo establecido en este último; en caso de discrepancia entre lo dispuesto por las Bases y Circulares, prevalecerá lo establecido en estas últimas”.*** [Énfasis agregado]

200. De esta manera, para la labor de interpretación también se tomará en cuenta el orden establecido por el propio Contrato de Concesión.
201. Como he señalado anteriormente, la controversia gira en torno a la constitución de un operador de servicios de transporte ferroviario y la posibilidad de arrendarle

<sup>78</sup> Cláusula 5.2. del Contrato de Concesión.

el material tractivo y rodante. Al respecto, el Contrato de Concesión señala lo siguiente:

***“Operador de Servicios de Transporte Ferroviario: 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. De acuerdo con lo previsto en la Circular No. 17, en la Fecha de Cierre el Concesionario deberá contratar con una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario”<sup>79</sup>.***

[Énfasis agregado]

202. Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión estableció como obligación para Fetrans el contratar un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. El Contrato de Concesión no establece el motivo (causa) por el cual Fetrans tendría que realizar dicha contratación ni a través de qué medios Fetrans encontraría un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. En consecuencia, de acuerdo con las reglas previstas en el Contrato de Concesión, corresponde recurrir a lo establecido en las Circulares.

203. Específicamente, la Circular No. 17 establecía lo siguiente:

***“Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no sea vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto por la presente circular.***

***1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.***

***2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso, constituir una persona jurídica que actúa como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. En el caso de Consorcios Divisibles, el Adjudicatario deberá contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario para más de un ferrocarril.***

***3. En la Fecha de Cierre el Adjudicatario deberá presentar (i) un certificado de vigencia extendido por los Registros Públicos de Lima de la persona jurídica que a dicho efecto se contrate o constituya, (ii) una copia legalizada por Notario Público del Perú del contrato de operación, y (iii) una copia legalizada por Notario Público del Perú del respectivo permiso de operación o de la autorización suficiente otorgados por la autoridad competente.***

***Para el caso de Consorcios Divisibles se deberá cumplir con estos requisitos respecto de cada uno de los ferrocarriles.***

---

<sup>79</sup> Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión.

***El Concesionario no podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. El incumplimiento de esta obligación será tipificado en el Contrato de Concesión como causa de caducidad de la concesión***. [Énfasis agregado]

204. La Circular No. 17, a la cual hace referencia el Contrato de Concesión, señala expresamente que las obligaciones ahí establecidas se dan *“con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre”*. A efectos de contar un Operador de Servicios de Transportes Ferroviarios, Fetrans *“deberá contratar, o en su caso, constituir una persona jurídica”*.

205. De esta manera, la Circular No. 17 previó como una alternativa válida para Fetrans el constituir una empresa para que esta prestara los servicios de transporte ferroviario. Es más, tal es así que también se consideró establecer una prohibición de *“participar simultáneamente, directa o indirectamente (...) en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario”*.

206. En la Circular No. 43, el CEPRI ratifica la posibilidad de constituir una empresa vinculada como operador de servicios de transporte, en tanto no existe límite en la participación en una de estas empresas por parte del concesionario:

*“2. PREGUNTA: El punto 2 de la Circular No. 17 señala que el adjudicatario puede constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, por lo tanto, ¿puede el adjudicatario constituir una filiar para que preste estos servicios? De ser así, ¿existe alguna restricción en cuanto a la participación del adjudicatario en esta eventual filial?”*

***RESPUESTA: La empresa operadora deberá tener personería jurídica distinta del Concesionario. Por tanto, no podrá constituirse como filiar o subsidiaria de éste. No existe limitación ni restricción en cuanto a la participación del Concesionario en alguna de las empresas operadoras tal como se ha precisado en la Circular No. 017***. [Énfasis agregado]

207. No obstante, esta posibilidad fue posteriormente constituida como una obligación para el postor que resultara adjudicado. Al respecto, en la Circular No. 073, el CEPRI estableció lo siguiente:

*“El Comité Especial precisa que, a la Fecha de Cierre, el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditarse el Concesionario que ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario, de forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participacionistas con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales”*. [Énfasis agregado]

208. De esta manera, a partir de una interpretación literal del Contrato de Concesión y la Circular No. 17 es posible concluir que Fetrans tenía la obligación de contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. Inicialmente contaba con la

posibilidad de contratar con un tercero o constituir una empresa vinculada, siendo la última de estas opciones una alternativa igualmente válida. Posteriormente, la posibilidad de constituir un operador vinculado se configuró en una obligación para el concesionario.

209. Asimismo, nada en los textos antes citados ni en el contenido del Contrato de Concesión permite sustentar que la constitución de una empresa para tales fines era temporal. No se establece un término o condición respecto a ello. En tal sentido, a partir de una interpretación literal, también es posible concluir que la constitución de un Operador de Servicios de Transporte Vinculado no fue una medida temporal.
210. Tampoco se establece una restricción hacia Fetrans sobre el alquiler de la totalidad del material tractivo y rodante a Perurail, operador de servicios de transporte ferroviario vinculado. Las obligaciones de Fetrans para con dichos operadores radican en otorgar el acceso a la línea férrea, básicamente en otorgar los instrumentos jurídicos necesarios para poder realizar operaciones de transporte en el Ferrocarril Sur Oriente. De esta manera, no existía una restricción para arrendar la totalidad del material tractivo y rodante.
211. Lo anterior debería resultar concluyente, pues cuando la literalidad del texto es suficientemente clara, no es necesario proceder con otros métodos de interpretación. No obstante, a dichas conclusiones también se arriba a través del método de interpretación sistemático y teleológico.
212. De acuerdo con la Cláusula 7.3 del Contrato de Concesión, Fetrans se encuentra obligado a contratar con Operadores de Servicio de Transporte Ferroviario para otorgarles el ingreso al Ferrocarril Sur Oriente:
- “7.3. Contratos con Operadores. El Concesionario deberá celebrar contratos de ingreso a la Línea Férrea con los Operadores de Servicio de Transporte Ferroviario a fin de que estos puedan desarrollar dichos Servicios”.*
213. Esta obligación de contratar con los operadores se encontraba establecida desde la versión original del Contrato de Concesión. No obstante, en la Circular No. 17 se precisó lo siguiente:
- “Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas”.*
214. Como se puede apreciar, la Circular No. 17 ratifica la obligación de contratar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. Dicha disposición resulta pertinente en la medida podría interpretarse que con la Circular No. 17 se modificó el esquema el modelo de separación vertical de la concesión, pasando a un modelo de integración vertical, en el cual la administración de la infraestructura ferroviaria y el servicio de transporte ferroviario se encuentran a cargo de un grupo económico.
215. De esta manera, dicha disposición tendría como objeto precisar que, aun cuando se permita al concesionario constituir una empresa vinculada para prestar servicios de transporte ferroviario, característica propia del modelo de integración

vertical, este debe otorgar acceso a la vía férrea a otros operadores de servicio de transporte ferroviario. En efecto, es por ello que la Secretaría Técnica lo califica como un *“Modelo de integración vertical con acceso competitivo”*<sup>80</sup>.

216. Por tanto, a partir de la interpretación literal, sistemática y teleológica del Contrato de Concesión y las Circulares, se concluye: (i) Fetrans estuvo obligado a contratar con un operador de servicios de transporte ferroviario para asegurar la continuidad de los servicios prestados en el Ferrocarril Sur Oriente, (ii) Fetrans tenía la posibilidad de contratar con un tercero o constituir una empresa, (iii) en la medida que la constitución de un operador por parte de Fetrans podría significar una variación en el modelo de la concesión -en consecuencia el carácter no temporal de dicho operador- se ratificó la obligación de otorgar acceso a otros operadores de servicios de transporte ferroviario.

**B. ¿El mercado relevante ha sido correctamente definido? ¿Fetrans ostenta posición de dominio en el mercado relevante?**

217. A efectos de responder las preguntas formuladas en esta sección, desarrollaré un marco teórico sobre los conceptos generales y la metodología aplicada para determinar el mercado relevante y posición de dominio en procedimientos por infracciones a las normas de libre competencia.
218. Ello es importante pues las controversias relacionadas al derecho de la competencia, especialmente aquellas referidas al abuso de posición de dominio, requieren de una adecuada aplicación de la metodología aceptada internacionalmente. Errores en la aplicación de dicha metodología pueden llevar a una incorrecta delimitación del mercado.

**i. Marco teórico**

▪ **Definición del mercado relevante**

219. A efectos de determinar la existencia de una conducta anticompetitiva en la modalidad de abuso de posición de dominio, es necesario definir primero el mercado relevante, pues solo así es posible identificar si un agente económico tiene la posibilidad de restringir la competencia.
220. De acuerdo con la Comunicación sobre definición de mercado de referencia, *“[l]a definición de mercado permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia”*<sup>81</sup>.
221. La definición del mercado relevante consiste en identificar dos elementos importantes. Por un lado, es necesario identificar cuál es el producto relevante y, en segundo lugar, identificar cuál es el área geográfica de influencia para el análisis de competencia. Así lo han señalado autoridades de competencia como el Departamento de Justicia (en adelante, DOJ<sup>82</sup>) y la Comisión Federal de Comercio (en adelante, FTC<sup>83</sup>) de Estados Unidos y la Comisión Europea.

<sup>80</sup> Párrafo 311 del Segundo Informe de la Secretaría Técnica, a fojas 2047.

<sup>81</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 2.

<sup>82</sup> Por sus siglas en inglés.

<sup>83</sup> Por sus siglas en inglés.

222. Según la Comisión Europea, el mercado relevante “se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico”<sup>84</sup>. De igual manera, el DOJ y la FTC señalan que “un mercado se define como un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que se produce o vende”<sup>85</sup>.
223. Si bien en el Decreto Legislativo No. 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (en adelante, el Decreto Legislativo No. 701), no se estableció la metodología o los requisitos para determinar el mercado relevante, ello no fue óbice para que la autoridad de competencia empleara la metodología internacionalmente aceptada.
224. En el caso sobre la denuncia presentada por la empresa Almacenes y Logística S.A. contra la empresa Talma Menzies S.R.L. por un supuesto abuso de posición de dominio, la Secretaría Técnica señaló lo siguiente:
- “La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. La **definición de mercado relevante** para los casos de libre competencia está referida a la **definición del (i) mercado de producto relevante y (ii) el mercado geográfico relevante**; ambas dimensiones determinan el mercado relevante sobre el cuál se estimará la tenencia o no de posición de dominio por parte de la empresa investigada”<sup>86</sup>. [Énfasis agregado]*
225. De igual manera, en el caso sobre la denuncia presentada por Aero Continente S.A. contra el Banco de Crédito del Perú por presunto abuso de posición de dominio en el mercado de servicio de cuenta corriente en la ciudad de Puerto Maldonado, la Comisión señaló lo siguiente:
- “El mercado relevante se define en base a la determinación del servicio relevante y de la delimitación geográfica. El servicio relevante comprende todos los servicios que son considerados por el comprador como intercambiables ya sea por sus características, precio o usos (servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). De otro lado, la delimitación geográfica del mercado considera el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los que el comprador podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado”<sup>87</sup>.*
226. Finalmente, dicha metodología fue incorporada en la legislación peruana de derecho de la competencia a través de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Legislativo No. 1034, constituyéndose así en un requisito para la evaluación de conductas

<sup>84</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, 1997, p. 9.

<sup>85</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines 1997, p. 3.  
*“A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and non-transitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant”.*

<sup>86</sup> Informe Técnico No. 034-2004-INDECOPI/ST-CLC, fundamento 80. Respecto a dicho informe, la Comisión señaló que “luego del análisis correspondiente, esta Comisión hace integralmente suyos los fundamentos y conclusiones del Informe”. Ver Resolución No. 070-2004-INDECOPI/CLC, emitida por la Comisión en el Expediente No. 005-2001-CLC, fundamento 8.

<sup>87</sup> Resolución No. 022-2001-INDECOPI/CLC, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el Expediente No. 005-1999-CLC, fundamento 16.

anticompetitivas derivadas de agentes con posición de dominio. Al respecto, en la Exposición de Motivos de dicha norma se señala lo siguiente:

**“Mercado relevante**

*Una importante novedad es la inclusión en el artículo 6 de una definición del concepto de “mercado relevante”, lo que representa una mejora en la identificación de cuáles son los conceptos y criterios bajo los cuales la autoridad de competencia evaluará las prácticas anticompetitivas, otorgando con ello mayor seguridad jurídica y predictibilidad.*

(...)

**La definición de mercado relevante contenida en la Ley, esto es, que el mercado relevante está conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico, es acorde con la definición utilizada a nivel internacional por las agencias de competencia. De similar manera, los criterios bajo los cuáles la autoridad definirá los límites del mercado relevante, contenidos en la Ley, son criterios generalmente aceptados por la normativa, doctrina y jurisprudencia internacional.**

(...)

**En efecto, la definición del mercado de producto sobre la base de un análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda; y la definición del mercado geográfico sobre la base de los costos y barreras al comercio que influyen en la posibilidad de abastecimiento desde zonas geográficas distintas, encuentran asidero en los propios lineamientos estadounidenses y comunitarios antes referidos”. [Énfasis agregado]**

227. Como se puede apreciar, la incorporación de la definición de mercado relevante no hace más que confirmar los conceptos y metodología aplicados por la autoridad de competencia durante la vigencia del Decreto Legislativo No. 701. Siendo así, procederé a desarrollar el marco teórico sobre definición de mercado de producto y mercado geográfico.

**Mercado de producto**

228. El mercado de producto o producto relevante es definido a partir del bien demandado por los agentes económicos afectados por la presunta conducta anticompetitiva. A partir de este, se deberán identificar a todos los demás bienes que sean considerados como sustitutos y así se podrá delimitar el mercado de producto<sup>88</sup>.
229. El primer paso para el análisis de sustituibilidad es identificar las características del producto o servicio analizado y a partir de estas identificar los posibles sustitutos. En efecto, en la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia, la Comisión Europea ha señalado que “en una primera etapa, un análisis de las características de los productos y de sus utilidades previstas

<sup>88</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, 3<sup>rd</sup> Edition. Thomson West, p. 91.  
“But over a broad range of cases, product definition depends on substitutability in consumer’s eyes”.

permite a la Comisión limitar el ámbito de investigación de los productos de sustitución”<sup>89</sup>.

230. Una vez identificadas las características del servicio, el siguiente paso es determinar sus posibles sustitutos. Para ello, Conrath ha señalado que las respuestas a las siguientes preguntas pueden ser orientativas:

*“En consecuencia, la información utilizada para definir los mercados de producto es más práctica. ¿Qué es lógicamente un sustituto? ¿Cuál tiene características similares? ¿Qué se usa ahora como un sustituto para algunas circunstancias? ¿Qué es técnicamente posible sustituir? ¿Qué ha usado la gente en el pasado? ¿Qué usan las personas en otras regiones o en otros países? ¿Qué hace la gente en otras industrias o situaciones? ¿Cuánto más cuestan todas esas alternativas?”<sup>90</sup>.*

231. En esa misma línea, en los Lineamientos sobre concentraciones horizontales del DOJ y la FTC se señala que la definición del mercado de producto consiste en identificar aquellos bienes o servicios a los cuales recurrirían los consumidores ante un incremento en el precio<sup>91</sup>. Para ello, se tomará como referencia un incremento en el precio *“pequeño pero significativo y no transitorio”<sup>92</sup>*.
232. Por su parte, la Comisión Europea también toma en cuenta un análisis de sustituibilidad derivado de un incremento en el precio. Al respecto, la Comisión Europea ha señalado lo siguiente:

***“La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos”<sup>93</sup>. [Énfasis agregado]***

233. Como se puede apreciar, la definición del producto relevante consiste en analizar la respuesta que los agentes económicos tendrían frente a un incremento pequeño, pero no significativo y transitorio en el precio del bien demandado,

---

<sup>89</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 36.

<sup>90</sup> CONRATH, Craig W. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Sección 4, p. 6.

<sup>91</sup> CONRATH, Craig W. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Sección 4, p. 6.

*“In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products or switching to the same product produced by firms at other locations. The nature and magnitude of these two types of demand responses respectively determine the scope of the product market and the geographic market”.*

<sup>92</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines 1997, p. 6.

*“Specifically, the Agency will begin with each product (narrowly defined) produced or sold by each merging firm and ask what would happen if a hypothetical monopolist of that product imposed at least a “small but significant and nontransitory” increase in price, but the terms of sale of all other products remained constant”.*

<sup>93</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 17.



mientras que otras condiciones se mantienen constantes. De esta manera, el precio es un elemento clave para determinar la sustituibilidad<sup>94</sup>.

234. En tal sentido, la respuesta de los agentes económicos ante el incremento de precio determinará qué productos serán considerados sustitutos. Este análisis se realiza de manera que el mercado de producto comprenda todos aquellos bienes a los cuales acudirían los agentes ante un incremento de precio.

### **Mercado geográfico**

235. La definición de mercado geográfico consiste en determinar las zonas a las cuales los agentes económicos acudirían de manera alternativa al lugar donde se ubica el bien o servicio en análisis. La dimensión del mercado geográfico dependerá de la naturaleza del producto, así como de los agentes económicos que lo demandan y lo ofertan<sup>95</sup>. Así lo ha señalado la Comisión Europea:

*“Características básicas de la demanda. La naturaleza de la demanda del producto considerado puede en sí misma determinar la extensión del mercado geográfico”<sup>96</sup>.*

236. Al igual que para la definición de mercado de producto, las zonas alternativas se definen tomando en cuenta un incremento en el precio. Ello ha sido establecido en los Lineamientos sobre concentraciones horizontales<sup>97</sup> y en la Comunicación sobre definición de mercado de referencia<sup>98</sup>.
237. Este precio tiene como principal componente el costo de transporte. Según FIGARI, GÓMEZ y ZÚÑIGA, *“el mercado geográfico relevante estará definido en función del área geográfica en donde se encuentren las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los consumidores. Para definir el mercado geográfico relevante es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores”<sup>99</sup>.*
238. Como se puede apreciar, este precio dependerá del costo de llevar el servicio por parte de la empresa hacia el cliente o bien del costo que demande al cliente trasladarse hacia la ubicación de la empresa.

<sup>94</sup> CONRATH, Craig W. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Sección 4, p. 5.

<sup>95</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, 3<sup>rd</sup> Edition. Thomson West, p. 113.

*“The size of the geographic market depends on the nature of the product and of the people who buy and sell it”.*

<sup>96</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 46.

<sup>97</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines 1997*, p. 8.

*“(...) the Agency will delineate the geographic market to be a region such that a hypothetical monopolist that was the only present or future producer of the relevant product at locations in that region would profitably impose at least a small but significant and nontransitory increase in price, holding constant the terms of sale for all products produced elsewhere”.*

<sup>98</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 29.

*“El ejercicio teórico se basa una vez más en la sustitución que resulta de una variación de los precios relativos, debiendo responder a la pregunta de si los clientes de las partes transferirán sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar a corto plazo y a un coste insignificante”.*

<sup>99</sup> FIGARI, Hugo, Hugo Gómez y Mario Zúñiga. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Vol. 1, 2005. Disponible en:

<http://servicios.indecopi.gob.pe/revistaCompetencia/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf>

239. La determinación de qué zonas comprenderán el mercado geográfico también se realiza en base a las preferencias de los consumidores, así como la disposición de los agentes ubicados en las zonas alternativas de satisfacer la demanda. Igualmente, en caso se trate de zonas fuera del territorio de un determinado país, deberá evaluarse si la importación desde las zonas alternativas es posible en términos legales.
240. En el análisis sobre los costos de transporte influye de manera importante la proporción de dichos costos respecto valor del producto materia de análisis. Al respecto, Motta señala lo siguiente:

***“Una información útil que puede complementar otras pruebas es la importancia del costo de transporte en relación con el precio de un producto. Incluso si no se hubiera producido un envío en el pasado entre una región y otra, el hecho de que el costo de transporte sea bajo en relación con el precio del producto implicaría que tales envíos son posibles y que una presión competitiva evitará que los precios en una región aumenten”***<sup>100</sup>. [Énfasis agregado]

241. Así, a medida que el valor del bien sea mayor, la relevancia del costo de transporte en la definición del ámbito geográfico para dicho producto será menor. Así, en mercados con bienes de un alto valor, el ámbito geográfico posiblemente sea global.
242. De manera similar al análisis aplicado para la definición del servicio relevante y en línea con los criterios aplicados por distintas autoridades de competencia, se debe considerar un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio del servicio relevante.
243. En efecto, en los Lineamientos sobre concentraciones horizontales, el DOJ y la FTC señalan que para la definición del mercado geográfico se tomará como referencia un incremento en el precio *“pequeño pero significativo y no transitorio”*<sup>101</sup>. De igual manera, en la Comunicación sobre definición de mercado de referencia, la Comisión Europea señala que la definición del mercado geográfico *“se basa una vez más en la sustitución que resulta de una variación de los precios relativos”*<sup>102</sup>.
244. Si bien se suele considerar un incremento del 5%, este debe ser considerado como una referencia o punto de partida para el análisis del mercado relevante<sup>103</sup>. Cabe señalar que, en la Comunicación sobre definición de mercados de referencia, la Comisión Europea ha establecido que se tomará en cuenta un

---

<sup>100</sup> MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 114.  
*“One useful piece of information that can supplement other tests is given by the importance of transportation cost relative to the price of given product. Even if no shipment had occurred in the past between one region and another, the fact that transport cost are low relative to prices would imply that such shipments are possible and that a competitive constraint will prevent that prices in a region are increased”*.

<sup>101</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines 1997, p. 6.  
*“In defining the geographic market or markets affected by a merger, the Agency will begin with the location of each merging firm (or each plant of a multiplant firm) and ask what would happen if a hypothetical monopolist of the relevant product at that point imposed at least a “small but significant and nontransitory” increase in price, but the terms of sale at all other locations remained constant”*.

<sup>102</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 29.

<sup>103</sup> CONRATH, Craig W. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Sección 4, p. 5.  
*“En consecuencia, una opción consiste en colocar el tema del precio abierto y definir directamente el incremento relevante de precio. O por lo menos usar algún incremento de precio como un punto de partida. Ese es el punto de la prueba de cinco por ciento”*.

“pequeño (5% a 10%) y permanente incremento hipotético de los precios relativos”<sup>104</sup>. En tal sentido, el valor a considerar dependerá del comportamiento de los agentes a los cambios de precio en el pasado.

#### ▪ Evaluación de posición de dominio

245. De acuerdo con la jurisprudencia nacional e internacional, la existencia de posición de dominio implica que una empresa pueda comportarse de manera independiente de sus competidores con relación a un mercado definido. Ello ha sido establecido en la Comunicación sobre definición de mercado de referencia:

*“En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores”*<sup>105</sup>.

246. Asimismo, la posición de dominio ha sido definida como la posibilidad de una empresa de incrementar sus precios por encima de un nivel competitivo y durante un periodo de tiempo prolongado<sup>106</sup>. Este concepto fue adoptado en el Decreto Legislativo No. 701, en el cual se establece lo siguiente:

*“Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución”*.

247. La definición de la posición de dominio consiste en determinar (i) si la participación de la presunta empresa infractora es significativa en el mercado relevante y (ii) si existen barreras de entrada importantes para el ingreso de nuevos competidores. Cabe señalar que es necesario que estos dos criterios sean evaluados de manera conjunta, pues una empresa con una alta participación en un mercado con limitadas barreras a la entrada difícilmente podrá comportarse de manera independiente de sus competidores, reales o potenciales<sup>107</sup>.

#### Determinación de participación de mercado

248. Esta primera etapa es conocida como análisis estructural. En este análisis, se busca identificar la participación de mercado (conocida como “*market share*”) de cada empresa para identificar si el mercado relevante es uno concentrado.

<sup>104</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 17.

<sup>105</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 10.

<sup>106</sup> American Bar Association, Section of Antitrust Law. *Market Power Handbook. Competition law and economic foundations*. Chicago: American Bar Association, 2005.

*“Economist define market power as the ability of a firm or group of firms within a market to profitably charge prices above the competitive level for a sustained period of time”*.

<sup>107</sup> MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 117. *“However, a firm’s high market share is no sufficient to conclude that it is dominant. As we shall discuss below, such firm would not be able to increase prices substantially if entry in the industry was very easy, or if there was a strong buyer ready to use its countervailing power and switch to competing suppliers (or to integrate vertically)”*.

249. Para determinar la participación de mercado se puede utilizar distintos criterios. Así, en los Lineamientos sobre concentraciones horizontales<sup>108</sup> y en la Comunicación sobre definición de mercado de referencia<sup>109</sup> se señala que este puede ser determinado en base a las ventas, despachos, producción, entre otros.
250. Ahora bien, en determinadas industrias, el exceso de capacidad puede ser un factor importante en la evaluación de la participación de mercado. Así, en caso la oferta de los competidores sea apenas suficiente para abastecer la demanda, la posibilidad de que estos reaccionen ante un incremento en el precio es casi nula. Asimismo, en caso exista un exceso de capacidad considerable en el mercado, resulta poco probable que una empresa pueda incrementar sus precios de manera rentable<sup>110</sup>.
251. Una vez determinada la participación de mercado, se realiza el análisis de concentración del mercado relevante. Al respecto, el test utilizado para este análisis es el Índice de Herfindahl-Hirschman (en adelante, HHI<sup>111</sup>). Para calcular el HHI, se eleva al cuadrado la participación de mercado de cada empresa y luego se suman. En función al resultado, se estaría frente a un mercado poco concentrado (menor a 1000), concentrado (entre 1000 y 1800) y altamente concentrado (superior a 1800)<sup>112</sup>.

### Evaluación de barreras de entrada

252. Esta segunda etapa es conocida como análisis de competencia potencial. En este análisis se busca identificar si existen barreras a la entrada para el ingreso de nuevos competidores. La presencia o ausencia de barreras a la entrada será un factor que puede resultar determinante para que una empresa pueda o no ejercer una posición de dominio. Mientras el ingreso de potenciales competidores sea probable, la posibilidad de que una empresa se comporte de manera independiente (incrementando sus precios, por ejemplo) será limitada<sup>113</sup>.
253. Así, las barreras de entrada son definidas como factores presentes en un mercado que permiten a una empresa incumbente obtener ingresos monopólicos y a su vez disuadir a potenciales competidores de ingresar al mercado<sup>114</sup>. Usualmente son

<sup>108</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines 1997, p. 14.  
 "(...) Market shares can be expressed either in dollar terms through measurement of sales, shipments, or production, or in physical terms through measurement of sales, shipments, or production, capacity, or reserves".

<sup>109</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 54.

"Si bien para calcular la cuota de mercado normalmente se parte de las ventas, existen también otros indicadores, según los productos o el sector, que pueden aportar información útil, tales como la capacidad, el número de licitadores, las unidades de flota en la industria aeroespacial, o las reservas existentes cuando se trata de sectores como la minería".

<sup>110</sup> MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 119 y 120.

"The degree of excess capacity held by rival firms also gives important information. If the existing capacity of these firms is just enough to satisfy their current demand, their supply elasticity (that is, their ability to react to an increase in prices and serve new customers) is very low. If, on the other hand, they have considerable excess of capacity, then it is reasonable to expect that market power of the firm being investigated is reduced".

<sup>111</sup> HHI por sus siglas en inglés.

<sup>112</sup> U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines 1997, p. 15.

"(...) The HHI is calculated by summing the squares of the individual market shares of all the participants (...) The Agency divides the spectrum of the market concentration as measured by the HHI into three regions that can be broadly characterized as unconcentrated (HHI below 1000), moderately concentrated (HHI between 1000 and 1800), and highly concentrated (HHI above 1800)".

<sup>113</sup> MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 120.

"Aside from existing competitors, potential entrants might also constrain the ability of a firm (or a group of firms) to raise prices. Indeed, the most important insight of contestable markets theory is that if entry is easy, rapid and costless, a firm would not be able to charge a high margin because large profits would attract competitors into the industry".

<sup>114</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, 3<sup>rd</sup> Edition. Thomson West, p. 113.

consideradas barreras de entrada las economías de escala, inversiones iniciales altas, el costo de capital, inversiones en publicidad, integraciones verticales, estrategias desplegadas por los incumbentes, entre otras.

254. Estas barreras pueden ser clasificadas como estructurales o estratégicas (también denominadas conductuales). Las barreras estructurales son aquellas que derivan de las propias características del mercado (como economías de escala o de ámbito, costos hundidos) y por las regulaciones y permisos necesarios para que una empresa opere en dicho mercado<sup>115</sup>. Por otro lado, las barreras estratégicas son aquellas adoptadas por las empresas incumbentes con la finalidad de disuadir la entrada de potenciales competidores<sup>116</sup>.

### ¿Qué evidencia se utiliza para la definición de mercado relevante y posición de dominio?

255. La definición de mercado relevante es de especial importancia en los casos de abuso de posición de dominio, pues una incorrecta delimitación podría tener como efecto eliminar servicios o empresas que podrían disciplinar el comportamiento de la empresa bajo análisis. En efecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) señaló que *“si el mercado se define de manera demasiado restringida, no se tienen en cuenta las limitaciones competitivas importantes y se sobrestima el poder del mercado”*<sup>117</sup>.
256. En tal sentido, para una correcta definición de mercado relevante se debe tomar en cuenta los lineamientos y precedentes de las autoridades nacionales e internacionales especializadas en la materia. Al respecto, la Red Internacional de Competencia<sup>118</sup> (ICN, por sus siglas en inglés) ha señalado que las decisiones u opiniones pasadas de las autoridades de competencia permiten tener una mejor aproximación en la evaluación de mercados relevantes<sup>119</sup>.
257. Para dicha labor, las autoridades suelen buscar toda información disponible y confiable que permita tener una mejor aproximación hacia los factores que influyen en las decisiones de los agentes en el mercado y que, en última instancia, delimitan el mercado relevante. Según la OCDE, puede ser considerado como evidencia para el análisis de mercado relevante:

---

*“For antitrust purposes, a barrier to entry is some factor in a market that permits firms already in the market to earn monopoly profits, while deterring outsiders from coming in”.*

<sup>115</sup> American Bar Association, Section of Antitrust Law. *Market Power Handbook. Competition law and economic foundations*, p. 125.

*“Structural barriers result from exogenously determined market characteristics. They are rooted in market cost structures (such as economies of scale and switching costs), demand characteristics (such as preferences for differentiated products and access to information), and legal imperatives (such as patents or environmental regulations)”.*

<sup>116</sup> American Bar Association, Section of Antitrust Law. *Market Power Handbook. Competition law and economic foundations*, p. 131.

*“Incumbent firms can adopt a number of strategies that can deter entry”.*

<sup>117</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Market definition*, 2012, p. 29.

*“Background note by the Secretariat*

*For the market shares and the measures of concentration to be a reliable indicator of market power, it is evident that the market has to be defined in such a way that the market shares and the measures of concentration are as meaningful as possible. If the market is defined too narrowly, important competitive constraints are not taken into account and market power is overstated”.*

<sup>118</sup> International Competition Network

<sup>119</sup> International Competition Network. *Merger Guidelines Workbook*, 2006.

*“The use of precedents*

*A.10. In many cases a market may have already been investigated and defined in previous investigations. Additionally, the same merger may be being examined by other jurisdictions. Sometimes earlier definitions or approaches of other competition authorities can be informative when considering the appropriate product or area although care should be taken as the conclusions on these cases may not always be applicable to the merger in question”.*

**“Una fuente de evidencia para la sustitución de la demanda proviene de cambios en las estructuras del mercado, por ejemplo, la entrada de un nuevo proveedor u otros experimentos naturales. En segundo lugar, el mismo mercado puede haber sido objeto de un análisis de competencia reciente, de manera que la data, por ejemplo, estimación de demanda, estén disponibles permitiendo la estimación de las elasticidades de la demanda propias y de precios cruzados, al menos para el comportamiento pasado del consumidor. Tercero, la evidencia de la sustitución de la demanda podría obtenerse mediante encuestas de consumidores. En las encuestas, se pregunta a los consumidores a qué productos o ubicaciones recurrirían para sustituir el producto considerando un SSNIP. Esto podría hacerse empíricamente mediante un método de muestreo adecuado o mediante entrevistas. En cuarto lugar, la propia empresa, por ejemplo, su división de marketing, puede haber recopilado datos sobre el comportamiento de sustitución del comprador para identificar a los rivales más cercanos. Quinto, los expertos de la industria, consultores, ex ejecutivos, proveedores de complementos o distribuidores podrían proporcionar información sobre una probable sustitución. Sexto, el costo de cambiar a sustitutos y el tiempo requerido para cambiar a productos fuera del mercado candidato, así como las características y ubicación del producto podrían permitir inferencias sobre la sustitución de la demanda. La evidencia de la sustitución de la oferta podría obtenerse de expertos de la industria y la tecnología y también del comportamiento anterior de los participantes del mercado con respecto a los cambios estructurales en el mercado y sus respuestas al comportamiento de los precios de los competidores”.**  
[Énfasis agregado]

258. En efecto, dicha información suele ser tomada en cuenta para la definición del mercado de producto y mercado geográfico. La Comisión Europea toma en cuenta los siguientes elementos para el análisis de sustituibilidad en la definición del mercado de producto:

**“Elementos de prueba de una sustitución en un pasado reciente. (...) Si se han producido variaciones de los precios relativos en el pasado (no habiendo variado las demás condiciones), la reacción en relación con las cantidades demandadas será determinante para probar la existencia de una sustituibilidad”<sup>120</sup>.**

**“Opiniones de clientes y competidores. La Comisión a menudo se pone en contacto con los principales clientes y competidores de las empresas afectadas para obtener sus opiniones acerca de los límites del mercado de producto, así como la mayor parte de los datos que necesita para llegar a una conclusión sobre las dimensiones del mercado”<sup>121</sup>.**

**“Preferencia de los consumidores. (...) Los estudios sobre las actitudes y hábitos de consumo de los consumidores, los datos relativos a las características de las compras de los**

<sup>120</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 38.

<sup>121</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 40.

**consumidores, las opiniones de los minoristas y, más generalmente, los estudios de mercado transmitidos por las partes y sus competidores se toman en consideración para determinar si una proporción de consumidores significativa desde el punto de vista económico estima que dos productos son sustitutos, teniéndose también en cuenta la importancia de las marcas para los productos de que se trate”<sup>122</sup>.**

**“Obstáculos y costos relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos. Existen diversos obstáculos y costes que pueden impedir que la Comisión considere que dos productos sustitutos a primera vista pertenecen a un único mercado de producto”<sup>123</sup>. [Énfasis agregado]**

259. Para la definición del mercado geográfico, Conrath ha señalado los siguientes criterios evaluativos:

**“Opiniones, estrategias, conducta e identidad de los compradores. La discusión (en el mercado del producto) sobre la importancia de la información correspondiente a las opiniones, estrategias, conducta pasada e identidad de los compradores, es igualmente aplicable al análisis del alcance geográfico de los mercados relevantes. (...)**

**Opiniones de la industria, estrategias y conducta. Por lo general, información útil correspondiente a desarrollos históricos y probablemente futuros en el mercado relevante, es suministrada por parte de terceros que tienen conocimiento acerca de la industria, tales como personas que proveen a los vendedores del producto relevante. Igualmente, las encuestas de la industria a menudo brindan información que ayuda al análisis”. [Énfasis agregado]**

260. De igual manera, en la Comunicación sobre definición de mercado de referencia, la Comisión Europea ha señalado que entre los elementos que se tomarán en cuenta para definir el mercado geográfico se encuentran:

**“Opiniones de clientes y competidores. En su caso, la Comisión se pondrá en contacto con los principales clientes y competidores de las partes a fin de conocer sus puntos de vista sobre los límites del mercado geográfico, así como para obtener la mayor parte de la información que necesita para llegar a una conclusión sobre las dimensiones del mercado, cuando estas opiniones estén suficientemente respaldadas por datos reales”<sup>124</sup>. [Énfasis agregado]**

**“Barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas. (...) Ha de determinarse si existen barreras que aíslan el mercado nacional antes de concluir que el mercado geográfico de referencia en tal caso es nacional. Quizá el obstáculo**

<sup>122</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 41.

<sup>123</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 42.

<sup>124</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 47.

***más claro con que tropieza un cliente que pretende desviar sus pedidos a otras zonas sea el impacto de los costes de transporte y las restricciones de transporte que resultan de la legislación o de la naturaleza de los productos considerados***<sup>125</sup>. [Énfasis agregado]

261. Como se puede apreciar, para el análisis de mercado relevante es necesario contar con evidencia sobre los comportamientos pasados y la información del mercado, así como las opiniones de los clientes ante dicho incremento en el futuro.
262. En tal sentido, estos aspectos serán tomados en cuenta para el análisis de mercado relevante aplicado al caso concreto de este Expediente.

**ii. ¿El mercado relevante ha sido correctamente definido?**

263. Teniendo en cuenta el marco teórico desarrollado, procederé a definir el mercado relevante. En el desarrollo del análisis, haré referencia a las decisiones de las instancias administrativas, las cuales serán agrupadas como lo resuelto por la autoridad de competencia, en tanto la Comisión y la Sala han asumido el análisis de mercado relevante desarrollado por la Secretaría Técnica y la GEE.

▪ **El mercado de producto**

264. Como ha sido señalado en los antecedentes, Fersimsac solicitó a Fetrans el alquiler del material tractivo y rodante para prestar servicios de transporte de pasajeros y carga en el Ferrocarril Sur Oriente. En tal sentido, para el análisis del mercado de producto, tomaré como punto de partida el material tractivo y rodante según las características del Ferrocarril Sur Oriente. Al respecto, en el Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, el *“Ferrocarril Sur Oriente está conformado por una línea principal de trocha angosta (0,914 metros de ancho)”*<sup>126</sup>.
265. Como se ha observado de las posiciones de las partes, en cuanto al mercado de producto existe controversia con respecto a si: (i) la compra de material tractivo y rodante es una alternativa válida de sustitución, y (ii) la adquisición de material tractivo y rodante de características distintas al Ferrocarril Sur Oriente y su posterior adaptación es una alternativa válida de sustitución.

**Adquisición y alquiler de material tractivo y rodante como alternativas válidas para Fersimsac**

266. En primer lugar, Fersimsac estaría solicitando el alquiler de material tractivo y rodante con la finalidad de prestar el servicio de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente.
267. En principio, las alternativas con las que Fersimsac cuenta son comprar o alquilar el material tractivo y rodante. Así fue analizado por la Secretaría Técnica y la GEE en sus respectivos informes<sup>127</sup>. Como es evidente, la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de alquiler es significativa, por lo que el análisis debe ser realizado en función a la factibilidad de dichas alternativas para el ingreso de un potencial competidor en el Ferrocarril Sur Oriente.

<sup>125</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 1997, p. 49.

<sup>126</sup> Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 292.

<sup>127</sup> Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC e Informe No. 055-2004/GEE, respectivamente.



268. En efecto, la compra de un bien supone una inversión considerable, la misma que puede ser dividida a través de pagos mensuales o anuales por un determinado periodo. Por otro lado, el alquiler supone una inversión menor; sin embargo, esta inversión mensual o anual será permanente. Siendo así, el tiempo que se tome como referencia para calcular el valor de la inversión de compra o alquiler tiene un impacto importante en el análisis de las alternativas.
269. Al respecto, tanto la autoridad de competencia como Apoyo Consultoría realizaron ejercicios de simulación para analizar la posibilidad de adquirir el material tractivo y rodante para operar en el Ferrocarril Sur Oriente. En base al modelo financiero desarrollado por la GEE y evaluando los resultados en función al Valor Actual Neto (VAN), Tasa Interna de Retorno (TIR) y el Periodo de Recuperación de la Inversión (PR), Apoyo Consultoría señaló lo siguiente:

*“Si se corrigen los errores conceptuales y metodológicos del modelo financiero efectuado por INDECOPI, se demuestra que sí es económicamente factible la entrada de un competidor vía la adquisición de material tractivo y rodante. En efecto, si se considera una inversión inicial de S/. 21, 1 millones (para la adquisición de 1 locomotora, cuatro coches y dos autovagones), un flujo de caja promedio de S/. 5, 9 millones durante todo el horizonte de proyección y una tasa de descuento de 12% (ver Cuadro No. 7), se obtiene un Valor Actual Neto (VAN) de S/. 5.8 millones (...) Finalmente, si consideramos un horizonte de proyección de 10 años, se obtendría un VAN Económico de S/. 15 millones (TIR de 27%) y un VAN Financiero de S/. 10, 6 millones (TIR de 51%) sin considerar el valor terminal”<sup>128</sup>. [Énfasis agregado]*

270. A partir del análisis realizado por Apoyo Consultoría, sería factible que un nuevo operador pueda ingresar al mercado adquiriendo material tractivo y rodante propio, pues ello le permitiría obtener niveles de rentabilidad razonables<sup>129</sup>.
271. No obstante, para efectos del presente análisis, también se tomará como referencia el análisis de rentabilidad desarrollado por la autoridad de competencia. Si bien lo apropiado sería tomar como referencia un análisis de factibilidad<sup>130</sup>, en este caso se tomará en cuenta el análisis de rentabilidad presentado por la autoridad de competencia, en tanto esta tendría interés en el mercado relevante. En tal sentido, el empleo de dicho análisis no debería presentar cuestionamientos.
272. Al respecto, la GEE realizó un ejercicio de simulación en base a dos escenarios, uno optimista donde el nuevo operador obtiene 30% del mercado y otro pesimista en el cual este obtiene 15% del mercado. A continuación, se muestran los resultados de dicho análisis:

---

<sup>128</sup> Segundo informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. Asimismo, cabe señalar que los resultados podrían ser incluso mayores en caso se incorpore el valor residual. Así, Apoyo Consultoría sostiene que “en caso se incorpore un valor residual -equivalente a la perpetuidad del último año del flujo sin considerar crecimiento- se obtendría un VAN de S/. 34,1 millones. Asimismo, la Tasa Interna de Retorno (TIR) del proyecto sin considerar el valor terminal asciende a 20%, lo cual demuestra que el proyecto es más rentable que otras alternativas de inversión”.

<sup>129</sup> Al respecto, la GEE señaló que un VAN de S/ 3 717,450.7 es un nivel de rentabilidad que en términos absolutos resulta razonable. Ver Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 159. Fojas 317.

<sup>130</sup> Al respecto, como ha señalado Apoyo Consultoría en su primer informe, “para determinar la rentabilidad de un proyecto, en primer lugar se debe realizar una evaluación de la factibilidad económica del proyecto, independientemente de su estructura de financiamiento, tomando en cuenta un horizonte de proyección acorde con la naturaleza de la inversión. Sólo en el caso que la rentabilidad (económica) del proyecto sea atractiva según los estándares de la industria, se procede a evaluar la rentabilidad que el accionista obtendría bajo distintos escenarios de financiamiento”.

**Cuadro No. 1: Escenario Optimista**

	Flujo en años	VAN (S/)	TIR (%)	PR (Años)
Compra	5	- 7 820,696.0	-2.2%	NRI
	7	3 717,450.7	16.4%	5
Alquiler	5	26 483,628.9	401.2%	1
	7	37 350,879.8	401.4%	1

Fuente: Informe No. 055-2004/GEE

**Cuadro No. 2: Escenario Pesimista**

	Flujo en años	VAN (S/)	TIR (%)	PR (Años)
Compra	5	- 6 138,595.4	-9.7%	NRI
	7	- 744,075.7	10.3%	6
Alquiler	5	11 013,567.1	182.2%	1
	7	16 072,638.9	183.6%	1

Fuente: Informe No. 055-2004/GEE

273. Asimismo, con respecto a su análisis, la GEE señaló que *“los resultados, en principio, no permiten descartar la posibilidad de que un entrante que adquiere material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores)”*<sup>131</sup>.
274. De esta manera, según la propia GEE, en la medida que un potencial operador pueda acceder a niveles de financiamiento con plazos mayores, los resultados obtenidos a partir de su simulación serían aún más favorables hacia la posibilidad de entrada de un operador a través de la compra de material tractivo y rodante. Asimismo, en caso dicho operador capture una participación de mercado importante, los resultados sobre la compra de material serían aún mayores.
275. Lo anterior debe ser tomando en cuenta. El análisis realizado por las denunciantes considera un financiamiento máximo de siete (7) años para prestar servicios en una concesión otorgada a Fetrans por un plazo de treinta (30) años. Tomando en cuenta dicho plazo, es posible que un tercero obtenga un financiamiento por un plazo mayor a siete (7) años, lo cual reduciría los costos anuales e incrementaría la rentabilidad de una empresa entrante.
276. De esta manera, ambos análisis demuestran que es factible y rentable el ingreso de un potencial operador a través de la adquisición de material tractivo y rodante. Ello es aún más claro si se toman en cuenta las observaciones de Apoyo Consultoría al análisis de rentabilidad de la GEE.
277. Al respecto, para su análisis, la GEE asumió que el nuevo operador ingresaría al Ferrocarril Sur Oriente para prestar todos los servicios que a la fecha prestaba Perurail, es decir, los servicios turísticos y el servicio social. Como ha señalado Perurail, existen subsidios cruzados entre dichos servicios, debido a que el servicio social no resulta rentable. Así, en caso Fersimsac decidiera ingresar prestando únicamente servicios turísticos, los resultados obtenidos en los análisis antes descritos serían aún más favorables para el ingreso a través de la adquisición del material tractivo y rodante.
278. Ahora bien, la posibilidad de adquirir material tractivo y rodante para prestar el servicio de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente no era solo teórica, pues Perurail adquirió dicho material para ampliar sus servicios.

<sup>131</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 162. Fojas 318.

279. En efecto, como se puede apreciar de la Factura No. 0001 - 00000079 de fecha 25 de julio de 2005, Perurail adquirió de la empresa Tracfer S.A. una locomotora ALCO RSD 35 (DL 535) por el valor de US\$ 526,984.00. Asimismo, mediante Carta No. 55-GL-2004/FETRANS, en respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta No. 079-2004/CLC-INDECOPI<sup>132</sup>, Perurail comunicó a la Secretaría Técnica la relación de material tractivo y rodante adquirido desde el año 1999.
280. En consecuencia, la adquisición y el alquiler del material tractivo y rodante eran alternativas válidas y disponibles para que Fersimsac ingrese a prestar servicios de transporte de pasajeros y carga en el Ferrocarril Sur Oriente.

### **Adaptación de material tractivo y rodante con características distintas al Ferrocarril Sur Oriente para su posterior acondicionamiento**

281. Como señalamos, un aspecto controvertido en el Expediente está relacionado con la disponibilidad de material tractivo y rodante con las características del Ferrocarril Sur Oriente. A decir de la Secretaría Técnica, *“las particularidades técnicas del Ferrocarril Sur Oriente (trocha angosta) restringen el número de fuentes reales de aprovisionamiento”*<sup>133</sup>. Sin embargo, Fetrans y Perurail alegaron que el mercado de producto no debería limitarse al material tractivo y rodante según las características del Ferrocarril Sur Oriente, sino el material tractivo y rodante en general, incluyendo la trocha ancha y/o métrica.
282. Al respecto, la autoridad de competencia descartó dicha posibilidad y cualquier opción de compra o alquiler, debido a que las condiciones en las cuales Fetrans adquirió el material tractivo y rodante -costo cero- le permitirían realizar estrategias que desincentivarían el ingreso de nuevos operadores.
283. Sin perjuicio de desarrollar posteriormente el análisis sobre la posición adoptada por la autoridad de competencia ante las alegaciones de Fetrans y Perurail de incorporar como sustituto el material tractivo y rodante de trocha ancha y/o métrica, la autoridad de competencia debió analizar si los costos de acondicionar dicho material a las características del Ferrocarril Sur Oriente hacían factible el ingreso de un potencial operador al Ferrocarril Sur Oriente.
284. En primer lugar, si bien las características del Ferrocarril Sur Oriente efectivamente reducían la oferta de material tractivo y rodante que cumpla con las características del Ferrocarril Sur Oriente, la evidencia documental en el Expediente sí permite concluir que es técnicamente posible adaptar material de trocha ancha y/o métrica a las características del Ferrocarril Sur Oriente.
285. Al respecto, de acuerdo con el Memorando del 17 de febrero de 2005<sup>134</sup>, la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (en adelante, ALAF) afirmó que *“la transformación de material rodante (locomotoras, vagones o coches de pasajeros) de trochas anchas mayores a trocha 914 mm, es técnicamente factible”*. Es más, según ALAF en caso se desee prestar servicios en el Ferrocarril Sur Oriente

<sup>132</sup> Al respecto, la Secretaría Técnica solicitó a Perurail indicar si había adquirido material tractivo y rodante desde 1999 al 2004 y, de ser el caso, indicar (i) tipo de material adquirido; (ii) fecha de adquisición; (iii) monto pagado; (iv) nombre y ubicación del proveedor; (v) años de antigüedad; (vi) lugar y tipo de uso anterior a la compra; (vii) costos de transporte; (viii) costos de nacionalización; (ix) costos de adaptación para la puesta en servicio; (x) costos de reparación para la puesta en servicio; (xi) tipo de adaptación o reparación para la puesta en servicio; y, (xii) tipo de servicio que desempeña actualmente.

<sup>133</sup> Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 329. Fojas 565.

<sup>134</sup> Memorando del 17 de febrero de 2005. Fojas 1550.

*“resultaría factible ubicar material usado en la trocha métrica (1.000 mm), ya que es una trocha más difundida tanto en Europa como en Latinoamérica y en ese caso la conversión requerirá de menores adaptaciones”.*

286. En segundo lugar, los costos derivados de adaptar el material a las características del Ferrocarril Sur Oriente no eliminan la compra o alquiler de material tractivo y rodante de trocha ancha y/o métrica como una alternativa válida. Ello sería constatado con la adquisición de Fetrans de material rodante de trocha métrica para posteriormente adaptarlo a las características del Ferrocarril Sur Oriente.
287. En efecto, mediante Carta No. 147-GL-2003/FETRANS del 10 de julio de 2003, Fetrans comunicó al MTC la adquisición de seis coches de Singapur de trocha métrica para prestar el servicio de lujo denominado Hiram Bingham. En dicha carta, Fetrans solicitó al MTC se efectúen las pruebas de suficiencia y seguridad para que dichos coches puedan prestar servicios en el Ferrocarril Sur Oriente.
288. Luego de la evaluación por parte del MTC, mediante el Oficio No. 692-2004-MTC/14, la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del Ministerio de Transportes y Comunicaciones comunicó a Perurail lo siguiente:

*“Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia, remitido por la empresa Ferrocarril Transandino S.A. a fin de comunicarle que en la inspección efectuada el 01.0.04 en la ciudad del Cusco, **se ha verificado la instalación de ejes especiales para la trocha 914 mm. en cada uno de los coches 9003, 9004 y 90006 de propiedad de su representada, quedando así levantada la única observación hasta entonces pendiente sobre los mismos.***

*En tal sentido, por el presente **se autoriza la puesta en servicio de los coches**, en virtud de haber cumplido satisfactoriamente las pruebas de suficiencia y seguridad a que se refiere el artículo 451 del Reglamento General de Ferrocarriles”<sup>135</sup>. [Énfasis agregado]*

289. Como se puede apreciar, la adquisición y posterior adaptación de material tractivo y rodante para prestar servicios en el Ferrocarril Sur Oriente es técnica y económicamente factible. Asimismo, considerando que los costos involucrados en el arrendamiento son menores a los costos de adquisición, también constituiría una alternativa válida alquilar el material tractivo y rodante de trocha métrica u otro tipo para posteriormente adaptarlo a las características del Ferrocarril Sur Oriente.

**El ingreso con material tractivo y rodante propio como una alternativa válida es confirmada: el ingreso de nuevos operadores**

290. Como he señalado en los párrafos precedente, la adquisición de material tractivo y rodante es una alternativa viable pues ello ya ha sucedido en el pasado. Perurail adquirió una locomotora, así como coches que posteriormente fueron adaptados para prestar servicios en el Ferrocarril Sur Oriente. Sin perjuicio de ello, la viabilidad de dicha alternativa fue confirmada con las solicitudes de permisos de operación presentadas por dos empresas en el año 2007.
291. En efecto, en el Expediente consta la solicitud para el otorgamiento de permiso de operación presentada por Andean Railways Corp. S.A.C. el 12 de abril de 2007. Dicha solicitud fue posteriormente subsanada el 23 de abril de 2007. Así, en el

---

<sup>135</sup> Oficio No. 692-2004-MTC/14 del 12 de julio de 2004. Fojas 1284.

escrito de subsanación presentado por Andean Railway Corp. S.A.C., se adjuntó la relación del material tractivo y rodante que utilizaría dicha empresa, como se puede observar a continuación:

**RELACIÓN DEL MATERIAL RODANTE QUE PRESTARÁ SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO Y SUS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS**  
(Artículo 106°, literal k, del Reglamento nacional de Ferrocarriles)

Se tiene previsto que el servicio de transporte de pasajeros será prestado con dos (02) juegos de unidades múltiples (UM) conformadas cada una por dos (02) unidades autopropulsadas y dos (02) unidades remolcadas, todas ellas nuevas, fabricadas especialmente para Andean Railway en los Estados Unidos de América, con las siguientes características técnicas.

Ministerio del Transporte y Comunicaciones  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles  
CERTIFICADO: Que el presente documento es copia fiel del original.

292. Como se puede observar, la solicitud presentada por Andean Railways Corp. S.A.C. claramente señalaban que dicha empresa había encargado la fabricación de material tractivo y rodante para prestar servicios de transporte de pasajeros en el Ferrocarril Sur Oriente. Considero que ello debería ser prueba suficiente del interés por parte de potenciales operadores de ingresar a operar en el Ferrocarril Sur Oriente, incluso adquiriendo su propio material. Cabe señalar que el ingreso de Andean Railways Corp. S.A.C. se haría efectivo en el último trimestre del 2009<sup>136</sup>.
293. En ese mismo año, también ingresaría al Ferrocarril Sur Oriente la empresa Inca Rail S.A., la cual posteriormente se integraría con Andean Railways<sup>137</sup>. Cabe señalar Inca Rail S.A. también ingreso con material tractivo y rodante propio, de manera que su ingreso permite corroborar que la compra de dicho material era una alternativa válida para ingresar al Ferrocarril Sur Oriente.

**Sobre la teoría del costo cero y su implicancia en la definición del mercado producto**

294. En opinión de la autoridad de competencia, las alternativas para que un nuevo operador ingrese al Ferrocarril Sur Oriente se reducirían únicamente al alquiler del material concesionado a Fetrans, debido a que Fetrans adquirió el material tractivo y rodante a costo cero.
295. La posición de la autoridad de competencia plantea dos interrogantes: (i) ¿qué nivel de precios debe ser considerado para definir la sustituibilidad de los productos?, y (ii) ¿Fetrans adquirió el material tractivo y rodante a costo cero?
296. La respuesta a la primera interrogante tiene una importancia gravitante en la definición del mercado producto, en tanto el precio es un factor fundamental en el análisis de sustituibilidad. Identificar de manera incorrecta el precio a utilizar en la definición del mercado de producto podría tener como consecuencia incluir o descartar sustitutos adecuados.

<sup>136</sup> Memoria Anual 2018 - Inca Rail S.A.  
"Andean Railways operará ruta ferroviaria Cusco - Machu Picchu".  
Disponible en: <https://larepublica.pe/economia/415738-andean-railways-operara-ruta-ferroviaria-cusco-machu-picchu/>

<sup>137</sup> Memoria Anual 2018 - Inca Rail S.A.  
"(...) Luego de un proceso de negociaciones directas, en el 2009 ingresaron como operadores ferroviarios Inca Rail y Andean Railways. En el 2013, ambas empresas se fusionaron con el fin de aumentar la participación de horarios así poder enfrentar de manera más competitiva a PeruRail".

297. En tal sentido, para la definición de mercado de producto se debería considerar un precio competitivo. Al respecto, el profesor Motta señala lo siguiente:

***“El uso del test SSNIP presenta algunas dificultades cuando se va a utilizar en investigaciones sobre casos distintos a fusiones. (...) En este caso, un paso preliminar en la investigación es establecer si dicha empresa es dominante, es decir, si tiene suficiente poder de mercado. Pero en tal caso, la prueba de definición de mercado apropiada no debería preguntar si un monopolista hipotético puede aumentar los precios de una manera pequeña pero significativa en relación con los precios actuales, sino más bien en relación con los precios competitivos. (...) La prueba SSNIP podría conducir a una definición de mercado demasiado amplia, lo que a su vez podría conducir a un cálculo de pequeñas cuotas de mercado y a un hallazgo de que la empresa investigada no cuenta con posición de dominio”***<sup>138</sup>. [Énfasis agregado]

298. En ese mismo sentido, usar de referencia un precio muy por debajo de un precio competitivo tendría como consecuencia acotar demasiado el mercado, incrementando la participación de mercado de la empresa investigada y, en base a ello, concluir que tiene posición de dominio. Esto fue precisamente lo que hizo la autoridad de competencia.
299. Independientemente de si el material tractivo y rodante fue adquirido a costo cero por Fetrans, el análisis de la autoridad de competencia debió tomar como referencia un precio competitivo respecto del alquiler de material tractivo y rodante, el cual comprendería material de trocha angosta, métrica y ancha. Ahora bien, incluso si no se tomase como referencia ello, el precio del alquiler de material entre Fetrans y Perurail es una referencia que puede ser tomada en cuenta para el análisis. Fetrans no tiene incentivos para incrementar el precio del alquiler a Perurail, pues ello supondría que tendría que pagar una mayor retribución al Estado.
300. Respecto a la segunda pregunta, Fetrans no adquirió el material tractivo y rodante a costo cero, como ha sido señalado en la sección anterior del presente informe. Fetrans se encuentra obligado a cumplir estándares de seguridad respecto al material tractivo y rodante, cuyo cumplimiento ha significado realizar inversiones. Asimismo, Fetrans debe efectuar pagos al Estado por el concepto de Retribución Especial. De esta manera, para poder utilizar el material tractivo y rodante, Fetrans sí ha incurrido en costos y ha efectuado pagos.

**La supuesta estrategia de reducción de precios para definir mercado relevante: analizando posición de dominio sin mercado relevante**

301. De acuerdo con el marco teórico desarrollado, para identificar si una empresa cuenta o no con posición de dominio se suele evaluar la competencia potencial que dicha empresa enfrenta. Para ello, entre otros aspectos, se analizan las barreras como estrategias de precios que podrían desarrollar las empresas para

---

<sup>138</sup> MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 105. *“The use of the SSNIP test presents some difficulties when it is to be used in non-merger investigations. (...) In this case, a preliminary step in the investigation is to establish whether such a firm is dominant at all, that is if it has sufficient market power. But in such case, the appropriate market definition test should not ask whether a hypothetical monopolist can increase prices in a small but significant way relative to current prices, but rather relative to competitive prices. (...) The SSNIP test might lead to a too-wide market definition, which in turn might lead to a calculation of small market shares, and to a finding of no dominance, for the firm under investigation”*.

disuadir a potenciales competidores de ingresar al mercado. Una barrera estratégica usualmente analizada en el establecimiento de precios límite, que consiste en fijar precios a un nivel que dificulte recuperar la inversión que un potencial competidor realizaría en caso decida ingresar al mercado<sup>139</sup>.

302. Lo anterior ha sido señalado por la Secretaría Técnica, pues alegó que Fetrans podría implementar una estrategia de reducción de precios con la finalidad de eliminar los incentivos de potenciales competidores<sup>140</sup>. Sin embargo, este tipo de estrategias importan cuando la empresa tiene tal posición en el mercado que efectivamente puede disuadir a potenciales competidores. Es decir, es necesario analizar dicha estrategia en un determinado mercado relevante.
303. No obstante, las afirmaciones de las denunciantes no tienen ningún mercado relevante de referencia, precisamente porque está utilizando un análisis de barreras de entrada propio de la definición de posición de dominio para determinar un mercado relevante.
304. El error metodológico de la autoridad de competencia en el análisis de mercado relevante tuvo como consecuencia acotar el mercado relevante de manera tal que ninguna empresa, además de Fetrans, podría participar en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante.

#### ▪ **El mercado geográfico**

305. Para definir el mercado relevante, es necesario tomar como punto de partida la Región del Cusco, en tanto Fersimsac desea prestar servicios de transporte de ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente que se encuentra en dicha región y porque el material tractivo y rodante solicitado por dicha empresa a Fetrans se encuentra también en la mencionada región.
306. Debido a que la autoridad de competencia asumió que Fetrans adquirió el material tractivo y rodante a costo cero, cualquier alternativa quedó descartada. Sin embargo, antes de considerar dicho supuesto, la Secretaría Técnica analizó las fuentes alternativas a Fetrans para el alquiler de material tractivo y rodante. Sobre ello, señaló que *“de la información proporcionada por el MTC, Ositrán, Fetrans, Perurail, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi y otros en el marco de la investigación preliminar, no se observa la existencia de un mercado de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el Ferrocarril Sur Oriente, a excepción del material otorgado en concesión a Fetrans (arrendado a Perurail)”*<sup>141</sup>.
307. Al respecto, aun considerando solamente el alquiler del material, los medios probatorios aportados por las partes en el Expediente permiten acreditar que,

---

<sup>139</sup> American Bar Association, Section of Antitrust Law. *Market Power Handbook. Competition law and economic foundations*. Chicago: American Bar Association, 2005, p. 131

*“Limit pricing is a long-run profit maximization strategy where a firm lowers its prices in an effort to deter entry and preserve higher profits over the long run. In essence, an incumbent keeps prices artificially low to make entry unattractive. In an extreme form, limit pricing strategies involve prices that entirely discourage entry by making entrants believe that entry would be unprofitable”.*

<sup>140</sup> Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 231. Fojas 1947.

*“En ese escenario, que no existirían incentivos para que un potencial operador pretendiera entrar al Ferrocarril Sur Oriente adquiriendo su propio material tractivo y rodante, toda vez que la empresa establecida (Perurail) podría disminuir significativamente sus precios, igualándolos al costo de prestar el servicio de transporte (costo marginal), lo que haría irrecuperable la inversión inicial en la adquisición de material tractivo y rodante por parte de cualquier competidor potencial”.*

<sup>141</sup> Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 343. Fojas 470.



aunque limitada, existía oferta de alquiler de material tractivo y rodante, según las características del Ferrocarril Sur Oriente.

308. En primer lugar, se debe tener en cuenta la información aportada por Apoyo Consultoría en su primer informe. En dicho documento se puede apreciar una larga relación de rieles de trocha angosta alrededor del mundo (aproximadamente 83 rieles de trocha angosta). De manera que existía un importante número de potenciales fuentes de aprovisionamiento de material tractivo y rodante para el Ferrocarril Sur Oriente, aunque reducida en comparación con los rieles de trocha ancha.
309. Sin perjuicio de la relevancia de la relación proporcionada por Apoyo Consultoría, esta no representa el total de las fuentes de aprovisionamiento. Ello en la medida que la lista no permite apreciar si en dichos rieles existe material tractivo y rodante disponible para que sea arrendado. En el análisis de mercado geográfico es necesario determinar no solo si existen fuentes de aprovisionamiento alternativas, sino si dichas fuentes efectivamente cuentan con la disponibilidad para atender los requerimientos del agente económico denunciante.
310. De esta manera, para delimitar el mercado geográfico, las fuentes alternativas de aprovisionamiento que sean consideradas deben contar con material disponible para ser arrendado. Para ello es útil el Memorando de ALAF<sup>142</sup>, en el cual señalan lo siguiente:

*“Considerando que la trocha angosta en Perú es la trocha yárdica (914 mm.) y al no ser esta trocha común en los ferrocarriles de Europa, que son quienes pudieran tener alguna disponibilidad de sobrantes, en nuestra opinión la búsqueda debería centralizarse principalmente en algunos países centroamericanos que por racionalización o cese, posean excedentes de material que pueda interesar de acuerdo a su costo y estado”.*
311. De esta manera, incluso considerando solamente la alternativa de alquiler, el mercado geográfico debería comprender, por lo menos, Centroamérica. Ahora bien, siguiendo esa misma premisa, es posible alquilar material de trochas de características distintas para que posteriormente sean adaptadas al Ferrocarril Sur Oriente. En ese supuesto, el mercado geográfico también comprende Europa y Latinoamérica. Ello en tanto ALAF señaló que *“también resultaría factible ubicar material usado en la trocha métrica (1.000 mm.), ya que es una trocha más difundida tanto en Europa como en Latinoamérica y en ese caso la conversión requerirá menores adaptaciones”*<sup>143</sup>.
312. Ahora bien, si tomamos en cuenta la correcta definición de mercado de producto, las fuentes alternativas de aprovisionamiento de material tractivo y rodante se amplían considerablemente. El mercado geográfico en principio sería de alcance mundial y comprendería no solo a las empresas que actualmente cuentan con material tractivo y rodante, sino también a los fabricantes de dicho material.
313. Al respecto, en la Carta No. 11-GL-2004/PR, Perurail comunicó a la Secretaría Técnica una relación de proveedores de Estados Unidos, España, Canadá, Argentina, Alemania y Brasil. Adicionalmente, considerando la adquisición de

---

<sup>142</sup> Memorando del 17 de febrero de 2005. Fojas 1550.

<sup>143</sup> Memorando del 17 de febrero de 2005. Fojas 1550.



material tractivo y rodante de Singapur, los productores de Asia también podrían ser considerados dentro del mercado relevante.

314. Finalmente, corresponde identificar cuál es el alcance del mercado geográfico. Si bien podrían existir fuentes de aprovisionamiento a nivel mundial, estas se verán limitadas en función a los costos asociados al transporte del material hacia el Ferrocarril Sur Oriente. Sobre este punto, es importante señalar que los costos de transporte tendrán una mayor relevancia según la proporción de estos con el valor del bien materia de análisis. Mientras mayor sea el valor del bien, menor incidencia tendrán los costos de transporte en la definición de mercado relevante. Incluso podría llegarse a la conclusión de que estamos frente a un mercado geográfico de alcance mundial. Sobre ello, el profesor Motta ha señalado lo siguiente:

*“En algunas situaciones, estas consideraciones harán que la extensión geográfica del mercado sea muy pequeña. Considere, por ejemplo, una fusión entre minoristas de alimentos en una ciudad determinada. No tendría mucho sentido definir el mercado más allá de las fronteras de la ciudad, ya que los costos de transporte (que en este caso incluyen el tiempo que invierten los consumidores en viajar a una tienda) evitarían que la mayoría de los ciudadanos vaya a las ciudades vecinas para hacer sus compras.*

*En el otro lado del espectro, hay mercados que se definen correctamente como globales. Un ejemplo de ello son los mercados de aviones, donde el costo de transporte es irrelevante en relación con sus precios”*<sup>144</sup>.  
[Énfasis agregado]

315. Dadas las características del material tractivo y rodante, este es un bien de lato valor. Considerando que el precio del material tractivo estaría en un rango de US\$ 1 420,000.00 y US\$ 2 700,000.00, la incidencia de los costos de transporte al delimitar el mercado geográfico se ve reducida. De esta manera, el mercado geográfico tendría un alcance mundial.
316. Ahora bien, para acreditar ello es posible utilizar información histórica sobre la adquisición de material tractivo y rodante. En primer lugar, se debe tomar en cuenta la adquisición de coches (material rodante) de Singapur realizada por Perurail. Singapur se encuentra, aproximadamente, a unos 18,572 km de distancia. Asimismo, se puede apreciar de las comunicaciones enviadas por Andean Railways Corp. S.A.C. que dicha empresa habría adquirido su material de Estados Unidos, ubicado a 6,281 km.
317. Si consideramos la distancia entre Cusco y Singapur como un radio, dentro del mercado geográfico se encontrarían, por lo menos, todas las fuentes alternativas a nivel mundial. Si consideramos la distancia entre Cusco y Estados Unidos, en el mercado geográfico se encontrarían también Latinoamérica, Centroamérica y otros países de Norteamérica.
318. De esta manera, el mercado geográfico debe comprender todos los productores o potenciales arrendadores de América, Asia (Singapur) y Europa (Alemania y España).

---

<sup>144</sup> MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 115.  
*“In some situations, these considerations will make the geographic extent of the market very small. Consider for instance a merger between food retailers in a given city. It would make little sense to define the market beyond the city borders, as transportation costs (which in this case include time spent by consumers travelling to a shop) would prevent most citizens from going to neighboring cities to do their shopping. At the other side of the spectrum, there are markets which are correctly defined as global. A case in point is markets for aircraft, where transportation cost are irrelevant relative to their prices”.*

### iii. ¿Fetrans cuenta con posición de dominio?

319. Como se ha demostrado, el mercado relevante debe ser definido como el aprovisionamiento (compra o alquiler) de material tractivo y rodante de trocha angosta, métrica o ancha en América, el Oeste de Europa y el Sur de Asia.
320. Considerando el mercado relevante, la participación de Fetrans es mínima. El volumen de ferrocarriles en Estados Unidos y Europa representa la mayor proporción o cuota de mercado en el mercado relevante. De esta manera, Fetrans no tiene la magnitud suficiente como para afectar las condiciones de competencia en el mercado relevante.
321. De esta manera, se concluye que Fetrans no cuenta con posición de dominio en el mercado relevante.

### C. ¿El principio de equidad previsto en el Contrato de Concesión es aplicable al material tractivo y rodante?

322. El principio de equidad se encuentra previsto en la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión:

*“7.6. Equidad en Servicios. El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conducta que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato”.*

323. Como se puede apreciar, en la cláusula citada se establece tanto el principio de no discriminación, propio de las concesiones sobre infraestructura, como la aplicación de las normas de libre competencia. En tal sentido, desarrollaré un marco teórico sobre la aplicación de regulación frente a las normas de libre competencia, en base al cual posteriormente determinaré si resulta aplicable o no el principio de equidad o no discriminación.

### i. Regulación económica y libre competencia: reglas de supletoriedad

324. De acuerdo con la Constitución Política, el Estado facilita la libre competencia y combate toda práctica que la limite, así como también el abuso de posición de dominio<sup>145</sup>. En tal sentido, el Estado busca promover la libre competencia en todos los sectores de la economía, salvo en aquellos donde ello no es posible o no resulta ser eficiente, siempre con miras hacia el bienestar del consumidor.

---

<sup>145</sup> Constitución Política del Perú,  
“Artículo 61.-

*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.*

325. Ello sucede en mercados donde no es óptimo contar con más de un proveedor debido a los costos de producción, como es el caso de la provisión de agua y saneamiento, el alumbrado público, entre otros. Estos casos suelen ser catalogados como monopolios naturales:

*“Una actividad productiva, en sentido amplio, es monopolio natural cuando una única empresa ofertante presenta costos medios de largo plazo decrecientes en todo el rango de producción (...). Para decirlo de otra manera, una actividad es monopolio natural cuando una única empresa en el mercado minimiza, para la sociedad, el costo total de suministrar una cantidad dada de producto”*<sup>146</sup>. [Énfasis agregado]

326. En atención a ello, las normas de libre competencia son desplazadas por la regulación. Al respecto, Gaspar Ariño señala que la regulación *“condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos de actuación a los agentes económicos”*<sup>147</sup>. No obstante, no toda regulación desplaza las normas de libre competencia<sup>148</sup>.

327. En efecto, las normas de libre competencia serán de aplicación supletoria en los casos donde existe regulación económica. Al respecto, la Sala ha señalado lo siguiente:

*“Cuando estamos frente a un monopolio natural, la competencia no es posible, por lo que el Estado interviene para crear artificialmente condiciones de competencia. Esta es la particularidad de la regulación económica. Es un conjunto de instrumentos de política pública que, ex ante, busca simular condiciones de competencia en un mercado donde, en principio, la competencia no es posible.*

*(...)*

*El principio de supletoriedad aludido por la Comisión implica desplazar las políticas de competencia sólo frente a la regulación económica; es esta clase de regulación la única que puede primar sobre la ley de defensa de la competencia en su objetivo de corregir las restricciones monopólicas en un mercado”*<sup>149</sup>.

328. Lo anterior es reconocido por el Reglamento General de OSITRAN en su artículo 11:

*“Artículo 11.- Principio de Supletoriedad.*

*Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o reguladoras que dicte el OSITRAN en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSITRAN”.* [Énfasis agregado]

329. Como se puede apreciar, la aplicación de regulación económica y las normas de libre competencia son excluyentes. Así lo entendió OSITRAN:

<sup>146</sup> AMADOR CABRA, Luis Eduardo y Néstor RUBIANO. *Un análisis de microeconomía aplicada al servicio urbano de aseo ¿monopolio natural o libre competencia?* En Revista de Derecho y Economía No. 20, octubre 2004, p. 33.

<sup>147</sup> ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 50.

<sup>148</sup> Resolución No. 0004-2008/TDC-INDECOPI

*“(...) la Sala considera que no cualquier regulación puede desplazar la aplicación de las políticas de competencia en su objetivo de proteger el proceso competitivo”.*

<sup>149</sup> Resolución No. 0004-2008/TDC-INDECOPI

*“6. Servicios e infraestructura no calificadas como facilidad esencial*

***En el caso de infraestructura no calificada como facilidad esencial, el acceso se determina por el acuerdo al que lleguen las partes, siendo de aplicación, en lo que resulte pertinente, las normas de libre competencia”<sup>150</sup>. [Énfasis agregado]***

330. En conclusión, la regulación económica solamente es aplicable cuando las características propias del mercado hacen ineficiente la existencia de más de un proveedor de servicios, es decir, ante mercados con características de monopolio natural. Por el contrario, si es posible que un determinado servicio sea prestado por más de un proveedor y en efecto se aplican normas de libre competencia, la regulación económica no tiene espacio.

**ii. Sobre las competencias de OSITRAN e INDECOPI y los contratos de concesión**

331. Como se ha visto, cuando no sea posible que existan condiciones de competencia, la regulación sectorial establecerá el marco regulatorio necesario para el adecuado funcionamiento del mercado. Ello implica necesariamente que las normas de libre competencia serán de aplicación supletoria.

332. No obstante, existen ámbitos en los cuales la actividad del regulador (OSITRAN) y la autoridad de competencia (INDECOPI) coincidirán, estando ambos facultados legalmente para realizar tales labores. Nos referimos específicamente a la interpretación de contratos de concesión sectoriales.

333. Por un lado, de acuerdo con el artículo 7.1 inciso e) de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley No. 26917 establece que entre las funciones de OSITRAN se encuentra el interpretar los títulos en virtud de los cuales los concesionarios realizan sus actividades, es decir, los contratos de concesión. Por otro lado, el artículo 5 inciso d) establece como objetivos de OSITRAN el fomentar y preservar la libre competencia, lo deberá ser realizado en estrecha coordinación con INDECOPI. Ello pues dicha entidad es la encargada de investigar y sancionar conductas contrarias a la libre competencia, siendo que en dicha labor podrá interpretar el contenido de los contratos de concesión.

334. De esta manera, nos encontramos frente a dos entidades que pueden interpretar el contrato de concesión. Sobre ello, surgen dos interrogantes: (i) ¿existe un conflicto de competencia?, y (ii) ¿es posible que existan dos infracciones derivadas del incumplimiento del contrato de concesión?

335. Respecto a la primera interrogante, un conflicto de competencia existe cuando dos órganos administrativos se atribuyen la competencia para conocer un caso particular. De acuerdo con la LPAG<sup>151</sup>, este conflicto puede ser positivo, cuando dos entidades buscan conocer un asunto, o puede ser negativo, cuando ninguno de los órganos se considera competente para conocer un caso particular.

336. En este caso, si bien en el ejercicio de sus facultades ambas entidades podrían interpretar el contrato de concesión, ello no significa que estamos frente a un conflicto de competencia. La única entidad facultada legalmente para interpretar

<sup>150</sup> Exposición de Motivos del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Decreto Supremo No. 010-2001-PCM.

<sup>151</sup> Artículo 83 y 84 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444.

los contratos de concesión es OSITRAN. Esta interpretación no solo será vinculante para el concesionario, sino también para las demás entidades administrativas, incluyendo el INDECOPI. La interpretación del contrato de concesión realizada por INDECOPI tiene como único propósito la aplicación de las normas de libre competencia.

337. En segundo lugar, sí es posible que existan dos infracciones derivadas de un mismo hecho: el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión.
338. En efecto, el artículo 6 de la Ley No. 26917, la atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de imponer sanciones por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. Estos incumplimientos pueden versar sobre distintos temas como incumplimiento del nivel de servicio o productividad, cobro indebido de tarifas, seguridad en la explotación de la concesión, entre otros.
339. Por otro lado, en caso estos incumplimientos puedan tener como efecto la contravención de las normas de libre competencia, el concesionario podría ser sancionado. Así lo ha dispuesto el Contrato de Concesión.
340. De esta manera, estaremos frente a dos posibles sanciones derivadas de un solo hecho. No obstante, ello no significa que estemos frente a un supuesto de doble sanción.
341. De acuerdo con el artículo 230 numeral 10, no se puede imponer una sanción administrativa por el mismo hecho cuando se aprecia la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Sobre este último punto, el Tribunal Constitucional ha señalado que es el más importante con respecto al principio de *ne bis in idem*:

*“Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”<sup>152</sup>.*

342. De esta manera, no estaremos frente a la vulneración del principio de *ne bis in idem* en caso el fundamento de las sanciones tenga como finalidad proteger bienes jurídicos distintos. En el caso de OSITRAN, este es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de los contratos, cautelando los intereses del Estado. Por otro lado, el INDECOPI tiene como finalidad preservar la libre competencia.
343. Ello tiene como consecuencia que nos encontremos frente a un concurso de infracciones. Al respecto, el artículo 230 inciso 6 de la LPAG señala que cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.
344. En consecuencia, aunque ambas entidades pueden interpretar el contrato y derivar consecuencias jurídicas a partir de ello, no significa que nos encontremos frente un conflicto de competencia entre estas entidades o frente a una vulneración del principio de *ne bis in idem*.

---

<sup>152</sup> Sentencia recaída en el Expediente No. 2050-2002-AA/TC, fundamento 19.

**iii. Sobre la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión y su aplicación al material tractivo y rodante**

345. A partir de la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión se pueden extraer dos disposiciones. Por un lado, la aplicación del principio de equidad, propio de la regulación económica, tiene como finalidad regular condiciones de competencia, como el acceso a la vía férrea y la tarifa por uso de vía, dos aspectos sujetos a regulación por parte de OSITRAN. Por otro lado, la aplicación de las normas de libre competencia a las operaciones de Fetrans en el marco de los derechos y obligaciones establecidos en el Contrato de Concesión.
346. Si bien es posible que se apliquen consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho (incumplimiento del Contrato de Concesión e infracción a las normas de libre competencia), ello no significa que la regulación económica y las normas de libre competencia puedan ser aplicadas de manera concurrente. En efecto, la regulación económica o las normas de libre competencia serán aplicables en función a las características de los bienes o servicios analizados, así como la calificación que el regulador les haya otorgado.
347. Por ejemplo, el aplicar tarifas distintas para el arrendamiento de material tractivo y rodante podrá tener consecuencias jurídicas distintas en función a la calificación que reciba por parte del regulador. Si este bien es calificado como facilidad esencial, ello significaría que esta es exclusivamente provisto por un único o limitado número de proveedores y que no es factible de ser sustituida. En tal sentido, no existe competencia posible y, por tanto, son aplicables únicamente las disposiciones regulatorias correspondientes.
348. Por otro lado, si el mencionado bien no es calificado como una facilidad esencial, ello significa que el regulador ha considerado que existe competencia en dicho mercado, por lo que no amerita su intervención a través de mecanismos regulatorios. Ello significa que será aplicable la norma de libre competencia.
349. Como ha sido desarrollado, es claro que existe competencia en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante. De acuerdo con la definición de mercado relevante realizada previamente, existen diversos proveedores para arrendar y/o adquirir dicho material. Ello significa que la competencia existe y, por tanto, no corresponde regular dicho mercado ni aplicar disposiciones propias de la regulación económica.
350. Por otro lado, el material tractivo y rodante no está sujeto a regulación por parte de OSITRAN. Como se sabe, la regulación aplicada por OSITRAN tiene como finalidad simular condiciones de competencia en aquellas instalaciones o infraestructuras y servicios que tienen la condición de facilidad esencial, por no ser posible en estas la competencia. *Contrario sensu*, donde no exista regulación, OSITRAN ha considerado que existe algún grado de competencia.
351. De acuerdo con el Anexo No. 2 del REMA, para el caso de ferrocarriles, se consideran facilidades o servicios esenciales los siguientes:

<b>Infraestructura esencial</b>
Línea férrea.
Patios de maniobras.
Estaciones de carga y descarga de mercancías.
Estaciones de embarque y desembarque de pasajeros
Desvíos
<b>Servicios esenciales</b>
Uso de vía
Movilización de carga
Embarque y Desembarque de pasajeros

352. Como se puede apreciar, OSITRAN no consideró el material tractivo y rodante como una facilidad esencial. Ello no varió durante todo el procedimiento, siendo OSITRAN competente para determinar qué infraestructura o bienes son considerados facilidades esenciales.
353. En consecuencia, es posible concluir que el principio de equidad no es aplicable al servicio de alquiler de material tractivo y rodante, encontrándose sujeto a las normas de libre competencia.

#### **D. ¿Correspondía admitir la apelación de OSITRAN?**

354. Al respecto, OSITRAN se apersonó ante la Comisión y apeló la Resolución No. 064-2006-INDECOPI/CLC. Sin embargo, esta apelación fue desestimada puesto que ya había transcurrido el plazo para apelar y porque OSITRAN no era parte del procedimiento administrativo. Ante ello, OSITRAN interpuso un recurso de queja.
355. Mediante Resolución No. 1825-2006/TDC-INDECOPI, la Sala resolvió la queja presentada por OSITRAN y concedió el recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión de la Comisión.
356. Si bien no forma parte del presente Expediente, la Resolución No. 1825-2006/TDC-INDECOPI fue cuestionada mediante un recurso de amparo. Al respecto, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia emitida por el Noveno Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró la nulidad de la mencionada resolución. No obstante, no ha sido posible acceder a las sentencias, cabe hacer un análisis sobre la admisión a trámite de la apelación presentada por OSITRAN.

#### **i. Sobre las competencias de OSITRAN y el resguardo de la libre competencia**

357. De acuerdo con el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, el Estado facilita y vigila la libre competencia. Para ello, mediante el Decreto Legislativo No. 701 se designó al INDECOPI como la entidad encargada de investigar y sancionar las prácticas contrarias a la libre competencia<sup>153</sup>.
358. De esta manera, la protección de la libre competencia se encuentra a cargo del INDECOPI, independientemente del sector en el cual los hechos ocurran. Con el proceso de privatización y liberalización de la economía, determinados sectores pasaron a ser gestionados por empresas privadas, las cuales se encontraban sujetas a intensas regulaciones. Así sucedió en el sector de infraestructura de

<sup>153</sup> Posteriormente el Decreto Legislativo No. 1034, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y sus modificatorias también establecieron al INDECOPI como entidad encargada de la protección y promoción de la libre competencia.

transporte de uso público, siendo OSITRAN el encargo de supervisar y aplicar la regulación correspondiente.

359. En efecto, de acuerdo con el Reglamento General de OSITRAN, este tiene competencia para supervisar el uso de la infraestructura de transporte:

*“Artículo 19.- Competencia del OSITRAN.*

*El OSITRAN ejerce las funciones precisadas en el presente Reglamento sobre las actividades que involucran la explotación de la INFRAESTRUCTURA. Sin embargo, y de manera excepcional, podrá ejercer sus funciones normativa, reguladora, supervisora y de solución de controversias, sobre aquellas actividades o servicios que, por ser de titularidad o ser prestados por ENTIDADES PRESTADORAS o por empresas vinculadas económicamente a ellas, puedan afectar el adecuado funcionamiento de los mercados de explotación de INFRAESTRUCTURA”<sup>154</sup>. [Énfasis agregado]*

360. Como se puede apreciar, OSITRAN tiene potestades normativas, reguladora, supervisora y sancionadora en el sector de infraestructura de transporte de uso público, lo que comprende puertos, aeropuertos y vías ferroviarias. Estos sectores suelen estar sujetos a regulaciones intensas debido a que infraestructura cuya utilización es esencial para otros niveles de la cadena de producción.
361. Debido a ello, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que el regulador, OSITRAN, tenga entre sus funciones la promoción de la competencia en su sector:

*“Artículo 18.- Objetivos específicos del OSITRAN.*

*Dentro del marco del Objetivo General, son objetivos específicos del OSITRAN:*

*a. Promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios vinculados a la explotación de la INFRAESTRUCTURA”*

362. De esta manera, OSITRAN tiene entre sus funciones el promover la existencia de condiciones de competencia, además de sus funciones de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las regulaciones y de los contratos de concesión.
363. En tal sentido, siendo que OSITRAN es el órgano encargado de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de la regulación aplicable en los contratos de concesión e INDECOPI la autoridad encargada de sancionador conductas anticompetitivas, el ordenamiento ha previsto que el regulador pueda interponer denuncias en caso identifique indicios sobre conductas anticompetitivas en el ámbito de su competencia. Esta legitimidad se encuentre plasmada en el artículo 38 del Reglamento General de OSITRAN:

*“Artículo 38.- Denuncia ante Autoridades Competentes.*

*Si en el ejercicio de sus funciones, cualquier ORGANO DEL OSITRAN tuviera indicios de la comisión de una infracción, en los mercados de explotación de INFRAESTRUCTURA o en otros mercados conexos, a las normas cuya aplicación es de competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, el OSITRAN podrá actuar remitiendo la información respectiva o*

---

<sup>154</sup> Reglamento General de OSITRAN



***presentando una denuncia, teniendo en consideración la gravedad de los hechos y su habitualidad. La misma facultad le corresponderá en el caso de infracciones cuya decisión esté a cargo de otras autoridades***. [Énfasis agregado]

364. De igual manera, el artículo 52<sup>155</sup> del REMA establece que en el caso de negativa de acceso sobre infraestructura no esencial o no sujeta a las reglas del REMA, OSITRAN cuenta con legitimación activa para presentar las denuncias correspondientes ante el INDECOPI. Esta legitimidad también fue establecida en el Contrato de Concesión:

*“7.6. Equidad en Servicios.*

*(...)*

*Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el **Concedente como OSITRAN están legitimados para iniciar procedimiento ante INDECOPI**, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades*”. [Énfasis agregado]

365. Como se puede apreciar, OSITRAN tiene entre sus funciones el supervisar y promover las condiciones de competencia en el ámbito de su competencia, y, por tanto, se encuentra legitimado para presentar las denuncias correspondientes en cuanto identifique posibles infracciones a la libre competencia.

**ii. ¿Puede OSITRAN ser parte de un procedimiento administrativo a cargo de INDECOPI?**

366. Como se ha visto, OSITRAN se encontraba legitimado para presentar una denuncia por posibles infracciones a la normativa de libre competencia. No obstante, se podría alegar que ello no necesariamente significa que pueda participar como parte en el procedimiento administrativo.

367. Al respecto, consideramos que ello es incorrecto. El artículo 15 del Decreto Legislativo No. 701 establece que una investigación por infracciones a la libre competencia puede ser iniciado de oficio o a petición de parte. Asimismo, el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 701 le otorgó a la Secretaría Técnica la atribución de realizar investigaciones o indagaciones, ya sea de oficio o por mérito de una denuncia. Como se puede apreciar, el Decreto Legislativo No. 701 ha establecido la posibilidad de que cualquier tercero puede dirigirse a la autoridad de competencia a denunciar posibles infracciones.

368. No solo es posible que terceros presenten denuncias ante la autoridad de competencia, sino que estos pueden ser parte del procedimiento. El artículo 16 del Decreto Legislativo No. 701 establece que *“otras partes con interés legítimo pueden apersonarse en el procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes”*.

369. Esta condición de parte no excluye a las entidades administrativas. Por el contrario, ello será necesario cuando los propios intereses de la entidad lo

---

<sup>155</sup> Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia

*“Artículo 16.- El denunciado podrá contestar los cargos en un plazo de quince (15) días, ofreciendo las pruebas correspondientes. Durante este periodo, otras partes con interés legítimo pueden apersonarse en el procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes”*.

requieran o cuando sus competencias y funciones así se lo exijan. Al respecto, Morón señala lo siguiente:

*“Erróneamente suele identificarse al administrado con el ciudadano, porque si bien ello es lo común, la Administración Pública, algún funcionario, una autoridad e incluso un organismo pública puede también asumir el rol de “administrado” en cualquier relación jurídico-procedimental cuando se torne sujeto de una actuación pública (rol de subordinación) y tenga que actuar con interés propios en una actuación interadministrativa (por ejemplo, cuando un organismo desee obtener licencia de construcción, autorización de funcionamiento o sufra limitaciones municipales para el ejercicio de su derecho de propiedad, etc.)”<sup>156</sup>.*

370. Ello también resulta aplicable para los procedimientos administrativos sancionadores. El artículo 50 de la LPAG establece lo siguiente:

*“Artículo 50.- Sujetos del procedimiento  
Para efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo, se entiende por sujetos del procedimiento a:  
1. Administrados: la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. Cuando una entidad interviene en un procedimiento como administrado, se somete a las normas que lo disciplinan en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados”.*

371. De esta manera, el ordenamiento jurídico le permitía a OSITRAN ser parte del procedimiento administrativo sancionador. Ello le confería los mismos derechos que FETRANS, PERURAIL y FERSIMSAC de ejercer sus derechos como parte en el procedimiento administrativo sancionador.

**iii. Sobre la calificación de INDECOPI de los informes y la participación de OSITRAN**

372. De acuerdo con la Secretaría Técnica, OSITRAN no habría formado parte del procedimiento administrativo sancionador y habría apelado la decisión de la Comisión fuera del plazo legalmente previsto.

373. Sobre el primer punto, si bien es cierto que OSITRAN no formó parte del procedimiento administrativo sancionador, ello se debería a una incorrecta tramitación del procedimiento por parte de la Secretaría Técnica solo en el caso de OSITRAN, mas no con FERSIMSAC.

374. OSITRAN sí presentó una denuncia ante el INDECOPI. Si bien no fue denominada de esa manera por dicha entidad, ello no enerva tal calificación. En el Oficio No. 362-03-GG-OSITRAN, dicha entidad informó a INDECOPI lo siguiente:

*“En el ejercicio de las funciones de OSITRAN, y dado los indicios de la comisión de una infracción a las normas de libre competencia, de parte de FETRANS, remitimos a usted una copia de los Informes N° 074-03-GS-OSITRAN, N° 177-03-GS-C3-OSITRAN y N° 019-03-GAL-OSITRAN, para que en función de su competencia pueda iniciar las*

<sup>156</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, Décimo segunda edición, 2017, p. 467 y 468.

*investigaciones pertinentes para determinar si existe o no una violación a las normas de libre competencia”.*

375. Dicha comunicación cumple con todo lo necesario para ser calificada como una denuncia, según lo previsto en el artículo 105 de la LPAG. De esta manera, en ambos casos (FERSIMSAC y OSITRAN) estamos frente a denuncias presentadas por sujetos con legítimo interés. Así las calificó la Comisión y decidió acumularlas en un solo expediente:

*“Como puede apreciarse, los presupuestos para que proceda la acumulación de procedimientos se cumplen, en la medida en que las dos denuncias tienen como pretensión que la Comisión, luego de la investigación respectiva, se pronuncie respecto de si Fetrans infringió o no los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 (...).”<sup>157</sup>.*

376. Como se puede apreciar, en tanto la comunicación remitida por OSITRAN fue calificada como una denuncia, dicha entidad debió ser considerada como parte del procedimiento administrativo sancionador y, en consecuencia, ser notificada con todas las actuaciones. Ello solo sucedió en el caso de FERSIMSAC.

377. Ello incluso era un deber de la Secretaría Técnica. Al respecto, el artículo 60 de la LPAG establece lo siguiente:

*“Artículo 60.- Terceros administrados  
60.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento”.*

378. Como se puede apreciar, la Secretaría Técnica debe notificar a los terceros determinados con intereses legítimos en caso estos puedan resultar afectados. Dicha característica es evidente en OSITRAN. Es el propio ordenamiento jurídico que establece que OSITRAN es la entidad encargada de promover condiciones de competencia en la infraestructura de transporte de uso público. Debido a esta característica de conocimiento público, la Secretaría Técnica debió notificar lo actuado a OSITRAN.

379. De esta manera, OSITRAN tenía derecho a participar en el procedimiento administrativo sancionador y hacer ejercicio de sus derechos, entre los cuales se encuentra el derecho de defensa y contradicción. Estos derechos habrían sido afectados no solo por no haber sido incorporado al procedimiento administrativo, sino por haberle negado el apersonamiento y apelación.

380. Sobre el derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho *“se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés”.* Así, se generaría indefensión al no permitírsele participar en el procedimiento y cuestionar la decisión de la Comisión.

---

<sup>157</sup> Resolución No. 074-2004-INDECOPI/CLC, párrafo 19.

381. Incluso como tercero con legítimo interés, OSITRAN tenía derecho a impugnar la decisión de la Comisión. El artículo 60 de la LPAG establece que los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones que las partes. En la medida que OSITRAN era un tercero determinado con interés legítimo, tenía derecho a impugnar la decisión de la Comisión.
382. Dicha decisión fue puesta en conocimiento de OSITRAN (15 de setiembre de 2006) una semana después de que fuera notificada a FERSIMSAC y FETRANS (6 de setiembre de 2006). Así, dentro del plazo previsto para la impugnación, OSITRAN se apersonó al procedimiento e interpuso el recurso de apelación. De esta manera, OSITRAN se apersonó a un procedimiento administrativo sancionador que no había concluido y sobre el cual tenía interés legítimo.
383. En consecuencia, en la medida que la decisión de la Comisión tenía un impacto sobre el sector de competencia específica de OSITRAN, el apersonamiento y apelación de dicha entidad fue correctamente admitida.

## **F. CONCLUSIONES**

384. El Contrato de Concesión estableció la obligación de mantener estándares de seguridad con respecto al material tractivo y rodante, para lo cual Fetrans tuvo que realizar inversiones importantes al inicio de la Concesión, así como inversiones continuas para mantener dicho material conforme a los estándares de seguridad. En consecuencia, no es posible afirmar que el material tractivo y rodante concesionado fue otorgado a “costo cero”. Asimismo, considerando el concepto de Retribución Especial que Fetrans debe pagar al Estado, no resulta razonable concluir que Fetrans asumiría el pago de dicho concepto y otorgaría el material tractivo y rodante a Perurail a un costo ínfimo.
385. A partir de la interpretación del Contrato de Concesión y las Circulares, Fetrans se encontraba obligado a constituir una empresa vinculada con la cual debía contratar para prestar el servicio de transporte ferroviario, a efectos de asegurar la continuidad del servicio en el Ferrocarril Sur Oriente. Esta obligación no establecía algún término o condición que permita concluir la alegada excepcionalidad o temporalidad del operador vinculado, Perurail.

Asimismo, en el Contrato de Concesión no se establece prohibición o regulación alguna respecto al alquiler del material tractivo y rodante. La única limitación que Fetrans enfrentaría en el alquiler de la totalidad de dicho material a Perurail sería aplicación de las normas de libre competencia, de ostentar posición de dominio en dicho mercado.

386. El mercado relevante comprende la adquisición y arrendamiento de material tractivo y rodante de trocha ancha, angosta y métrica en, por lo menos América, España, Alemania y Singapur.
- a) Respecto a la definición del servicio relevante: (i) es factible y rentable para un operador el ingreso al Ferrocarril Sur Oriente a través de la adquisición de material tractivo y rodante, (ii) es posible el arrendamiento o adquisición de material tractivo y rodante de trocha ancha o métrica (distintas a las características de la vía férrea del Ferrocarril Sur Oriente), (iii) han ingresado al Ferrocarril Sur Oriente nuevos operadores de transporte ferroviario con material tractivo y rodante propio.

b) Respecto a la definición de mercado geográfico, existen diversas alternativas para la compra de material tractivo y rodante a fabricantes, así como posibilidades de arrendamiento en líneas férreas ubicadas, por lo menos, en América, España, Alemania y Singapur. Al tratarse de carga de grandes magnitudes, la importancia de los costos de transporte es mitigada, siendo este un mercado de alcance global.

387. Considerando las alternativas de sustitución, tanto para el servicio relevante como para el mercado geográfico, Fetrans no ostenta posición de dominio en el mercado relevante.

388. El principio de equidad, establecido en la Cláusula 7.6. del Contrato de Concesión, no es aplicable al material tractivo y rodante en la medida que es un mercado en el que existe competencia.

De acuerdo con el principio de supletoriedad, la regulación económica es aplicable en sectores donde la competencia no es posible o no resulta eficiente contar con más de un proveedor de servicios. De acuerdo con el análisis de mercado relevante, existen diversos proveedores para la adquisición y/o arrendamiento del material tractivo y rodante. Asimismo, el REMA no ha considerado el material tractivo y rodante como una facilidad esencial. En consecuencia, al arrendamiento del material tractivo y rodante es aplicable las normas de libre competencia, en lugar del principio de equidad.

389. Corresponía que la Sala incorpore al procedimiento a OSITRAN. Dicha entidad es competente para interponer denuncias sobre afectaciones a la libre competencia en el ámbito de su competencia. Asimismo, dicha entidad debió ser considerada como parte del procedimiento administrativo sancionador. De esta manera, su apersonamiento y apelación fue correctamente admitido por la Sala.

## G. BIBLIOGRAFÍA

1. AMADOR CABRA, Luis Eduardo y Néstor RUBIANO. *Un análisis de microeconomía aplicada al servicio urbano de aseo ¿monopolio natural o libre competencia?*, en *Revista de Derecho y Economía*, Ed. No. 20, 2004.
2. American Bar Association. *Section of Antitrust Law. Market Power Handbook. Competition law and economic foundations*. Chicago: American Bar Association, 2005.
3. ARIÑO, Gaspar. *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
4. BACA ONETO, Víctor Sebastián. "El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano". *IUS ET VERITAS*. Lima, 2014, No. 48.
5. BIANCA, C. Massimo. *La interpretación*, en *Derecho civil: El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2007.
6. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Sexta Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
7. Comisión Europea. *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, 1997.
8. CONRATH, Craig W. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*.
9. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "El régimen de los contratos estatales en el Perú". *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2006, No. 2.  
*El régimen de los Contratos Estatales en el Perú*, en *Derecho Administrativo Contemporáneo - Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, 2007.
10. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana". *Derecho Constitucional*. Lima, 2008, No. 55.
11. DIEZ-PICAZO, Luis. *Capítulo XV: La interpretación del contrato*, en *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción teoría del contrato*, Civitas, Madrid: 1996.
12. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Capítulo V: Interpretación del negocio jurídico*, en *Acto jurídico negocial*, Gaceta Jurídica, Lima: 2010.
13. FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. *La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu*, en *Circulo de Derecho Administrativo* No. 12, 2012.
14. FIGARI, Hugo, Hugo Gómez y Mario Zúñiga. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*, en *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Vol. 1, 2005.

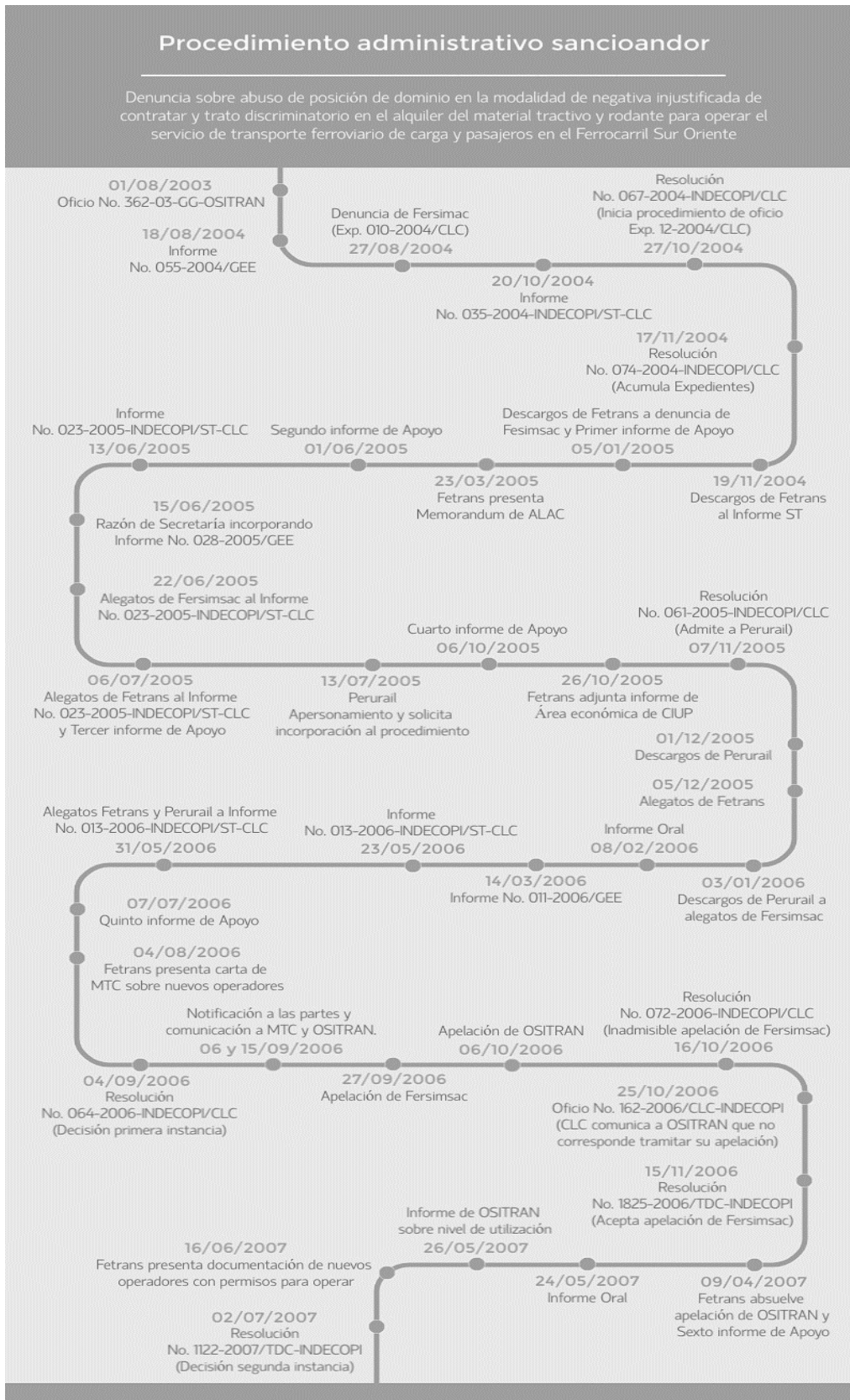
14. GUZMÁN NAPURÍ,  
Christian “Las teorías existentes sobre el servicio público”. *Foro Jurídico*. Lima, 2002, No. 1.
15. HOVENKAMP,  
Herbert *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*, 3<sup>rd</sup> Edition. Thomson West.
16. International  
Competition Network *Merger Guidelines Workbook*, 2006.
17. MORÓN URBINA,  
Juan Carlos *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, Décimo segunda edición, 2017.
18. MOTTA, Massimo *Competition Policy. Theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2006.
19. Organización para la  
Cooperación y el  
Desarrollo  
Económicos *Market definition*, 2012
20. QUINTANA  
SANCHEZ, Eduardo “¿Están desapareciendo los servicios públicos?”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 1997, No. 12
21. RODRIGUEZ-ARANA  
MUÑOZ, Jaime Sobre las privatizaciones”. *Circulo de Derecho Administrativo*. Lima, 2007, No. 3.
22. SHIMABUKURO,  
Néstor *El Principio de Mutabilidad o Flexibilidad en la Modificación del Contrato de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura suscrito en el marco jurídico de Asociaciones Público - Privadas*, en *Derecho & Sociedad*, No. 45, 2015.
23. Departamento de  
Justicia y Comisión  
Federal de Comercio  
de Estados Unidos *Horizontal Merger Guidelines*, 1997

# ANEXOS





## A. ANEXO 1: LÍNEA DE TIEMPO



## B. ANEXO 2: RESUMEN DE PRINCIPALES ACTUACIONES

### I. Oficio No. 362-03-GG-OSITRAN del 1 de agosto de 2003

1. La Gerencia General del OSITRAN informó a la Presidencia del INDECOPI lo siguiente:

*“Bajo este marco la Gerencia de Supervisión ha elaborado el informe N° 177-03-GS-C3-OSITRAN, con la finalidad de evaluar el accionar de la Entidad Prestadora Ferrocarril Trasandino S.A. (FETRANS), frente a la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A. (FERSIMSAC), con relación a una solicitud de esta última de alquiler de Material Tractivo y Rodante, el que fuera entregado como parte de los bienes concesionados a FETRANS, y que en la actualidad están siendo usufructuados en su totalidad a través de un contrato de alquiler que culmina el año 2010, con su operador Vinculado PERURAIL.*

***En tal sentido de acuerdo a la evaluación efectuada, se ha podido determinar que podría existir un abuso de posición de dominio de parte de FETRANS, respecto al Material Tractivo y Rodante, reflejado en el contrato de alquiler, y cuyas condiciones, constituye una desventaja competitiva a la empresa FERSIMSAC, con lo que se estaría limitando la libre competencia, y por ende el libre acceso a la Línea Férrea.***

***En el ejercicio de las funciones de OSITRAN, y dado los indicios de la comisión de una infracción a las normas de libre competencia, de parte de FETRANS, remitimos a usted una copia de los informes N° 074-03-GS-OSITRAN, N° 177-03-GS-C3-OSITRAN y N° 019-03-GAL-OSITRAN, para que en función a su competencia, pueda iniciar las investigaciones pertinentes para determinar si existe o no una violación a las normas de libre competencia”. [Énfasis agregado]***

2. Al respecto, en dichos informes, OSITRAN señaló lo siguiente:

- a) En el Informe No. 074-03-GS-O3-OSITRAN de fecha 28 de marzo de 2003, OSITRAN analizó el grado de utilización del material tractivo y rodante en el Ferrocarril del Sur Oriente, determinando que Perurail estaba utilizando 4 de las 6 locomotoras concesionadas en un rango de 79% a 86% y todos los autovagones en un rango de 58% a 93%.
- b) En el Informe No. 019-03-GAL-OSITRAN de fecha 23 de abril de 2003, la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN remitió a la Gerencia de Supervisión de la misma entidad una opinión respecto del Contrato de Alquiler del Material Tractivo. Dicho documento tenía como finalidad determinar el sustento legal del contrato de alquiler del material tractivo y rodante de los Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente celebrado entre Fetrans y Perurail.

Sobre el particular, la Gerencia de Asesoría Legal concluyó sí existía sustento legal para que Fetrans alquile el material tractivo y rodante a Perurail por un plazo máximo de 6 (seis) años, conforme lo dispone el artículo 1688 del Código Civil. Indica pues, que el plazo estipulado por las partes de 10 (diez) años se entiende reducido a dicho límite.

- c) En el Informe No. 177-03-SG-C3-OSITRAN de fecha 25 de julio de 2003, la Oficina de Supervisión Comercial de OSITRAN informó a la Gerencia de Supervisión de la misma entidad que el contrato suscrito entre Fetrans y Perurail podría estar vulnerando los principios de equidad y no discriminación al constituirse como una barrera que limita, restringe y distorsiona la libre competencia entre Perurail y Fersimsac.

Al respecto, señaló que Fersimsac tendría que incurrir en inversiones hundidas significativas en cuanto a material tractivo y rodante para poder ingresar a competir con Perurail, ello puesto que no tendría ninguna otra opción de trasladar su material tractivo y rodante hacia una ruta alterna en caso su entrada no le sea favorable.

También indicó que en el caso de la infraestructura vial ferroviaria correspondiente al tramo Cusco – Machu Picchu – Hidroeléctrica, Fetrans tenía un monopolio natural que compartía con Perurail en la operación del servicio de transporte de pasajeros y de carga, y que además comparte la posición de dominio en el mercado del alquiler de material tractivo y rodante al habersele otorgado todo el material que pueda circular por el referido tramo a Perurail. Ello ocasionó situaciones discriminatorias respecto al nuevo operador, las mismas que restringen la libre competencia.

En consecuencia, recomendó remitir toda la información a INDECOPI para que en el mercado de su competencia dicha entidad evalúe y determine si existía una infracción a las normas de libre competencia.

## **II. Informe No. 055-2004/GEE de 18 de agosto de 2004**

3. Los contratos de concesión prohíben que las empresas administradoras de infraestructura ferroviaria participen directamente como operadores de transporte de carga y pasajeros, aunque se permita y obligue inicialmente su participación indirecta (a través de empresas vinculadas), con el propósito de asegurar la continuidad de los servicios.
4. El Ferrocarril Sur Oriente se restringe de manera casi exclusiva al transporte de pasajeros. Si bien existen alternativas para trasladarse desde Cusco hasta Machu Picchu, estas no son consideradas sustitutos del transporte ferroviario. Por tanto, se descarta la posibilidad de que exista competencia intermodal.
5. En relación con la competencia intramodal, la GEE analizó las barreras de entrada al Ferrocarril Sur Oriente:
  - a) En cuanto a las barreras legales y administrativas, para que un operador pueda prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y/o transporte, este requiere contar con un Permiso de Operaciones del MTC. Adicionalmente, el operador debe haber celebrado un contrato de derecho de acceso con el concesionario, indicando el material tractivo y rodante con el cual prestará el servicio, así como remitir copia de los certificados de cobertura de seguros vigentes, los cuales deben cubrir daños y perjuicios a terceros por un valor de US\$ 5 000,000 y todo tipo de riesgos de destrucción parcial de la infraestructura por US\$ 10 000,000, entre otros.
  - b) En cuanto a las barreras estructurales, la GEE señaló que debido a la especificidad de los activos necesarios para operar en el Ferrocarril Sur Oriente (material tractivo y rodante de trocha angosta), un nuevo operador

solo podría alquilar o adquirir material tractivo y rodante de trocha angosta en el mercado internacional, en caso no pueda acceder al material tractivo y rodante otorgado a Fetrans. Sobre esto, debido a que *“prácticamente no existen en el mundo redes viales de trocha angosta”*<sup>158</sup> las opciones de alquilar o adquirir no son alternativas viables pues en el mercado internacional no existen muchas locomotoras de trocha angosta disponibles para alquiler y la adquisición supone inversiones elevadas, los cuales representarían costos hundidos.

De esta manera, la GEE señaló que *“en la medida que dichos costos hundidos derivados de adquirir el material tractivo sean superiores a los costos que enfrenta la empresa establecida derivados de alquilar el material tractivo y rodante al concesionario, puede afirmarse que la especificidad de los activos y los costos hundidos asociados a su adquisición en el mercado representan una barrera de entrada”*<sup>159</sup>.

- c) En cuanto a las barreras estratégicas, la GEE analizó la integración vertical. Dicha gerencia consideró que la suscripción de un contrato de alquiler de material tractivo y rodante entre Fetrans y Perurail es la materialización de una integración vertical que podría constituirse en una barrera estratégica de entrada, en la medida que podría restringir el acceso de un competidor. Ello sucedería en caso un nuevo operador no tenga otra alternativa para ingresar que solicitar el arrendamiento a Fetrans.

El contrato de alquiler podría consistir en una barrera de entrada en tanto limite la libertad de ambas partes. Sin embargo, dado que Fetrans y Perurail son empresas vinculadas, ambas empresas pueden reformular los términos del contrato original, por lo que carecería de sentido alegar que la existencia del contrato como un impedimento real. Así, *“lo que en realidad constituiría una barrera estratégica a la entrada no es el contrato de alquiler en sí mismo, sino la integración vertical existente entre concesionario y operador”*<sup>160</sup>.

6. En su análisis, la GEE realizó un ejercicio de simulación sobre la entrada de un nuevo competidor al Ferrocarril Sur Oriente, para lo cual tuvo en cuenta dos posibilidades: el alquiler del material tractivo y rodante en condiciones similares a las pactadas entre Fetrans y Perurail, y la compra de material tractivo y rodante. Su análisis tiene como finalidad comparar los indicadores de rentabilidad VAN<sup>161</sup>, TIR<sup>162</sup> y PR<sup>163</sup> para ambas alternativas.
7. Como resultado de dicha simulación, la GEE obtuvo que los indicadores de rentabilidad VAN y TIR son significativamente más favorables en caso la empresa alquile el material tractivo y rodante en lugar de adquirirlo, y que los indicadores de rentabilidad de la empresa entrante mejorarían a medida que el horizonte del flujo financiero se incrementa, siendo que el plazo de recuperación de la inversión es menor en el caso del alquiler. Sin perjuicio de ello, la GEE señaló que *“los resultados, en principio, no permiten descartar la posibilidad de que un entrante que adquiere material tractivo y rodante capture rápidamente una porción importante del mercado y/o que acceda a niveles de financiamiento con plazos*

<sup>158</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 90.

<sup>159</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 96.

<sup>160</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 126.

<sup>161</sup> Valor actual neto

<sup>162</sup> Tasa interna de retorno

<sup>163</sup> Periodo de recuperación de inversión

mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores)<sup>164</sup>.

8. En este contexto, la negativa de Fetrans de arrendar a un tercero el material tractivo y rodante, aunque justificada en el contrato vigente con Perurail, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio, así como una violación a la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión.

### III. Denuncia de Fersimsac de 27 de agosto de 2004

9. Fersimsac alegó que Fetrans, además de mantener un monopolio sobre el Ferrocarril Sur Oriente, tenía posición de dominio en el mercado de alquiler de locomotoras, vagones, auto vagones y coches en el Ferrocarril Sur Oriente, en tanto se le otorgó todo el material tractivo y rodante de propiedad del Estado.
10. El actuar de Fetrans constituye abuso de posición de dominio infringiendo las normas de libre competencia.
11. La negativa de Fetrans de arrendar el material tractivo y rodante, justificada en el arrendamiento a su vinculada, constituía una infracción a la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, pues negaba la posibilidad que Fersimsac arriende material de propiedad del Estado, beneficiando Fetrans a Perurail.
12. Si bien el Contrato de Concesión permitía a Fetrans alquilar el material tractivo y rodante de propiedad del Estado a Perurail, dicho alquiler se encuentra sujeto a la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, no pudiendo Fetrans discriminar entre los operadores del servicio de transporte de carga y pasajeros y tampoco vulnerar los principios de neutralidad<sup>165</sup> y no discriminación<sup>166</sup> contemplados en los artículos 4 y 5 del Reglamento General de OSITRAN<sup>167</sup>, respectivamente.
13. El contrato de alquiler entre Fetrans y Perurail solo tenía efectos para dichas empresas y no es oponible al Estado, no pudiendo ser contrario a las normas de orden público.

### IV. Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC de 20 de octubre de 2004

14. Según la Secretaría Técnica, el Contrato de Concesión permitía a Fetrans, de manera excepcional, prestar indirectamente el servicio de transporte de carga y pasajeros a través de una empresa vinculada. Asimismo, el Contrato de Concesión establecía que Fetrans no podía discriminar entre operadores de servicios ferroviarios que solicitaran sus servicios, pues ello podría configurar una infracción a las normas de libre competencia.

<sup>164</sup> Informe No. 055-2004/GEE, párrafo 162.

<sup>165</sup> Reglamento General de OSITRAN

*"Artículo 4.- Principio de Neutralidad.*

*La ENTIDAD PRESTADORA que a la vez brinda, directa o indirectamente, otros servicios utilizando la INFRAESTRUCTURA, o que tenga a su vez el derecho de explotar otra INFRAESTRUCTURA, no utilizará dichas situaciones para colocar en desventaja a otros USUARIOS. En tal sentido, el OSITRAN deberá vigilar por la neutralidad de la acción de la ENTIDAD PRESTADORA, cuidando que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, precios o innovación".*

<sup>166</sup> Reglamento General de OSITRAN

*"Artículo 5.- Principio de No Discriminación.*

*Los USUARIOS intermedios no deberán recibir injustificadamente un trato diferente frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que se coloque a unos en ventaja competitiva e injustificada frente a otros".*

<sup>167</sup> Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Decreto Supremo No. 010-2001-PCM.

15. Señaló también que las controversias relacionadas al permiso de operaciones para prestar el servicio de transporte, el acceso a la línea férrea y el horario de uso de la línea férrea no se encontraban bajo el ámbito de las normas de competencia, pues se trata del ejercicio de funciones administrativas, o siendo actividades económicas, se encuentran bajo las competencias de un regulador. Sin embargo, el acceso al material tractivo y rodante se encontraba regulado por la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión y por las reglas de libre competencia, de manera que la Comisión resulta competente.
16. Al igual que la GEE, la Secretaría Técnica consideró que el Ferrocarril Sur Oriente se restringe de manera casi exclusiva al transporte de pasajeros. Si bien existían alternativas para trasladarse desde Cusco hasta Machu Picchu, estas no eran consideradas sustitutos del transporte ferroviario. Por tanto, se descarta la posibilidad de que exista competencia intermodal.
17. Respecto a las barreras de entrada, la Secretaría Técnica recoge lo señalado por la GEE.
18. El mercado relevante se encuentra delimitado al alquiler de material tractivo y rodante para el Ferrocarril Sur Oriente en la Región de Cusco. Respecto a ello, sobre el mercado producto y mercado geográfico:
- a) En cuanto al mercado de producto o servicio relevante, la Secretaría Técnica señaló que este se encuentra conformado por el alquiler del material tractivo y rodante, debido a que la compra de dicho material no constituye una alternativa real para que un operador pueda prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur Oriente. Al respecto, debido a las particularidades técnicas del Ferrocarril Sur Oriente, un potencial operador solo podría adquirirlo de proveedores ubicados en la República Popular China, Estados Unidos y/ España. Los precios de adquisición fluctúan entre US\$ 70,000 por vagón y US\$ 2 700,000 por locomotora. Sin embargo, de acuerdo con el Informe No. 055-2004/GEE, esta no sería una alternativa real de aprovisionamiento *“toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material -alquilándolo- a un costo mucho menor del que tendría que asumir un potencial operador”*<sup>168</sup>.
  - b) En relación con el mercado geográfico, la Secretaría Técnica señaló que no se habría constatado la existencia de otras fuentes alternativas, además de aquel otorgado en concesión a Fetrans. En consecuencia, el mercado geográfico queda delimitado a aquel material tractivo y rodante concesionado a Fetrans ubicado en la Región Cusco.
19. Asimismo, la Secretaría Técnica señaló que Fetrans ostentaba posición de dominio debido a que no enfrentaba competencia, al ser la única empresa en prestar el servicio de alquiler de material tractivo y rodante en el Ferrocarril Sur Oriente en la Región del Sur, y el ingreso de potenciales competidores se ve limitado debido a aspectos técnicos y económico. Esto debido a que un potencial competidor debería enfrentar las siguientes restricciones: (i) traslado de material a la vía férrea del Ferrocarril Sur Oriente, (ii) el acondicionamiento del material a las particularidades geográficas de la zona, (iii) el acondicionamiento del material a las particularidades de uso, (iv) la desatención de la demanda en el mercado donde se encuentre operando, y (v) la temporalidad del contrato de arrendamiento.

---

<sup>168</sup> Informe No. 035-2004-INDECOP/ST-CLC, párrafo 332.

20. De esta manera, al ser el alquiler del material tractivo y rodante de Fetrans la única alternativa efectiva que tiene Fersimsac o cualquier otro operador para aprovisionarse de dicho material, en opinión de la Secretaría Técnica dicho material calificaba como un insumo fundamental. No necesariamente el bien al cual se solicita acceso debe ser una facilidad esencial para que se configure una negativa de trato en los casos de libre competencia. Basta que un recurso sea considerado importante o constituya una ventaja competitiva relevante.
21. De esta manera, para la Secretaría Técnica la negativa de Fetrans constituía una barrera a la entrada en la modalidad de negativa de acceso a un insumo fundamental, lo cual impediría a cualquier otro operador prestar los servicios de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur Oriente. Dado que Fetrans arrendó todo el material tractivo y rodante a Perurail, la evaluación debía consistir en determinar si este contrato constituía una barrera estratégica, para lo cual debería restringir la libertad de decisión de las partes que lo suscriben. No obstante, Fetrans y Perurail formaban parte del mismo grupo económico, por lo que podrían dejar sin efecto el contrato o modificarlo para permitir el ingreso de un nuevo operador. Siendo así, se infiere que la barrera estratégica a la entrada no es el contrato de alquiler en sí mismo sino la integración vertical entre Fetrans y Perurail, el cual *“sirve de medio facilitador del real acto anticompetitivo que es la negativa del primero a otorgar el acceso a un tercero de un insumo fundamental para la prestación del servicio de transporte ferroviario”*<sup>169</sup>.
22. La Secretaría Técnica señaló, además, que la conducta de Fetrans reflejaría una violación al principio de equidad establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión, toda vez que ante la solicitud de prestaciones equivalente -alquiler de material tractivo y rodante- Fetrans estaría discriminando a Fersimsac frente a Perurail al negarse a arrendar dicho material, pese a que el contrato con Perurail podía ser renegociado.
23. En atención a ello, la Secretaría Técnica concluyó que si una empresa entrante solicitara a Fetrans que le alquile el material tractivo y rodante para operar en el Ferrocarril Sur Oriente, se podría: (i) resolver el contrato entre Fetrans y Perurail para permitir el arrendamiento de la totalidad del material a al potencial entrante, (ii) licitar la totalidad del material, (iii) dividir en dos partes equivalentes el material, de manera que se entrega una parte a Perurail y la otra parte al potencial entrante o, en caso de ser más de uno, se licita entre todos los potenciales entrantes.

#### **V. Resolución No. 067-2004-INDECOPI/CLC de 27 de octubre de 2004**

24. La Comisión hizo suyos los considerandos y conclusiones contenidos en el Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, coincidiendo con la Secretaría Técnica sobre la existencia de indicios razonables que ameritan el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Fetrans por un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada y trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante.

#### **VI. Resolución No. 074-2004-INDECOPI/CLC de 17 de noviembre de 2004**

25. La Comisión decidió admitir a trámite la denuncia presentada por Fersimsac por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa

---

<sup>169</sup> Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 362.

injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a Fetrans en virtud del Contrato de Concesión, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante en la línea férrea del Ferrocarril Sur Oriente.

26. Asimismo, decidió acumular el procedimiento en el cual se evaluó la denuncia de Fersimsac, esto es el Expediente No. 010-2004/CLC, al procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Fetrans, tramitado bajo el Expediente No. 012-2004/CLC.

## **VII. Descargos de Fetrans del 19 de noviembre de 2004**

27. En relación la definición del servicio relevante, Fetrans señaló que se debía incorporar la adquisición y alquiler de material tractivo y rodante de trocha angosta y de trocha ancha, siendo que, para el último caso, un operador debía adaptar o acondicionar el material a las características del Ferrocarril Sur Oriente. De esta manera, el servicio relevante sería el aprovisionamiento de material tractivo y rodante. Lo anterior fue sustentado por Fetrans en base a lo siguiente:

- e) En relación con la definición de mercado relevante, las conclusiones de la GEE eran obvias. El sentido común indica que la alternativa de alquiler sería menos costosa y su plazo de recuperación menor frente a la adquisición del material. Sin perjuicio de ello, la GEE concluyó que un posible entrante que adquiriera el material tractivo y rodante podía alcanzar niveles de rentabilidad de 16.4%, los cuales, a decir de la GEE, eran razonables. De esta manera, a pesar de los supuestos costos para ingresar al mercado de transporte de carga y pasajeros, las ganancias esperadas son “razonables” según la GEE.
- f) Existían diversas empresas que comercializan material tractivo y rodante. Si bien era menor la cantidad de líneas férreas de trocha angosta, existían una gran cantidad de proveedores que pueden proporcionar material con dichas características, incluso cercanos al Perú.
- g) Era posible adquirir material tractivo y rodante para trocha ancha para posteriormente adaptarlo a trocha angosta. El costo de adaptar el material a las características del Ferrocarril Sur Oriente no era prohibitivo. Es más, ello era una actividad regular en Perurail. Este acondicionamiento fue supervisado por OSITRAN, así como por el MTC.
- h) Los potenciales operadores también podían alquilar material tractivo y rodante de trocha ancha y acondicionarlo a las características del Ferrocarril Sur Oriente. Dicho alquiler era posible del concesionario del Ferrocarril del Centro, así como de otras empresas operadoras en Latinoamérica.

28. En relación con la definición del mercado geográfico, Fetrans señaló que no podía limitarse al Ferrocarril Sur Oriente en la Región de Cusco, pues en realidad comprendía, por lo menos, Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, El Salvador, Guatemala, Guyana y Honduras. Sobre ello, señaló que en países de América del Sur como Argentina, Brasil y Bolivia existían empresas que utilizan material tractivo y rodante de trocha angosta. Asimismo, era posible adquirir material de proveedores ubicados en dichos países, como lo hizo Perurail. Este material también podía ser adquirido en Centroamérica como en Asia (Singapur). Además, el costo asociado a la importación del material era razonable, considerando que se trataban de locomotoras y vagones. Estas importaciones no presentaban limitaciones, de manera que no existían barreras legales.



29. Fetrans señaló que, de acuerdo con el artículo 9 del REMA<sup>170</sup>, se consideraban facilidades esenciales a las instalaciones o infraestructura de transporte de uso público que cumpla con dos condiciones: (i) que su utilización sea indispensable para la prestación de un determinado servicio, y (ii) que no sea factible de ser sustituida técnica o económicamente para la prestación de un determinado servicio. En el Anexo No. 1 del REMA se señalaban los bienes que cumplían estas características, no estando incluido el material tractivo y rodante entregado mediante la concesión. Asimismo, era competencia de OSITRAN calificar un bien como facilidad esencial, ya sea de oficio o a pedido de parte.
30. Según Fetrans, la Secretaría Técnica realizó una distinción entre una facilidad esencial y un “recurso importante”. Para que un recurso sea calificado como importante, su uso debía ser necesario para un nuevo competidor y su adquisición debía resultar demasiado onerosa por razones técnicas o económicas. Sin embargo, en la práctica, la Secretaría Técnica estaría otorgando a una facilidad esencial y a un recurso importante las mismas características, ello para aplicar un estándar menos riguroso y obligar a compartir el material tractivo y rodante.
31. Fetrans sostuvo que no ostentaba posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante en Brasil, Colombia, Bolivia, Argentina, El Salvador, Guatemala, Guyana y Honduras. Su cuota de participación en dicho mercado era insignificante.
32. Fetrans también señaló que no había existido negativa por parte de Fetrans. Ello debido a que Fersimsac comunicó que contaba con material tractivo y rodante, e incluso señaló las características de dicho material. Es por tal motivo que el MTC solicitó a Fetrans que evaluara si el material tractivo y rodante de Fersimsac se ajustaba a los estándares técnicos vigentes a la fecha.
33. Fetrans realizó inversiones para mejorar el material tractivo y rodante sin que exista el riesgo de que un tercero se beneficie de dicha inversión, en tanto dicho material no era considerado una facilidad esencial y su única limitación era el plazo del contrato de arrendamiento. De establecer la obligación de compartir el material, se eliminarían los incentivos de realizar inversiones para su mejoramiento.
34. Fetrans señaló que no había existido discriminación pues no ostentaba posición de dominio en el mercado relevante. Además, era incorrecto aplicar el principio de equidad de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión al servicio de alquiler de material tractivo y rodante. Dicho principio es propio de los sistemas regulatorios, a través del cual se prohíbe a empresas que cuentan con facilidades esenciales realizar conductas discriminatorias. Así, dicha cláusula estaba referida a los servicios relacionados a la infraestructura ferroviaria del Ferrocarril Sur Oriente y a los precios que debe cobrar a los operadores.

---

<sup>170</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público  
“Artículo 9.- *Facilidad Esencial.*”

*Para efectos de la aplicación del presente Reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones:*

*a) Es provista por un único o un limitado número de proveedores, y su utilización es indispensable para la prestación de los servicios esenciales.*

*b) No es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.*

*La calificación de una Facilidad Esencial por parte de OSITRAN, ya sea de oficio o a pedido de parte, se sustenta en los principios establecidos en el presente Título.*

*El Anexo N° 1 del presente Reglamento establece la lista de las Facilidades Esenciales”.*

35. Sobre las medidas propuestas por la Secretaría Técnica, debe tenerse en cuenta que en todo el proceso de licitación nunca se estableció que la política regulatoria obligaba la desaparición del operador vinculado. Asimismo, tampoco se estableció la licitación del material tractivo y rodante, la separación en partes iguales de dicho material para atender los requerimientos de potenciales operadores.

#### VIII. Descargos de Fetrans del 5 de enero de 2005

36. Fersimsac señaló que Fersimsac, no señaló las razones por las cuales Fetrans ostentaba posición ni definía el mercado relevante. Así, resultaba cuestionable que se admita a trámite una denuncia sin que en ella se expresen aspectos de tal relevancia. De esta manera, siendo que la denuncia no señalaba ningún elemento que pueda llevar a concluir que Fetrans tenía posición de dominio, la Comisión debió declarar improcedente la denuncia.
37. En relación con las alegaciones sobre una supuesta negativa de alquilar material tractivo y rodante de propiedad del Estado -en tanto esta ha sido concesionada a Fetrans-, Fetrans señaló que la titularidad estatal o privada era irrelevante para efectos de definir si un bien es o no de acceso obligatorio. Así, la titularidad del Estado de un determinado bien no lo convierte en uno de uso público, sino su condición de ser o no esencial, conforme se establece en los artículos 6<sup>171</sup> y 11<sup>172</sup> del REMA. Dicha condición no se cumplía en el caso del materia tractivo y rodante concesionado a Fetrans.
38. Fetrans también señaló que el material tractivo y rodante no había sido considerado como una facilidad esencial. La obligación de dar o no en alquiler dicho material debe analizarse según el Decreto Legislativo No. 701, no siendo aplicable la regla de no discriminación de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. Asimismo, los principios de neutralidad y no discriminación establecidos en el REMA son aplicables a actividades sujetas a regulación. Estos puntos son competencia de OSITRAN, no INDECOPI.
39. En relación con la supuesta negativa, Fetrans señaló que se debía tener en cuenta que el alquiler de la totalidad del material tractivo y rodante a Perurail respondía a que esta última requería de dicho material para realizar las actividades propias del servicio. Es más, la totalidad del material tractivo y rodante alquilado era insuficiente para cubrir la demanda de los consumidores. Fue por estas razones

---

<sup>171</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público

*"Artículo 6.- Alcance.*

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

*No constituye objeto de este Reglamento lo siguiente:*

*a) El ingreso a la infraestructura por parte de usuarios finales.*

*b) El Acceso a la infraestructura por parte de usuarios intermedios y de otros proveedores, con fines distintos a la prestación de servicios no calificados como Esenciales.*

*c) Servicios que se brinden de manera ocasional o por situación de emergencia, aun cuando utilicen una Facilidad Esencial.*

*d) La normativa sobre los requisitos legales, técnicos, operativos, administrativos y ambientales, que deben cumplir las personas naturales y jurídicas que deseen brindar servicios relativos a la explotación de la infraestructura de transporte".*

<sup>172</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público

*"Artículo 11.- Obligatoriedad del Acceso.*

*El otorgamiento del derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales a los usuarios intermedios que lo soliciten, por parte de las Entidades Prestadoras, es obligatorio en los casos y supuestos previstos en el presente Reglamento. Esta obligatoriedad se deriva de la naturaleza de uso público de la infraestructura de transporte bajo la competencia de OSITRAN. Por ello, constituye condición esencial de las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público que realizan las Entidades Prestadoras.*

*En tal virtud, OSITRAN está en la facultad de ordenar el otorgamiento del derecho de Acceso, o sustituir la voluntad de las partes en caso de falta de acuerdo entre ellas, de conformidad a lo establecido en el Artículo 43."*

que Perurail había adquirido material adicional. Esto último demostraba la razonabilidad del contrato, así como la posibilidad real de aprovisionamiento del material tractivo y rodante.

40. Fetrans argumentó que Fersimsac hacía una indebida tipificación, pues para que se configure un acto de discriminación debía existir una relación comercial en la que se haya aplicado condiciones distintas, en comparación con un tercero. Siendo que Fersimsac alega una supuesta negativa en la prestación de servicios de alquiler de material tractivo y rodante, no resulta coherente que alegue se hayan aplicado condiciones desiguales cuando no existía una relación comercial con Fersimsac.
41. Fetrans reiteró los demás argumentos señalados en su escrito de descargos del 19 de noviembre de 2004.
42. Finalmente, como parte de sus descargos, Fetrans presentó el Informe de Apoyo Consultoría del 4 de enero de 2005.
  - **Primer informe de Apoyo Consultoría del 4 de enero de 2005**
43. Según Apoyo, las conclusiones planteadas por la Secretaría Técnica eran incorrectas debido a que la evaluación adolecía de una serie de defectos que tendrían como efecto restringir el mercado relevante.
44. Así, era incorrecto eliminar la compra de material tractivo y rodante como alternativa en la definición del mercado relevante. Ello debido a que:
  - e) La elaboración de los flujos financieros era incorrecta. Antes de determinar la rentabilidad de un proyecto se debía evaluar la factibilidad económica, tomando en cuenta para ello un horizonte de proyección acorde con la naturaleza de la inversión. Siendo así, la evaluación de la Secretaría Técnica era incorrecta porque no determinaba si era factible o no el ingreso al Ferrocarril Sur Oriente a través de la adquisición del material tractivo y rodante.
  - f) La Secretaría Técnica no había considerado el cálculo de los impuestos en los flujos sobre los cuales ha medido la rentabilidad de cada alternativa. Ello generaría un castigo del escenario de compra del material tractivo y rodante, pues este hubiera generado un mayor escudo fiscal que la opción de alquiler, mejorando así los indicadores de rentabilidad.
  - g) Era incorrecta la estimación del periodo de proyección. Ello debido a que se había considerado periodos de 5 y 7 años, los cuales coinciden con el periodo de financiamiento de la adquisición del material tractivo y rodante. Esto distorsionaba los resultados pues los años de mayor rentabilidad en el escenario de adquisición son aquellos posteriores al pago del total de la deuda por la adquisición. Asimismo, no resultaba razonable limitar el periodo de proyección a 5 y 7 años para un servicio en una infraestructura concesionada por 60 años.
  - h) Era incorrecta la estimación del costo de capital. Además de que el valor utilizado por la Secretaría Técnica no había sido sustentado, las variables que determinaban dicho valor habían tenido una tendencia decreciente. Ello había sucedido con la tasa de descuento, una de las variables de las cuales

depende grandemente el resultado del VAN. Lo anterior sugeriría que el costo de capital es inferior al 12% utilizado por la Secretaría Técnica.

45. Adicionalmente, respecto a la adquisición de material tractivo y rodante de trocha angosta, Apoyo señaló que no era un costo hundido en su totalidad, pues existían vías ferroviarias de trocha angosta de características similares al Ferrocarril Sur Oriente, además de vías férreas de anchos distintos a los cuales se podía adaptar el material.
46. Finalmente, Apoyo señaló que la definición de mercado geográfico de la Secretaría Técnica era incorrecta. Ello debido a que la Secretaría Técnica afirmaba sin sustento que sería difícil conseguir material tractivo y rodante de trocha angosta de segunda mano, a pesar de que existían diversos países con vías férreas de tales características. Asimismo, descartaba la posibilidad alquilar material tractivo y rodante de un ancho de trocha distinto y acondicionarlo, a pesar de que dicha opción era técnica y económicamente viable.

#### **IX. Escrito de Fetrans del 23 de marzo de 2005**

47. Fetrans adjuntó un Memorándum elaborado por la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF) en el que daban respuesta a las consultas formuladas por Fetrans sobre la posibilidad de realizar la conversión del material tractivo y rodante, y la disponibilidad de dicho material. Al respecto, en dicho documento ALAF señaló lo siguiente:
  - a) Tomando en cuenta las medidas de la trocha 914 mm (característica del Ferrocarril Sur Oriente), era técnicamente viable y no había inconveniente en utilizar vehículos originarios de la trocha estándar para trochas de 914 mm, considerando las experiencias en Brasil, Estados Unidos y Argentina.
  - b) La búsqueda de material tractivo y rodante de trocha angosta debía centralizarse en algunos países centroamericanos que, por racionalización o cese, poseían excedentes de material. Asimismo, era factible ubicar material tractivo y rodante de trocha métrica, ya que era una trocha difundida en Europa y Latinoamérica y su conversión requeriría menores adaptaciones.
  - c) En Latinoamérica países como Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Costa Rica y Perú (Ferrocarril Sur Oriente y el F. C. Huancayo a Huancavelica) contaban con trocha de 914 mm. Si se tomaba en cuenta la trocha métrica, aumentaban las alternativas y se incluía a Argentina, Brasil, Chile y Bolivia. Fuera de la región, contaban con trocha angosta países como China, Australia y Sudáfrica.
  - d) Respecto al material nuevo, sin dudas las empresas proveedores y fabricantes estaban en condiciones de entregar material rodante con las características requeridas.

#### **X. Escrito de Fetrans del 01 de junio de 2005**

48. Como parte de sus argumentos, Fetrans presentó el Informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005.
  - **Segundo informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005**

49. Apoyo señaló que no era razonable asumir que un potencial entrante ofrecería los mismos servicios de transporte de pasajeros que Perurail. Al contrario, resultaba razonable que un potencial entrante se concentrara en aquellos servicios más rentables, no incluyendo en su oferta servicios como el transporte local sino únicamente transporte de turistas. Asimismo, existen servicios para los cuales se utiliza material tractivo y rodante adquirido por Perurail, como el caso del servicio "Hiram Bingham".
50. Señaló también que era incorrecto asumir que el porcentaje de participación de mercado que capture el potencial entrante sea igual al porcentaje de material tractivo y rodante que este alquilaría. Ello debido a que no necesariamente el potencial entrante brindaría los mismos servicios y porque los horarios no tendrían igual demanda de pasajeros.
51. En relación con la simulación elaborada por la GEE, Apoyo señaló que las deficiencias de índole conceptual y metodológico llevaron a la GEE a concluir que el alquiler era la única alternativa real y viable. No obstante, era posible ingresar al Ferrocarril Sur Oriente ya sea adquiriendo locomotoras y vagones o únicamente autovagones.
52. Corrigiendo los errores metodológicos identificados en el informe de la GEE, Apoyo sostuvo que era posible concluir que resulta rentable para una empresa operar en el Ferrocarril Sur Oriente adquiriendo el material tractivo y rodante (locomotoras y vagones). Asimismo, también resultaba rentable el ingreso al Ferrocarril Sur Oriente a través de la adquisición de autovagones, lo cual requería montos de inversión considerablemente menores y permitía retornos mayores.
53. Apoyo sostuvo también que Perurail venía utilizando a plena capacidad el material tractivo y rodante alquilado por Fetrans, e incluso se había visto en la necesidad de adaptar material tractivo y rodante del Ferrocarril del Sur, así como adquirir y adaptar material importado. Sustentó ello en base a lo siguiente:
- c) Respecto al material tractivo, en un periodo de 731 días entre el 1 de enero de 2003 y 31 de diciembre de 2004, las locomotoras arrendadas a Perurail se encontraban en servicio 655 días (90% de las veces). Asimismo, la mayor parte del tiempo el 100% de los autovagones estuvieron siendo operadores.
  - d) Respecto al material rodante, el grado de utilización en los años 2003-2004 mostró una tendencia creciente, llegando a alcanzar el 98% en setiembre de 2004.

#### **XI. Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC de 13 de junio de 2005**

54. De acuerdo con la Secretaría Técnica, el objetivo del Estado antes y durante el proceso de concesión del Ferrocarril Sur y del Ferrocarril Sur Oriente fue mantener claramente divididas las actividades de la cadena productiva, de manera que se permita la concurrencia de operadores en aquellos segmentos donde la competencia fuera posible y deseable.
55. Así, la constitución de una empresa vinculada por parte de Fetrans fue una medida excepcional cuyo propósito fue garantizar la continuidad del servicio y no un objetivo inherente al proceso de concesión. Ello se desprendía de la Circular No. 17, la cual dispuso que el adjudicatario de la concesión debía contratar o, en su caso (en su defecto), constituir una persona jurídica que actúa como operador de servicios de transporte ferroviario.

56. Según la Secretaría Técnica, ello se infería de la prohibición hacia Fetrans de no participar directa o indirectamente a través de socios, accionistas, participacionistas o de sus empresas vinculadas en más de un operador, prohibición que se estableció también en la Circular No. 17. De lo contrario, las Bases de la Licitación Pública habrían prescrito que el concesionario podía a su vez realizar las actividades de operador de servicios de transporte ferroviario, en lugar de crear innecesariamente la figura del operador vinculado.
57. En tal sentido, para la Secretaría Técnica, en el Ferrocarril Sur Oriente se aplicó un modelo que podía ser considerado como una subclase del modelo de acceso competitivo que podía ser denominado: *“Modelo de integración vertical temporal con acceso competitivo sobre el material”*.
58. Respecto a la definición de mercado relevante, la Secretaría Técnica reiteró lo señalado en el Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC.
59. La Secretaría Técnica señaló que Fetrans no habría realizado pago inicial alguno al Estado peruano por la adquisición del material concesionado, de manera que habría recibido dicho material a costo “cero”. En este escenario, no existían incentivos para que un potencial operador entrara al Ferrocarril Sur Oriente adquiriendo su propio material tractivo y rodante, pues Perurail podría disminuir significativamente sus precios, igualándolos al costo de prestar el servicio de transporte (costo marginal)<sup>173</sup>. Ello haría irrecuperable la inversión inicial en la adquisición de material tractivo y rodante por parte de cualquier competidor potencial.
60. Si bien podía alegarse que las mejoras al material tractivo y rodante concesionado podrían ser consideradas como un desembolso inicial, estas no influían de forma determinante en el monto por el alquiler de cada unidad del material. En cualquier caso, dicho monto siempre va a ser inferior al costo de una adquisición, de manera que Fetrans y Perurail siempre tendrían ventaja frente a cualquier otro competidor que decidiera ingresar, ya sea al mercado de servicios de alquiler de material tractivo y rodante o al de servicios de transporte ferroviario de pasajeros y carga.
61. Respecto a la posición de dominio de Fetrans, la Secretaría Técnica reiteró lo señalado en el Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC.
62. Respecto a las conductas denunciadas, la Secretaría Técnica reiteró lo señalado en el Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC.
63. La Secretaría Técnica sostuvo que, Fersimsac sí había solicitado a Fetrans el alquiler de material tractivo y rodante. Fersimsac formuló un pedido expreso a Fetrans con fin de que ésta le alquile dicho material, solicitando incluso información sobre las condiciones comerciales en las que se venía alquilando. Asimismo, también existió la negativa de Fetrans a arrendar dicho material, argumentando que éste se encontraba alquilado íntegramente a Perurail.

---

<sup>173</sup> Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 233.

*“Dicho nivel de precios se ubicaría en el costo marginal de la prestación del servicio de transporte ferroviario, pues al pertenecer al mismo grupo económico, Perurail y Fetrans podrían renegociar a muy bajo costo el contrato de alquiler de material tractivo y rodante, fijando la renta de arrendamiento de todo el material, por ejemplo, en un centavo de nuevo sol (S. 0.01) por año (incluso por periodos superior a un años), con lo cual en términos reales el costo de operación sostenible de Perurail sería únicamente el costo de prestar el servicio de transporte”.*

64. Según la Secretaría Técnica, la razonabilidad de la justificación de la negativa de Fetrans dependía de la lógica y diseño del proceso de concesión, en particular de lo previsto en el Contrato de Concesión respecto al acceso de operadores no vinculados a Fetrans. Al respecto, cabían dos interpretaciones: (i) que los operadores ingresen con material propio, o (ii) que un potencial entrante tiene derecho a un acceso competitivo sobre el material tractivo y rodante concesionado a Fetrans.
65. Para la Secretaría Técnica, la primera interpretación debía ser descartada, pues bajo dicha interpretación Perurail sería prácticamente el único operador en el Ferrocarril Sur Oriente, en tanto podría reducir sus precios significativamente debido a su integración con Fetrans, eliminando así los incentivos para el ingreso de nuevos operadores. Esto permitiría a Perurail el cobro de tarifas de transporte elevadas, derivando ello en una pérdida para los consumidores. Las ganancias extraordinarias obtenidas no implican necesariamente un beneficio para el Estado en términos de incremento de la retribución principal y especial.
66. En cambio, según la Secretaría Técnica, la segunda interpretación correspondía a la lógica del proceso de privatización de los ferrocarriles en el Perú, esto es, la generación de competencia en el transporte ferroviario de carga y pasajeros. Ello se desprendía del Segundo Plan de Promoción que establecía que el alquiler de equipos ferroviarios y servicios es libre pero equitativa para todos los operadores, lo cual fue finalmente plasmado en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. Esta interpretación permitía una mayor competencia en el transporte en el Ferrocarril Sur Oriente y una mayor retribución al Estado por la explotación de los bienes.
67. De acuerdo con la Secretaría Técnica, lo que se imputó a Fetrans como abuso de posición de dominio no era el hecho de haber suscrito un contrato de arrendamiento con Perurail sino el no haber implementado algún mecanismo que permitiera a Fersimsac acceder al material tractivo y rodante concesionado. Así, el ilícito no era la celebración del contrato sino el haber utilizado dicho contrato como pretexto injustificado para negar a Fersimsac el alquiler del material.
68. Como medidas correctivas, la Secretaría Técnica solicitó se establezca que Fetrans negocie con los nuevos operadores términos que no impliquen un trato discriminatorio. En caso no llegasen a un acuerdo, la Secretaría Técnica propuso las siguientes alternativas:
- a) En caso lo solicite un operador, Fetrans debía armar dos paquetes equitativos del material. A efectos de que no exista un incentivo para beneficiar a su vinculada, una vez armados los paquetes, el nuevo operador sería quien elija qué paquete utilizar.
  - b) En caso lo soliciten dos o más operadores, Fetrans debía armar dos paquetes equitativos del material. Uno de los paquetes sería entregado a Perurail y el otro sería subastado entre los nuevos operadores.
69. En base a las consideraciones anteriores, recomienda a la Comisión declarar fundada tanto la denuncia de oficio como la denuncia de parte presentada por Fersimsac sobre el abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato (o trato discriminatorio), e imponer a Fetrans una infracción leve equivalente a 203.9 UIT. Asimismo, se recomendó dictar las medidas correctivas planteadas en el informe.

**XII. Razón de Secretaría del 15 de junio de 2005 que incorpora Informe No. 028-2005/GEE**

70. Este informe fue incorporado por la Secretaría Técnica mediante Razón de Secretaría del 15 de junio de 2005. En dicho informe, la GEE sostuvo lo siguiente:

- a) Las disposiciones contractuales del Contrato de Concesión (cláusulas 7.3, 7.6 y 12.2, así como Circular No. 17) sugerían que las reformas operadas en el sector sí consideraban la generación de competencia en aquellos segmentos donde la libre competencia era posible y deseable, y no tenía la finalidad de mantener integradas verticalmente las actividades ferroviarias de administración de la infraestructura y la operación de transporte.
- b) La integración vertical no tiene un origen estratégico sino transaccional, en caso existan múltiples alternativas de clientes y/o proveedores. Así, la empresa puede ahorrar costos de transacción a través de este tipo de relaciones con sus clientes y/o proveedores. En estas circunstancias, no existía razón válida para oponerse a esta práctica. Sin embargo, si se reduce el número de participantes, y en el extremo existe un único proveedor y/o cliente, entonces esta práctica sí podía alterar la competencia (traslado de poder de mercado). En este último caso, se justificaba la necesidad de revisar el caso particular para ponderar los efectos de la relación vertical sobre la competencia.

**XIII. Alegatos de Fersimsac del 22 de junio de 2005**

71. En su escrito, Fersimsac reiteró lo señalado en anteriores escritos.

**XIV. Alegatos de Fetrans del 6 de julio de 2005 sobre el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC**

72. En su escrito, Fetrans sostuvo que no existían limitaciones contractuales o legales para que Fetrans alquile el material tractivo y rodante a Perurail. La única manera de imponer limitaciones era que se demuestre que Fetrans ostentaba posición de dominio, lo cual ha sido descartados en los escritos previos e informes de Apoyo Consultoría.

73. Además, el Contrato de Concesión no prohibía a Fetrans tener un operador vinculado sino lo obliga a tenerlo, ello se desprende de la Circular No. 17. Lo que el Contrato de Concesión prohibía era que Fetrans preste servicios de transporte de pasajeros y carga por sí mismo, de manera que esta solamente tenga a su cargo la infraestructura. Esto se hacía estrictamente para facilitar la actividad regulatoria.

74. Según Fetrans, nada en el texto de las Bases, Circulares y Contrato de Concesión permitían concluir que la constitución de un operador vinculado tenía carácter excepcional y, por tanto, temporal. Era un error que la Secretaría Técnica vinculara la continuidad del servicio con una medida excepcional. Por el contrario, las Bases y el Contrato de Concesión eran consistentes con la existencia de un operador integrado durante toda la vigencia de la concesión.

75. Asimismo, el mecanismo utilizado por el Estado para la entrega en concesión a Fetrans había previsto un esquema de pagos en función a los ingresos durante toda la concesión. Esto pudo ser previsto como un pago inicial, en lugar de un pago durante la concesión. La oportunidad en que se realiza el desembolso al



Estado por parte de Fetrans no puede ser base para concluir que se había concesionado la línea férrea a costo cero.

76. Según Fetrans, no había existido una negativa injustificada. En el negado caso que se considerara que Fetrans se negó a contratar, dicha negativa era justificada pues el material tractivo y rodante se encontraba comprometido en su integridad, siendo utilizado en toda su capacidad por parte de Perurail.
77. Finalmente, como parte de sus descargos, Fetrans presentó el Informe de Apoyo Consultoría del 5 de julio de 2005.

▪ **Tercer informe de Apoyo Consultoría del 5 de julio de 2005**

78. Según Apoyo, la finalidad del proceso de concesión fue promover y atraer inversiones que permitieran la rehabilitación y mejoramiento del sistema ferroviario. Si bien se garantizó el acceso de nuevos operadores de transporte, permitiendo así la competencia en el transporte de pasajeros y carga, esta no fue la finalidad inicial del proceso de concesión.
79. El material tractivo y rodante concesionado a Fetrans venía siendo utilizado a plena capacidad por Perurail, de manera que Fetrans enfrenta una limitación técnica para alquilar dicho material a un nuevo operador. Incluso el material concesionado había resultado insuficiente y Perurail se había visto en la necesidad de abastecerse de equipos adicionales. De esta manera, resultaba justificada la negativa de Fetrans de alquilar el material tractivo y rodante.
80. El hecho que no haya existido un pago inicial no implica que los bienes hayan sido entregados a Fetrans a costo cero. Sí existía un pago al Estado, el cual se encontraba vinculado a los ingresos que Fetrans obtenía por el alquiler del material tractivo y rodante.
81. La suposición que realizó la Secretaría Técnica sobre la disminución de los precios a niveles mínimos implicaba un incumplimiento por parte de Fetrans respecto a su obligación de explotar económicamente el material tractivo y rodante. La reducción de precios ante el ingreso de un nuevo operador no constituía una infracción, en tanto los precios no se reduzcan a un nivel inferior a los costos.

**XV. Apersonamiento de Perurail del 12 de julio de 2005**

82. Perurail solicitó la suspensión del procedimiento y que se le reconozca el derecho de contestar la denuncia, así como de ofrecer medios probatorios. Todo ello con la finalidad de garantizar su derecho de defensa.
83. Según Perurail, la Secretaría Técnica estaba obligada a notificar a Perurail la denuncia presentada por Fersimsac en la medida que dicha denuncia involucra una afectación directa de los intereses de Perurail. Ello pues las medidas propuestas por la Secretaría Técnica y Fersimsac en el procedimiento suponían la modificación del contrato de alquiler suscrito entre Fetrans y Perurail.

**XVI. Escrito de Fetrans del 6 de octubre de 2005**

84. Como parte de sus argumentos, Fetrans presentó un informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005.
- **Cuarto informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005**

85. En este informe, Apoyo Consultoría reiteró los argumentos señalados en los informes anteriores.

**XVII. Escrito de Fetrans del 26 de octubre de 2005**

86. Como parte de sus argumentos, Fetrans presentó un informe elaborado por el área de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (en adelante, CIUP) de octubre de 2005.

▪ **Informe de CIUP de octubre de 2005**

87. El modelo de concesión del Ferrocarril Sur Oriente combina elementos de los modelos de integración vertical y de separación vertical. Si bien establece como actividades distintas el manejo de la infraestructura y la prestación del servicio de transporte, estas actividades pueden ser llevadas a cabo por dos empresas vinculadas. En tal sentido, se buscó promover la eficiencia a través de un sistema que permitiera aprovechar las ventajas de la integración vertical.
88. El mercado de material tractivo y rodante presenta diferentes alternativas de adquisición y comprende el ámbito mundial, de manera que Fetrans no ostenta posición de dominio. Ello a su vez descarta la posibilidad de que el material tractivo y rodante concesionado a Fetrans sea considerada como una facilidad esencial.
89. El costo que asume Perurail por utilizar el material tractivo y rodante alquilado por Fetrans comprende, además del monto por alquiler, gastos de reparación y mantenimiento. Estos gastos pueden llegar incluso a triplicar el monto que Perurail paga por alquiler.

**XVIII. Resolución No. 061-2005-INDECOPI/CLC de 17 de noviembre de 2005**

90. La Comisión declaró procedente la solicitud de apersonamiento formulada por Perurail y ordenó se corra traslado de la denuncia de Fersimsac, así como de la Resolución No. 074-2004-INDECOPI/CLC que admite a trámite dicha denuncia. Asimismo, ordenó la actuación de los medios probatorios que ofreciera Perurail en el procedimiento.

**XIX. Escrito de descargos de Perurail del 1 de diciembre de 2005**

91. Según Perurail, la Secretaría Técnica debía emitir un nuevo informe considerando los descargos presentados por Perurail, pues sus argumentos y medios probatorios debían ser valorados.
92. Por un lado, Perurail señaló que el contrato de alquiler con Fetrans se ajustaba a las normas legales vigentes al momento de su suscripción. En aplicación del artículo 62 de la Constitución y el artículo 1354 del Código Civil, el contrato era válido y oponible, no siendo admisible modificación alguna a sus estipulaciones.
93. Por otro lado, señaló que la Comisión carecía de competencia para determinar las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante entre Fetrans y Perurail. OSITRAN era competente únicamente para imponer condiciones derivadas del REMA.
94. Finalmente, señaló que el mercado de transporte ferroviario contaba con barreras naturales de entrada que debían ser superadas por cualquier competidor.

**XX. Escrito de Fetrans del 5 de diciembre de 2005**

95. Fetrans reiteró los argumentos señalados en sus escritos anteriores.

**XXI. Audiencia de informe oral del 8 de febrero de 2006**

96. La audiencia de informe oral se llevó a cabo con la participación de Fetrans y Perurail.

**XXII. Escrito de Perurail del 10 de marzo de 2006**

97. Perurail adjuntó las actas notariales de devolución y recepción de los bienes obsoletos y/o inutilizables de los Ferrocarriles Sur y Sur Oriente, con la finalidad de demostrar que existía una importante cantidad de material tractivo y rodante en el país, el mismo que puede ser reacondicionado para el Ferrocarril Sur Oriente.

98. El material devuelto al Estado se encontraba en las mismas condiciones que aquel recibido por Fetrans y entregado a Perurail. Así, luego de las inversiones realizadas por Perurail para repararlo, dicho material se encontraba en condiciones para prestar el servicio de transporte de pasajeros y carga en el Ferrocarril Sur Oriente.

**XXIII. Informe No. 011-2006/GEE de 14 de marzo de 2006**

99. A solicitud de la Secretaría Técnica, la GEE elaboró un informe complementario, tomando en cuenta la nueva documentación incorporada al expediente. En dicho informe, llegó a las siguientes conclusiones:

- a) Respecto a la simulación realizada por Apoyo, en esta no se consideró la opción de alquiler del material tractivo y rodante. Al realizar la comparación de las opciones de alquiler y compra, la GEE señaló:

*“Los indicadores de rentabilidad obtenidos permiten afirmar que, si bien la opción de compra de material tractivo y rodante sería económicamente viable (VAN positivo, ascendente a S/ 5.8 millones), los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler (VAN igual a S/ 17.8 millones), haría que se prefiera esta última opción en lugar de la primera”<sup>174</sup>.*

- b) La empresa establecida (Perurail) podía adoptar comportamientos estratégicos como la disminución de sus precios hasta alcanzar un nivel próximo a los costos marginales. Esta caída de precios provocaría una caída en la rentabilidad de las opciones de ingreso, pudiendo alcanzar rendimientos negativos.

**XXIV. Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC de 23 de mayo de 2006**

100. La Secretaría Técnica elaboró un informe complementario, tomando en cuenta los nuevos medios probatorios incorporados al expediente.

---

<sup>174</sup> Informe No. 011-2006/GEE, párrafo 5.

101. Al respecto, sobre los cuestionamientos sobre la delimitación del mercado relevante, la Secretaría Técnica señaló:

*“(...) el argumento de la Secretaría Técnica no se centra en que no existan proveedores o que no sea posible la conversión de material tractivo y rodante para operar en el Ferrocarril Sur Oriente, sino que no es viable económicamente realizar dichas acciones. En otras palabras, ni la compra ni la conversión resultan económicamente viables para cualquier potencial operador dadas las condiciones en que se entregó el material tractivo y rodante al grupo económico Fetrans – Perurail. Así, la única posibilidad para ingresar a competir en el mercado de transporte de pasajeros y carga en el Ferrocarril Sur Oriente es mediante el alquiler del material tractivo y rodante que fue concesionado a Fetrans”<sup>175</sup>.*

102. En base a lo señalado en sus informes anteriores, así como en los informes de la GEE, la Secretaría Técnica ratificó su definición de mercado relevante.

103. Respecto a la devolución de material tractivo y rodante que Fetrans alegó podría ser utilizada por un nuevo operador, ya que se entregó a Perurail un material en las mismas condiciones, la Secretaría Técnica señaló que la única explicación para la devolución de dicho material era que este no tendría viabilidad económica y/o técnica para ser operador en el Ferrocarril Sur Oriente.

104. Respecto a la negativa de trato, la Secretaría Técnica reiteró los argumentos señalados en sus informes anteriores.

#### **XXV. Escrito de Fetrans del 23 de mayo de 2006**

105. Fetrans reiteró los argumentos señalados en sus escritos anteriores.

#### **XXVI. Escrito de Perurail del 31 de mayo de 2006**

106. Según Perurail, al alquilar el material tractivo y rodante, dicha empresa y Fetrans no solo estaban ejerciendo su legítimo derecho de contratar, sino que, además, estaban cumpliendo con una obligación impuesta por el Estado en el Contrato de Concesión.

107. El Contrato de Concesión no estableció la obligación de brindar acceso al material tractivo y rodante otorgado en concesión a Fetrans. Estas condiciones no podían ser modificadas o alteradas.

108. Existían otras fuentes de aprovisionamiento de material tractivo y rodante además de Fetrans. Dichas fuentes habían sido utilizadas por Perurail, lo cual demostraba su viabilidad.

#### **XXVII. Escrito de Fetrans del 6 de julio de 2006**

109. Como parte de sus argumentos, Fetrans presentó un informe de Apoyo Consultoría de junio de 2006.

- **Quinto informe de Apoyo Consultoría de junio de 2006**

---

<sup>175</sup> Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC, párrafo 13.

110. Según Apoyo, no era cierto que la opción de entrada alquilando el material tractivo y rodante sea significativamente más rentable que la opción de ingreso adquiriendo dicho material, pues el cálculo realizado por la Secretaría Técnica no ha considerado los pagos que viene realizando Fetrans al Estado por el derecho de operar el material tractivo y rodante, así como tampoco toma en cuenta los elevados montos de inversión realizados por Perurail para operar adecuadamente el material tractivo y rodante.
111. Existía material tractivo y rodante para un ancho de trocha de 914 mm en el Perú. Cabe señalar el caso del Tren Macho (tren que une Huancayo con Huancavelica) y el Ferrocarril Central, ambos en total poseen 23 locomotoras, 38 coches de pasajeros, 69 de carga, 816 vagones, 2 de equipaje y un autovagón.
112. No era cierto que Perurail tuviera la posibilidad de reducir estratégicamente sus precios ante la posible entrada de un nuevo competidor, pues en el análisis de la Secretaría Técnica no se había considerado la regulación del sector ni las características del negocio de Perurail. Lo primero debido a que dicho contrato podía ser observado por OSITRAN en tanto la reducción de tarifas significaría un menor ingreso para el Estado. Lo segundo, la Secretaría Técnica no había tomado en cuenta la presencia de subsidios cruzados entre los servicios Vistadome y Backpacker hacia el Servicio Social.

#### **XXVIII. Escrito de Fetrans del 3 de agosto de 2006**

113. Fetrans remitió a la Secretaría Técnica comunicaciones que mantuvo con OSITRAN y en las cuales se le informa que existe un operador que estaba interesado en ingresar al Ferrocarril Sur Oriente.

#### **XXIX. Resolución 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de setiembre de 2006 (Decisión final en primera instancia)**

114. La Comisión adoptó los argumentos señalados por la Secretaría Técnica. Así, para la Comisión no está en discusión la posibilidad de compra de material o su conversión, sino que el grupo económico conformado por Fetrans y Perurail goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante en el Ferrocarril Sur Oriente. Asimismo, la existencia del contrato de alquiler entre Fetrans y Perurail sin que medie un procedimiento competitivo restringía fuertemente la competencia en el mercado de servicios de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente.
115. La Comisión consideró que la negativa de Fetrans se encontraba debidamente acreditada, en tanto arrendó todo su material tractivo y rodante a Fersimsac.
116. Existía un vacío respecto a la forma cómo debía alquilarse dicho material, lo cual permitió que el grupo económico prestara el servicio de manera monopólica. El efecto del contrato fue impedir la competencia en el Ferrocarril Sur Oriente. Este vacío fue producto de la Circular No. 17. En consecuencia, la negativa de Fetrans no podía ser sancionada, pues el alquiler de la totalidad del material era una posibilidad derivada del Contrato de Concesión.

#### **XXX. Apelación de OSITRAN del 6 de octubre de 2006**

117. El artículo 41<sup>176</sup> del Reglamento General de OSITRAN preveía que, si se determinaba la existencia de indicios de infracción a las normas de competencia en el mercado donde operan los supervisados por OSITRAN, este debía proceder a denunciar ante INDECOPI tales situaciones. Asimismo, la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión legitimaba a OSITRAN para formar parte de procedimientos ante INDECOPI cuando identifique infracciones a las normas de libre competencia.
118. En efecto, el artículo 50<sup>177</sup> de la LPAG permitía a una autoridad administrativa participar a través de denuncias, otorgando así a OSITRAN el legítimo derecho de apersonarse y coadyuvar a la mejor decisión del órgano administrativo competente.
119. Según OSITRAN, el principal objetivo del modelo de concesión era permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de carga sobre la misma infraestructura, en este caso, el Ferrocarril Sur Oriente. Para que la competencia sea relevante, un operador entrante debía percibir que no incurriría en inversiones hundidas significativas, de manera que eventualmente pueda trasladar su material hacia una ruta alternativa, en caso la entrada no fuera favorable.
120. En virtud de la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, Fetrans se encontraba prohibido de efectuar cualquier acto que tenga por finalidad discriminar entre los operadores de servicio de transporte ferroviario. Asimismo, se encuentra prohibido de desarrollar conductas que tengan por objeto limitar la libre competencia. De esta manera, al explotar la concesión, Fetrans debió observar que su conducta no limite la libre competencia.
121. Siendo así, según OSITRAN, el pronunciamiento de la Comisión desconocía la finalidad pro competitiva de diversas estipulaciones contractuales expresamente establecidas en el propio Contrato de Concesión.

---

<sup>176</sup> Reglamento General de OSITRAN

*“Artículo 41.- Controversias entre Entidades Prestadoras y Usuarios sujetas a la Función de Solución de Reclamos del OSITRAN*

*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38 del Reglamento, quedan sujetas a la Función de Solución de Reclamos del OSITRAN las siguientes materias controvertidas entre Entidades Prestadoras y Usuarios:*

*1. Las relacionadas con la facturación y el cobro de los servicios por uso de Infraestructura, lo que incluye expresamente las controversias vinculadas con la aplicación del artículo 66.2 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, o de la normativa que corresponda.*

*2. Las relacionada con la calidad y oportuna prestación de dichos servicios.*

*3. Las relacionadas con daños y pérdidas en perjuicio del Usuario, de acuerdo a los montos mínimos que establezcan las normas que emita el Consejo Directivo del OSITRAN, provocadas por negligencia, incompetencia o dolo por parte de la Entidad Prestadora.*

*4. Las relacionadas con el acceso a la Infraestructura.*

*5. Otras que se contemplen en el Reglamento de Atención de Reclamos y Solución de Controversias que apruebe el Consejo Directivo del OSITRAN.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la protección al usuario final de los servicios públicos que regula el OSITRAN se rige por las Disposiciones del Capítulo I del Título IV de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor y por la normatividad específica que para tal efecto apruebe el Consejo Directivo.*

*Es requisito de admisibilidad de los reclamos que origina la controversia entre un Usuario y una Entidad Prestadora, el haber agotado la vía previa ante la propia Entidad Prestadora”.*

<sup>177</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Ley 27444

*“Artículo 50.- Sujetos del procedimiento*

*Para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo, se entiende por sujetos del procedimiento a:*

*1. Administrados: la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. Cuando una entidad interviene en un procedimiento como administrado, se somete a las normas que lo disciplinan en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados*

*2. Autoridad administrativa: el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos”.*

122. De esta manera, la Comisión no debió limitarse al hecho que el Contrato de Concesión no prohibía alquilar el 100% del material tractivo y rodante, sino a que tal alquiler sólo era lícito en el caso de que Fetrans usase la totalidad del material tractivo y rodante. Lo contrario significaría que el alquiler fue usado para bloquear el acceso de otros operadores de la vía.
123. En consecuencia, dentro de una interpretación literal, sistemática y finalista del Contrato de Concesión, para OSITRAN era claro que la Circular No. 17 establecía la posibilidad de integrarse verticalmente para que no se interrumpa el servicio de transporte. Sin embargo, dicha circular no amparaba el abuso de posición de dominio, consistente en alquilar la totalidad del material tractivo y rodante cuando este no se encontraba siendo utilizado a su máxima capacidad, lo cual se desprende del Informe No. 201-06-GS-OSITRAN<sup>178</sup>.
124. De esta manera, OSITRAN alegó que la conducta de Fetrans resultaba injustificada, pues no existía justificación económica ni técnica para que alquile la totalidad de un material que no usaba en su integridad.

#### **XXXI. Resolución 072-2006-INDECOPI/CLC de 16 de octubre de 2006**

125. La Comisión decidió declarar inadmisibile el recurso de apelación presentado por Fersimsac por el incumplimiento de la tasa correspondiente.

#### **XXXII. Resolución No. 1825-2006/TDC-INDECOPI de 15 de noviembre de 2006**

126. En atención al recurso de queja presentado por OSITRAN en contra de la comunicación enviada por la Secretaría Técnica mediante el Oficio No. 162-2006/CLC-INDECOPI. Al respecto, sobre la apelación de OSITRAN, la Sala señaló lo siguiente:
- a) El procedimiento de represión de conductas anticompetitivas admite la participación de terceros en condición de parte en la medida que acrediten tener un interés legítimo o un derecho subjetivo en el resultado de este.
  - b) Considerando que OSITRAN tiene entre sus objetivos fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte, cuenta con interés legítimo para participar en los procedimientos derivados de posibles infracciones a las normas de libre competencia, en particular de las infracciones que se presenten en el contrato materia del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Fetrans.
  - c) La tramitación de la notificación del pronunciamiento final de la Comisión no ha sido adecuada pues no se ha respetado la condición de parte de OSITRAN. Dicha condición se desprende de la denuncia de OSITRAN y Fersimsac, las cuales dieron inicio al procedimiento administrativo

---

<sup>178</sup> Informe No. 201-06-GS-OSITRAN

*"4.1. El Material Rodante que no ha sido utilizado por el Operador de la vía del Sur-Oriente, PERU RAIL, en el primer semestre del año es de un promedio de 21%. Asimismo en lo que se refiere al Material Tractivo (locomotoras) estas vienen siendo utilizadas en un nivel del 50% (3 de 6 locomotoras), para el mismo periodo analizado.*

*4.2. El análisis del Material Tractivo y Rodante utilizado una cantidad de días menor o igual a 5 días, nos da como resultado un 34% en promedio para los tres primeros meses del año y de 15% para los meses de Abril, Mayo y Junio de 2006, promedio que ha variado el Concesionario luego de nuestra comunicación del mes de Marzo, lo que ha llevado una mejor racionalización del uso de su material T/R, existiendo por lo tanto una menor subutilización de los coches.*

*4.3. Mayores alcances a lo analizado en el presente Informe podría ser efectuado con un estudio de optimización de uso de Material Tractivo y Rodante sobre la base de horarios, lo que tendría que ser realizado por un experto en transporte ferroviario".*

sancionador. Asimismo, no se ha dado una respuesta válida a OSITRAN, en la medida que no se ha pronunciado sobre la condición de parte de OSITRAN, su legítimo derecho de apersonamiento, la legitimidad para obrar, entre otros.

### **XXXIII. Escrito de absolución de Fetrans del 9 de abril de 2007**

127. En su escrito de absolución de apelación, Fetrans reiteró los argumentos expresados en anteriores escritos. Complementa sus argumentos con un nuevo informe de Apoyo Consultoría de fecha 3 de abril de 2007.

#### **▪ Sexto informe de Apoyo Consultoría de 3 de abril de 2007**

128. En este informe, Apoyo Consultoría reiteró los argumentos expresados en informes anteriores. Respecto al Informe No. 201-06-GS-OSITRAN, Apoyo Consultoría señaló lo siguiente:

- a) OSITRAN asume de manera incorrecta que todo el material que Fetrans alquila a Perurail debería estar en permanente uso. Ello debido a que el material puede encontrarse en reparación y/o revisión. Asimismo, que el material no se encuentre en ruta no significa que esté siendo utilizado.
- b) OSITRAN se equivoca al asumir que la utilización diaria del material es la variable clave del análisis. La variable que debe acercarse al 100% para poder evaluar si Fetrans ha negado injustificadamente el alquiler del material es el uso efectivo, el cual debe ser dimensionado en función a los picos de demanda del servicio que se ofrece. Si bien es posible que en algunos exista menor demanda y, por ello, menor uso del material, el uso efectivo debe ser tomado en cuenta durante los meses de mayor afluencia de turistas.

### **XXXIV. Escrito de OSITRAN del 6 de octubre de 2006**

129. OSITRAN reiteró sus argumentos e incorporó al expediente el Informe 003-2007-GS-OSITRAN-TML, informe que analiza y evalúa los criterios y resultados del informe elaborado por Apoyo Consultoría, así como analiza y evalúa el grado de utilización del material tractivo y rodante concesionado en el Ferrocarril Sur Oriente.

### **XXXV. Escrito de absolución de Fetrans del 15 de junio de 2007**

130. En su escrito, Fetrans reiteró los argumentos expresados en anteriores escritos. Adjuntó a su escrito la Resolución Directoral No. 033-2007-MTC/14 y 037-2007-MTC/14 mediante las cuales se otorgaba el permiso de operación a Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A., empresas que presentaron su propio material tractivo y rodante. Ello demostraba la viabilidad económica de ingresar al Ferrocarril Sur Oriente con material distinto al concesionado a Fetrans y, en consecuencia, la inexistencia de posición de dominio.

### **XXXVI. Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI de 2 de julio de 2007 (Decisión final de segunda instancia)**

131. Originalmente, se preveía en el Contrato de Concesión un modelo de organización del sector ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente de separación vertical. Por medio de la Circular No. 17, se dispuso la obligación de Fetrans de contar con un operador de servicios de transporte ferroviario a efectos de asegurar la



continuidad del servicio. Sin embargo, la circular no impedía que terceros puedan acceder a competir en el servicio de transporte. Así, se pasó de una modelo de separación vertical a uno de acceso competitivo.

132. El mercado relevante de servicio se encontraba delimitado al alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el Ferrocarril Sur Oriente, debido a que:
- d) Para definir el mercado relevante de servicio, deben incluirse aquellos bienes considerados sustitutos. Al momento de delimitar los sustitutos debe considerarse no sólo su posibilidad en abstracto, sino la viabilidad económica dadas las condiciones del mercado en particular.
  - e) Si bien la alternativa de compra de material podría resultar rentable, deja de ser viable si se considera la respuesta competitiva del operador ya posicionado. Así, una estrategia de reducción de precios atentaría contra la rentabilidad del nuevo operador. Considerando el modelo propuesto por Fetrans, bastaría una reducción del 6,82% del precio del servicio de transporte para que este deje de ser rentable ante la alternativa de compra, mientras que sería necesaria una reducción del 20,7% del precio de transporte en el caso de la alternativa de alquiler.
  - f) Asimismo, los costos de adquisición representan una inversión que no puede ser trasladada fácilmente a otro mercado, debido a las particularidades técnicas del Ferrocarril Sur Oriente.
133. El mercado geográfico se restringía al departamento del Cusco pues la única alternativa para el alquiler de material tractivo y rodante era aquella que se encontraba en similares condiciones al alquiler de Fetrans hacia Perurail.
134. Fetrans contaba con posición de dominio debido a que:
- d) Es la única empresa que presta el servicio de alquiler en el mercado relevante.
  - e) *Además, “en el análisis del mercado relevante efectuado se aprecia que no existían alternativas económicas viables para que un operador entrante pueda competir rentablemente con Perurail en el mercado de transporte de pasajeros y/o carga en el Ferrocarril Sur Oriente. Debido a las condiciones en que Fetrans adquirió el material en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente, esta empresa se encuentra en aptitud para alquilar el material a un precio tan bajo que otros agentes, que podrían arrendar o vender material a un potencial entrante, no representarían alternativas viables en términos de precio”<sup>179</sup>.*
  - f) La obtención de permisos de operación por parte de Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A. no acredita que dichas empresas cuenten con material para competir en el Ferrocarril Sur Oriente, ni tampoco permite concluir que otras fuentes de aprovisionamiento constituyan opciones viables en términos económicos”.
135. La negativa de Fetrans era injustificada debido a que:

---

<sup>179</sup> Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI, párrafo 51.

- a) La posibilidad de contar con un operador vinculado no implica un reconocimiento de una suerte de exclusividad hacia este sobre el material tractivo y rodante. Una interpretación sistemática de las cláusulas 2.3, 5.2, 6, se desprende que la Retribución Especial consideraba un escenario en el cual terceros no vinculados alquilaran el material tractivo y rodante. Así, alquilar la totalidad del material a Perurail sería una situación excepcional, pues existirían incentivos para que Fettrans y Perurail subvalúen el precio del alquiler de manera que paguen un monto menor por la retribución especial.
- b) Asimismo, la disposición de la cláusula 7.6. del Contrato de Concesión (mandato de no discriminación) no se encuentra restringida únicamente al acceso a la vía férrea, pues prohíbe la discriminación para servicios equivalentes, entre los cuales se encuentra el servicio de alquiler. El deber de no discriminación en relación con el alquiler del material propugnaba la igualdad de condiciones de acceso al mercado y que Fettrans no favoreciera a su operador vinculado. En tal sentido, permitir una exclusividad en la utilización del material tractivo y rodante implicaría reconocer la posibilidad de un trato diferenciado en comparación con terceros operadores no vinculados.
- c) Si bien Fettrans ha señalado que Perurail se encuentra utilizando el material tractivo y rodante en toda su capacidad -aunque ello ha sido cuestionado por OSITRAN-, la infracción no consiste en el simple arrendamiento de la totalidad del material a Perurail, sino en aprovechar dicha situación para apalancar su posición de dominio, negándose a arrendar el material a cualquier otro operador.
136. En calidad de medida correctiva, la Comisión dispuso del cese de la negativa injustificada de alquiler del material y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión. En caso Fettrans deniegue de manera injustificada el acceso competitivo al material, los afectados pueden denunciar dicha conducta como un incumplimiento a la medida correctiva.
137. Si bien el cálculo del beneficio esperado por Fettrans asciende a S/ 2 289,551.89 (aproximadamente 663.3 UIT<sup>180</sup>), debe tomarse en cuenta que el transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur Oriente era un mercado nuevo, así como las acciones de Fettrans y Perurail por promocionar el transporte en dicha vía férrea; de manera que corresponde reducir la multa en un 75%. Por tanto, se impone a Fettrans una multa de 165.9 UIT.

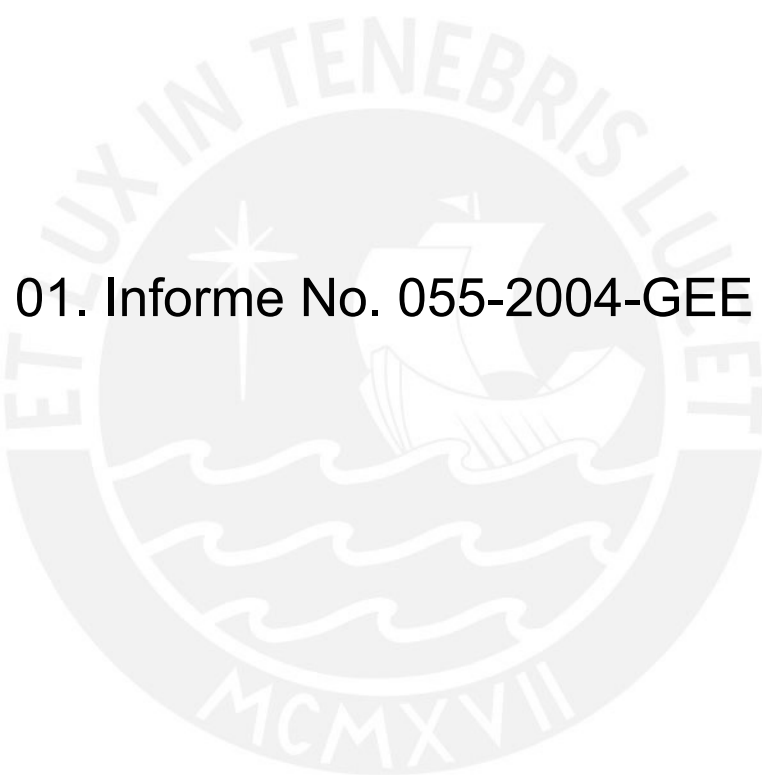
---

<sup>180</sup> Al 2007, el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) ascendía a S/ 3,450.00.

**C. ANEXO 2: ÍNDICE DE PRINCIPALES DOCUMENTOS DEL EXPEDIENTE**

- I. Informe No. 055-2004/GEE de 18 de agosto de 2004**
- II. Denuncia de Fersimsac de 27 de agosto de 2004**
- III. Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC de 20 de octubre de 2004**
- IV. Resolución No. 067-2004-INDECOPI/CLC de 27 de octubre de 2004**
- V. Resolución No. 074-2004-INDECOPI/CLC de 17 de noviembre de 2004**
- VI. Descargos de Fetrans del 19 de noviembre de 2004**
- VII. Descargos de Fetrans del 5 de enero de 2005**
  - **Primer informe de Apoyo Consultoría del 4 de enero de 2005**
- VIII. Escrito de Fetrans del 23 de marzo de 2005**
- IX. Escrito de Fetrans del 01 de junio de 2005**
  - **Segundo informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005**
- X. Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC de 13 de junio de 2005**
- XI. Razón de Secretaría del 15 de junio de 2005 que incorpora Informe No. 028-2005/GEE**
- XII. Alegatos de Fersimsac del 22 de junio de 2005**
- XIII. Alegatos de Fetrans del 6 de julio de 2005 sobre el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC**
  - **Tercer informe de Apoyo Consultoría del 5 de julio de 2005**
- XIV. Apersonamiento de Perurail del 12 de julio de 2005**
- XV. Escrito de Fetrans del 6 de octubre de 2005**
  - **Cuarto informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005**
- XVI. Escrito de Fetrans del 26 de octubre de 2005**
  - **Informe de CIUP de octubre de 2005**
- XVII. Resolución No. 061-2005-INDECOPI/CLC de 17 de noviembre de 2005**
- XVIII. Escrito de descargos de Perurail del 1 de diciembre de 2005**
- XIX. Escrito de Fetrans del 5 de diciembre de 2005**
- XX. Audiencia de informe oral del 8 de febrero de 2006**
- XXI. Escrito de Perurail del 10 de marzo de 2006**

- XXII. Informe No. 011-2006/GEE de 14 de marzo de 2006**
- XXIII. Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC de 23 de mayo de 2006**
- XXIV. Escrito de Fetrans del 23 de mayo de 2006**
- XXV. Escrito de Perurail del 31 de mayo de 2006**
- XXVI. Escrito de Fetrans del 6 de julio de 2006**
- **Quinto informe de Apoyo Consultoría de junio de 2006**
- XXVII. Escrito de Fetrans del 3 de agosto de 2006**
- XXVIII. Resolución 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de setiembre de 2006 (Decisión final en primera instancia)**
- XXIX. Apelación de OSITRAN del 6 de octubre de 2006**
- XXX. Resolución 072-2006-INDECOPI/CLC de 16 de octubre de 2006**
- XXXI. Resolución No. 1825-2006/TDC-INDECOPI de 15 de noviembre de 2006**
- XXXII. Escrito de absolución de Fetrans del 9 de abril de 2007**
- **Sexto informe de Apoyo Consultoría de 3 de abril de 2007**
- XXXIII. Escrito de OSITRAN del 6 de octubre de 2006**
- XXXIV. Escrito de absolución de Fetrans del 15 de junio de 2007**
- XXXV. Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI de 2 de julio de 2007 (Decisión final de segunda instancia)**



01. Informe No. 055-2004-GEE



**INFORME N° 055-2004/GEE**  
(VERSIÓN PÚBLICA PARA TODOS LOS INTERESADOS SIN EXCEPCIÓN)

A : **Hugo Gómez A.**  
Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia

DE : **Gonzalo Ruiz D.**  
Gerente de Estudios Económicos

**Luis Carlos Adriazén R.**  
Coordinador Legal

**Julio Aguirre M.**  
Analista Económico

ASUNTO : **Evaluación de las condiciones de entrada al mercado de servicios de transporte de pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente y consulta de Ositran respecto a la aplicación de las normas de libre competencia al alquiler de material tractivo y rodante en las concesiones de ferrocarriles.**

---

**I. Antecedentes**

1. El 9 de octubre del año 2003, Ositran remitió el Oficio N°476-03-GG-Ositran en el que se solicita al Indecopi la elaboración de un informe que oriente a los interesados acerca de la aplicación de las normas de libre competencia al alquiler de material tractivo y rodante en las concesiones de ferrocarriles en el Perú.
2. En la misma fecha, la Presidencia del Indecopi remitió dicha comunicación a la Gerencia de Estudios Económicos para la elaboración del informe correspondiente.
3. A continuación se presenta un análisis de la consulta, partiendo de una evaluación de las condiciones de entrada existentes en el servicio de transporte de pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente. Para ello, de manera previa, se describen las características generales de la actividad ferroviaria en el Perú. Posteriormente, se analizan las condiciones de entrada al mercado de transporte ferroviario en el Sistema Sur – Oriente, incluyendo una simulación de la entrada de un nuevo competidor al mercado de servicios de transporte ferroviario de pasajeros en dicho sistema. Finalmente a partir de los resultados de la simulación, se plantean algunas conclusiones en relación a la aplicación de las normas de libre competencia, vinculadas al alquiler del material tractivo y rodante en el sistema Sur Oriente.
4. Las opiniones vertidas en el presente informe corresponden única y exclusivamente a la Gerencia de Estudios Económicos y no vinculan a la Comisión de Libre Competencia ni a ningún Órgano Funcional del Indecopi.



## II. Análisis

### II.1.- Características generales de la actividad ferroviaria

5. A continuación se describen las principales características de la actividad ferroviaria. En una primera sección se define el servicio de transporte ferroviario, en una segunda describen sus principales características, en una tercera, se presentan los principales modelos regulatorios a partir de los cuales se puede configurar la organización de esta industria, y en una cuarta, se muestra la experiencia internacional en la organización de la industria ferroviaria.

#### II.1.1.- Definición del servicio de transporte ferroviario

6. La actividad ferroviaria consiste en el uso del ferrocarril como medio de transporte para el traslado de personas y mercancías desde un punto geográfico hacia otro; de ahí que la demanda por este tipo de transporte pueda considerarse, en términos generales, una demanda derivada<sup>1</sup> por parte de usuarios que desean trasladarse con la finalidad de obtener algún beneficio (demanda de servicios turísticos, por ejemplo) o trasladar carga con fines productivos (materias primas, por ejemplo).

7. Básicamente, en dicha actividad se distinguen dos tipos de negocios: (i) la administración de la infraestructura ferroviaria; y (ii) el servicio de transporte ferroviario (Gráfico N°1).<sup>2</sup> Ambos tipos de negocio son complementarios, ya que el servicio de transporte requiere necesariamente el uso de la infraestructura ferroviaria.

8. La infraestructura ferroviaria está conformada por la línea férrea, estaciones y andenes<sup>3</sup>, sistemas de señalización y comunicaciones, patios de maniobras y desvíos, terrenos y demás instalaciones que permitan la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga.

9. La administración de dicha infraestructura comprende los siguientes servicios: (i) el otorgamiento de acceso a la vía férrea a operadores ferroviarios, mediante el cual se les permite a estos últimos la entrada y utilización de la vía para brindar el servicio de transporte ferroviario; (ii) la programación y coordinación de los horarios durante los cuales podrá recorrer la vía el material tractivo y rodante<sup>4</sup> manejado por los operadores ferroviarios (iii) la construcción, rehabilitación y mantenimiento de

<sup>1</sup> Button, Kenneth. "Transport Economics". Edward Elgar Publishing Limited. 2nd Edition, 1993. Pág. 4.

<sup>2</sup> Corporación Andina de Fomento - CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Páginas 216, 217, 235. Editor: Jorge H. Kogan.

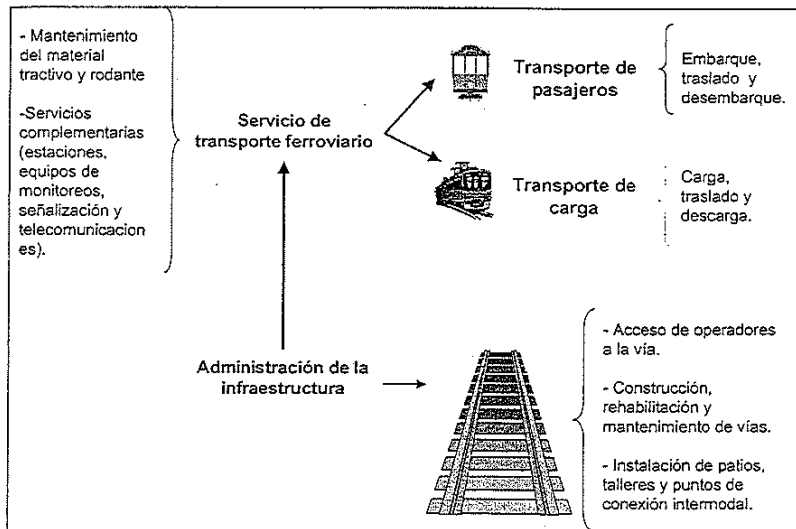
<sup>3</sup> Especie de acera a lo largo de la vía, más o menos ancha, y con la altura conveniente para que los viajeros entren en los vagones y se apeen de ellos, así como también para cargar y descargar equipajes y efectos. En: Portal Web de la Real Academia Española (<http://www.rae.es/>).

<sup>4</sup> El material tractivo, es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros. Está conformado por locomotoras, autovagones y autovías. Por su parte, el material rodante, es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros. Está conformado por coches de pasajeros, vagones de carga y jaulas para carga.

las vías férreas, de los terraplenes<sup>5</sup>, puentes, túneles, rieles, durmientes<sup>6</sup>; y (iv) la instalación de infraestructura complementaria que comprende patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal<sup>7</sup>.

10. La realización de dichos servicios requieren equipos especiales, tales como cambiadoras de durmientes, rameadoras, niveladoras, equipo de encarrillar, lubricadores de rieles, perforadores de durmientes, tirafoneras, ajustadores, entre otros.<sup>8</sup>

Gráfico N°1  
La Actividad Ferroviaria



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

11. Por su parte, el servicio de transporte ferroviario puede ser de dos tipos: (i) pasajeros; y, (ii) mercancías. El servicio de transporte de pasajeros consiste en el embarque, traslado y desembarque de personas, desde un punto geográfico de origen hacia otro de destino, y requiere del uso de material tractivo y rodante, en particular, de locomotoras, autovagones y coches de pasajeros.

<sup>5</sup> Macizo de tierra con que se levanta para hacer una defensa o un camino. (Esta definición es aplicada a puentes). En: <http://www.geocities.com/jescud2000/lospuentes/glosario.htm#P>

<sup>6</sup> Se llaman durmientes o traviesas a las piezas que se colocan transversalmente sobre el balasto (cierta clase de material, tal como piedra triturada, grava, escoria o cenizas, que se coloca sobre el camino sin pavimentar) para proporcionar a los rieles de la vía un soporte adecuado. Los durmientes no solo soportan los rieles sino que además, proporciona un medio para que los rieles se conserven con seguridad a la distancia correcta del escantillón (plantilla que sirve para trazar las líneas y fijar las dimensiones según las cuales se han de labrar las piezas en diversos artes y oficios mecánicos). La mayor parte de los durmientes que se emplean en los ferrocarriles son de madera. También existen los durmientes de concreto, metal, concreto con piezas de metal o de madera insertadas. En: [http://construaprende.com/caminos/ferr/tf1/tf1\\_p3.htm](http://construaprende.com/caminos/ferr/tf1/tf1_p3.htm).

<sup>7</sup> Instalaciones que conectan la infraestructura de los diferentes modos de transporte, para la fácil transferencia y distribución de la carga. En: [http://www.sct.gob.mx/prog\\_sectorial\\_01\\_06/pg\\_glosario.html](http://www.sct.gob.mx/prog_sectorial_01_06/pg_glosario.html)

<sup>8</sup> Cláusula Primera del Contrato de Concesión de Ferrocarriles: Definiciones y Reglas de Interpretación.





12. Por su parte, el servicio de transporte de mercancías consiste en la carga, traslado y descarga de mercancías desde un punto geográfico de origen hacia otro de destino, y también requiere del uso de material tractivo y rodante, en particular, de locomotoras, vagones y jaulas de carga.
13. Ambos servicios de transporte requieren de una serie de servicios complementarios para la normal realización de sus operaciones, tales como: (i) el mantenimiento del material tractivo y rodante, para que éste opere en las condiciones adecuadas y se eviten o minimicen las fallas técnicas; (ii) equipos de monitoreo y señalización, que permitan el óptimo y seguro recorrido del material tractivo y rodante sobre la vía férrea y se eviten congestiones y accidentes; (iii) estaciones para la partida y arribo de pasajeros; y, (iv) equipos especiales para la carga y descarga de las mercancías a ser transportadas (grúas o fajas, por ejemplo).

#### II.1.2.- Características del servicio de transporte ferroviario

14. Al igual que el resto de actividades de transporte, el servicio de transporte ferroviario puede considerarse una industria de redes<sup>9, 10</sup>. Como toda industria de red, la actividad ferroviaria es considerada un monopolio natural. En efecto, en la prestación de los servicios de transporte ferroviario se identifican fuertes subaditvidades<sup>11</sup> de costos, originadas fundamentalmente en la presencia de economías de escala y de diversificación. La presencia de economías de escala puede implicar, que a medida que se incrementa el número de pasajeros o de carga transportada, los costos unitarios tienden a reducirse.
15. En cuanto a las economías de diversificación, éstas se originan en el hecho de que existen activos de la actividad ferroviaria que pueden ser utilizados para el servicio de transporte de carga o de pasajeros, por lo que los costos de prestar un servicio adicional para una empresa que ya presta alguno de los servicios mencionados, resulta menor que el que enfrentaría una empresa interesada en especializarse en sólo uno de estos mercados<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Economides N. (1996), "The Economics of Networks". International Journal of Industrial Organization Vol. 14, N°2.

<sup>10</sup> Una red se compone por un conjunto de nodos conectados entre sí mediante líneas de enlace. Los nodos pueden ser emisores, receptores, o emisores y receptores al mismo tiempo. Según la literatura de economía de redes, la industria ferroviaria pertenece al tipo de red de "doble dirección o bidireccional", y es la característica de complementariedad entre sus componentes de red la que determina que la industria exhiba retornos crecientes a escala o externalidades de red. Dependiendo del tipo de red, la externalidad puede ser positiva o negativa. Por ejemplo, en el caso de las redes de telefonía (red bidireccional) un consumidor adicional genera una externalidad positiva a los consumidores ya existentes en la red ya que se incrementan las posibilidades de comunicación. En el caso de las redes ferroviarias (red bidireccional), una línea de enlace (un tramo) adicional generaría una externalidad positiva a los consumidores ya existentes, así como a los nuevos usuarios del nuevo tramo, puesto que se incrementan las posibilidades de transporte.

<sup>11</sup> El concepto de subaditvidad de costos hace referencia a una situación en el que, dentro del tramo de demanda relevante para una industria, una firma es capaz de producir la cantidad que se demanda del bien a un costo menor o igual al que exhibirían dos o más firmas. Ello puede estar relacionado tanto con la existencia de economías de escala como con la existencia de economías de diversificación, dentro del tramo relevante de la curva de demanda.

<sup>12</sup> En: Paredes V. "Privatización y política de competencia en servicios ferroviarios". Informe Anual 1997 de la Comisión Federal de Competencia de México. pp. 3.



16. Finalmente, la actividad ferroviaria al igual que el resto de actividades de transporte, enfrenta economías de densidad. Es decir, en mercados relativamente más grandes, particularmente en zonas geográficas en los que se concentra un mayor volumen de pasajeros o de carga, los costos por unidad transportada pueden tender a ser menores (es decir, existirá una mayor densidad del tráfico).
17. Como se señaló en la sección anterior, en la industria ferroviaria se distinguen dos grandes actividades: (i) la explotación de la infraestructura ferroviaria (vías férreas y estaciones, entre otros); y, (ii) el transporte (de carga y de pasajeros). La primera de ellas, que no será analizada en el presente informe, también se caracteriza por la presencia de altos costos hundidos<sup>13</sup> y por niveles de subaditividad de costos, que pueden configurar la existencia de un monopolio natural.
18. Por su parte, el servicio de transporte ferroviario requiere de la utilización de material tractivo y rodante, activos que -si bien al ser de carácter específico- involucran costos hundidos, su presencia -dependiendo del tamaño de mercado y de otros factores- no eliminaría, en principio, la posibilidad de competencia en este mercado.
19. Hasta mediados de la década del ochenta, en muchos países, la industria ferroviaria fue una actividad sujeta de regulación, concebida como un monopolio natural y operada por un único propietario que integraba todos los negocios de la actividad (infraestructura y operación), ya sea a nivel estatal o privado. La OECD (1988)<sup>14</sup>, muestra que en Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Holanda y Japón, durante los años ochenta el desempeño de la industria bajo ese esquema demostró ser deficiente, motivando un creciente interés en la privatización y desregulación, como mecanismos posibles tendientes a mejorar dichos resultados.

En ese sentido, desde principios de la década anterior distintos gobiernos han iniciado la transferencia de la administración de la infraestructura y la operación del servicio de transporte al sector privado, a través de procesos que promuevan la introducción de competencia en la industria ferroviaria, como las concesiones, contratos de gestión y privatizaciones<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Por ejemplo, después de instalados, los rieles de las vías del tren tienen un valor de inversión nulo en cualquier otra aplicación distinta del transporte ferroviario. Inclusive, es probable que el costo de reasignar dichos activos sea mayor a su valor de chatarra. En: Paredes V. "Privatización y política de competencia en servicios ferroviarios". Informe Anual 1997 de la Comisión Federal de Competencia de México., pp. 2.

<sup>14</sup> OECD (1988). Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. Committee On Competition Law And Policy. "Railways: Structure, Regulation and Competition Policy". DAF/CLP(98)1, pp7.

<sup>15</sup> Hacia finales de 1997, 14 países habían transferido la operación ferroviaria por parte del sector público al sector privado (ver cuadro).

#### Proyectos Privados en el Sector Ferroviario e Inversión por Región

Región	Cantidad de proyectos	Inversión (US\$ millones de 1997)
Este de Asia y Pacífico	7	7 959
Europa y Asia Central	1	n.d.
América Latina y el Caribe	26	6 458
Africa Sub - Sahara	3	n.d.
Total	37	14 417

n.d. : no disponible



20. La experiencia internacional muestra que la mayoría de los países que ha reorganizado su sector ferroviario lo ha hecho sobre la base de dos grandes modelos: (i) separación vertical; y, (ii) integración vertical.

### II.1.3. Modelo regulatorios

21. De manera previa a la discusión respecto de los modelos regulatorios utilizados a nivel internacional, es importante señalar que, independientemente del modelo escogido, en la mayoría de países que implementaron reformas en el sector ferroviario a partir de mediados de los ochentas, la propiedad tanto de la infraestructura como del material tractivo y rodante, ha continuado siendo propiedad del Estado. Una de las razones de ello ha sido la necesidad de garantizar la continuidad del servicio durante el inicio de las reformas y, en el caso de concesiones, reducir a los potenciales operadores privados los costos hundidos asociados a la adquisición del material tractivo y rodante, al menos, durante la etapa inicial<sup>16</sup>. Así, para efectos del presente análisis, los conceptos de separación o integración vertical se referirán exclusivamente a la integración o separación de las actividades de explotación de la infraestructura y prestación del servicio de transporte y no a la propiedad de los activos.

#### II.1.3.1.- El modelo de separación vertical

22. En el caso de este modelo, se separa la operación del servicio de transporte y la administración del servicio de infraestructura, las cuales deben ser realizadas por empresas no vinculadas entre sí. Así, en el marco de este modelo, por lo general, ha resultado necesario separar cada actividad, mediante la celebración de contratos de concesión distintos con empresas públicas o privadas para cada etapa del negocio.

23. El principal objetivo de este modelo, es permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario (pasajeros y de carga) sobre la misma infraestructura (competencia intramodal).

24. Este tipo de organización de la industria genera ventajas, en la medida que a través de la separación vertical se facilita<sup>17</sup>:

- (i) La promoción de la competencia entre una variedad de operadores (intramodal).
- (ii) La reducción de costos unitarios, ya que a mayor tráfico en las líneas ferroviarias menor es el costo unitario (dentro de ciertos tramos de la curva de costos).

Fuente: ENAFER S.A. En: Ositran - Copri (2000): "El proceso de concesión de la infraestructura ferroviaria en el Perú". pp. 24.

<sup>16</sup> En las secciones siguientes, se presenta con mayor detalle el rol que juegan los costos hundidos asociados a la adquisición de material tractivo y rodante, como barrera a la entrada al servicio de transporte ferroviario.

<sup>17</sup> Organisation for Economic Co-operation and Development -OECD (1998). C.A. Nash y J.P. Toner. "Railways: Structure, Regulation and Competition Policy". DAF/CLP(98)1. Pág. 10.



- (iii) El mejoramiento de la calidad del servicio ofrecido. La competencia "en la vía" incentiva en los operadores la diferenciación por el servicio ofrecido.
- (iv) La especialización y segmentación de mercados.
- (v) El estímulo al aumento de la eficiencia a través de la competencia por el mercado, para promover la introducción de innovaciones y mejoras en la comercialización.

25. De otro lado, los principales problemas que puede presentar esta organización del mercado son las siguientes:

- (i) En el caso de mercados de tamaño reducido la introducción de competencia puede implicar una disminución de las economías de escala.<sup>18</sup>
- (ii) Posibilidad de una menor tasa de utilización de las maquinarias y equipos de las empresas competidoras del sector, dado que cada empresa cuenta con una menor cantidad de clientes.
- (iii) Mayores costos de coordinación para la asignación de horarios y rieles y en la planificación de inversiones.

#### II.1.3.2.- Modelo de integración vertical

26. En este caso, tanto la administración de la infraestructura como la operación del servicio de transporte permanecen en manos de la misma empresa o de dos empresas vinculadas entre sí. La OECD (1998) señala que los ferrocarriles verticalmente integrados son el modelo tradicional de operaciones ferroviarias, con una organización que controla toda la infraestructura, así como las funciones de operación y dirección. La propiedad puede ser pública o privada y existe la posibilidad de una separación horizontal en áreas o monopolios regionales.

27. Cabe mencionar que, dentro de este modelo, existen países en donde se permite la entrada de competidores al mercado de servicios de transporte y otros en los que se otorga la administración integrada de la infraestructura y del servicio de transporte con carácter exclusivo.

28. De otro lado, las principales ventajas que podría presentar esta organización de la industria son las siguientes<sup>19</sup>:

- (i) Permite reducir costos de transacción entre administrador de la infraestructura y operador del servicio de transporte.
- (ii) Permite la explotación más eficiente de los recursos, minimizando la capacidad ociosa en el sistema.

<sup>18</sup> Ositrán (2000). "El Proceso de Concesión de la Infraestructura Ferroviaria en el Perú". Pág. 22.

<sup>19</sup> Organization for Economic Co-operation and Development -OECD (1998). C.A. Nash y J.P. Toner. "Railways: Estructure, Regulation and Competition Policy". DAFPE/CLP(98)1.



- (iii) Facilita el planeamiento integrado de las operaciones y de la inversión a largo plazo; y,

29. De otro lado, uno de los principales problemas que puede enfrentar esta configuración de la industria es que la integración vertical en sí misma puede brindar al concesionario de la infraestructura una ventaja estratégica en la prestación de un servicio ferroviario frente a un potencial entrante. Para impedir que el administrador utilice la explotación de la infraestructura en favor de su empresa vinculada, mediante comportamientos estratégicos, el Estado debe introducir mecanismos regulatorios (políticas de acceso, contabilidades separadas, entre otros) que garanticen que la actuación de la empresa, no limite ni restrinja la competencia en el mercado de servicios de transporte.

#### II.1.3.3.- Competencia intermodal e intramodal y la elección del modelo regulatorio

30. Existe competencia intermodal cuando el servicio de transporte ferroviario tiene como sustitutos otros medios de transporte (transporte por carreteras, transporte aéreo o acuático). Por el lado del servicio de transporte de pasajeros, puede existir la competencia de buses, aviones, barcos y autos privados; mientras, por el lado del servicio de transporte de carga, el ferrocarril puede enfrentar la competencia de camiones, barcazas, buques, aviones. Por su parte, la competencia intramodal en el transporte ferroviario, hace referencia a la competencia de dos o más empresas que utilizan una misma infraestructura o vía férrea.
31. El que exista o no competencia intermodal e intramodal en determinados tramos de la red ferroviaria puede tener un impacto importante en la elección del modelo regulatorio a implementar con el fin de promover una provisión eficiente del servicio.

**Cuadro N°1**  
**Competencia Intermodal e Intramodal y Elección de Modelo Regulatorio**

¿Existe competencia intermodal?	¿Es posible la competencia intramodal?	Modelo Regulatorio
SÍ	SÍ	Promoción de competencia intramodal e intermodal
	NO	Promoción de competencia intermodal
NO	SÍ	Promoción de competencia intramodal
	NO	Regulación económica

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

32. En términos generales, a fin de promover una asignación eficiente de recursos, la autoridad, debe agotar todas las posibilidades de generación de competencia, cuando esta sea técnicamente viable y económicamente posible. Así, por ejemplo, si en un determinado tramo o vía férrea existiera la posibilidad de competencia



intermodal y es factible la existencia de competencia intramodal, el Estado, en principio debe promover activamente ambas formas de competencia (ver Cuadro N°1). Si en el mismo tramo, existiera competencia intermodal, pero no es posible la competencia intramodal, el Estado debe adoptar medidas tendientes a fortalecer la competencia entre distintos medios de transporte. De manera análoga, si en determinado tramo o vía férrea no fuera posible la competencia intermodal pero sí la posibilidad de que exista competencia intramodal, el Estado debe promover la competencia entre los operadores en el mercado y adoptar medidas que permitan reducir las barreras existentes para el ingreso de nuevos competidores.

33. Finalmente, sólo en el caso en que se verifique la no existencia de posibilidades reales de competencia intermodal ni intramodal, se justificaría la introducción de algún tipo de regulación económica. Esta regulación, sin embargo, debería mantenerse, sólo en tanto se mantengan las condiciones que impidan la competencia.

#### II.1.3.4.- Experiencia internacional

34. Como se mencionó anteriormente, la evidencia internacional muestra que existe un grupo importante de países que ha introducido reformas en la regulación del transporte ferroviario, promoviendo en algunos casos la participación privada tanto en la explotación de la infraestructura como en la prestación del servicio. En el caso de algunos países, se ha implementado el modelo de separación vertical y otros que el de integración vertical. Los resultados, no permiten, sin embargo, obtener conclusiones generales en favor de uno u otro modelo regulatorio.
35. En efecto, Suecia e Inglaterra aplicaron el modelo de separación vertical; mientras Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia y México, el modelo aplicado fue el de integración vertical. En el caso de Inglaterra, las actividades de administración de la infraestructura y operación del transporte (carga y pasajeros), fueron asignadas al sector privado; mientras que en Suecia, las mismas actividades se mantuvieron a cargo del sector público para que posteriormente se permita la entrada de competidores privados en la operación de los servicios.
36. En el caso de Inglaterra, a pesar de las políticas diseñadas para la introducción de mayor competencia intramodal en los mercados de transporte de carga y pasajeros, no se obtuvieron los resultados esperados. En efecto, según la CAF (2002), Inglaterra ha venido registrando niveles limitados de competencia en el servicio de pasajeros y una elevada concentración en el servicio de carga.<sup>20</sup> Todo lo contrario ha ocurrido en Suecia, donde los resultados son más alentadores en lo que respecta al mantenimiento y mejoramiento de la infraestructura ferroviaria y a la introducción de competencia intra-modal.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Ramos, Rodolfo (2002). "La Privatización del Ferrocarril Británico: Una visión crítica". Universidad San Pablo-Ceu. Madrid, España.

OECD (1998). Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. Committee On Competition Law And Policy. "Railways: Structure, Regulation and Competition Policy". DAF/CLP(98)1. Pág. 21.

<sup>21</sup> Las diferentes políticas que ha venido adoptando el Parlamento de Suecia a partir de la promulgación de la Transportation Act de 1988 y su posterior reforma de 1998, han buscado introducir gradualmente la competencia en el transporte ferroviario de carga y pasajeros. Luego de la Transportation Act de 1988, se sucedieron otras medidas regulatorias y la empresa Statens Järnvägar (SJ), que estaba cargo del negocio, fue forzada a vender algunos de sus intereses en otras compañías de transporte.



37. En Argentina, Bolivia, Colombia y México se ha asignado al sector privado el servicio de transporte de carga; mientras que el servicio de transporte de pasajeros, se mantiene bajo la responsabilidad del Estado en Argentina y México. En Brasil, la responsabilidad del servicio de pasajeros es compartida por el Estado y, en menor medida, por el sector privado.<sup>22</sup>
38. En cuanto a los resultados obtenidos con este modelo, la información general disponible muestra que en algunos casos estos han sido positivos, especialmente desde el punto de vista de la mejor gestión financiera, calidad y seguridad del servicio y número de pasajeros transportados, entre otros. En el caso argentino, por ejemplo, los servicios metropolitanos de pasajeros han mejorado desempeño (administrativo y financiero). En el caso boliviano, se evidencia una notable diferencia de desempeño entre los dos concesionarios privados que operan la Red Andina y la Red Oriental<sup>23</sup>. En contraste, en el caso de Colombia, los indicadores de gestión y desempeño no habrían mostrado una mejora luego de la reforma. Cabe señalar que este país, en 1988 optó por el modelo de separación vertical y en 1997 modificó el esquema a fin de permitir la integración en la administración de infraestructura y la prestación del servicio de transporte<sup>24</sup>.
39. Respecto a los resultados que obtuvieron estos países desde el punto de vista de la competencia, en aquellos casos en los que se verificó la existencia de competencia intermodal e intramodal, la reforma ha traído consigo la reducción de los precios y mejoras en la calidad de servicios, especialmente en el caso del transporte de carga (Argentina y Brasil, por ejemplo). Cabe mencionar que en un número importante de países en los que se permitió la integración vertical se verificó de la existencia de competencia intermodal en el transporte de carga en la medida que el modo ferroviario compite principalmente con el modo carretero y, en

---

Por lo tanto, como consecuencia de estas reformas, SJ fue perdiendo paulatinamente el control absoluto y la exclusividad que tenía sobre toda la red en la medida que la desregulación en los servicios de transporte de carga y pasajeros permitió la entrada gradual de compañías operadoras de trenes (ferrocarriles), que dinamizaron el sector. El mercado de transporte en Suecia ha alcanzado un alto crecimiento, ocasionando que el transporte ferroviario presente un esquema de importante competencia intramodal. En: CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Pág. 120-122. Editor: Jorge H. Kogan.

<sup>22</sup> CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Editor: Jorge H. Kogan.

<sup>23</sup> CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Editor: Jorge H. Kogan; Contraloría General de la República de Colombia (2003). "La política ferroviaria en Colombia 1989-2001"; BID (2001). Alonso, Julio César; Juan Benavides, Israel Fainboim y Carlos Rodríguez. "Participación Privada en Proyectos de Infraestructura y Determinantes de los Esquemas Contractuales Adoptados: El Caso Colombiano". Research Network Working Paper R-412. Pág. 77-86; World Development (2002). Estache, Antonio; Marianela González y Lourdes Trujillo. "What Does "Privatization" Do for Efficiency? Evidence from Argentina's and Brazil's Railways". Volumen 30, N°11. Pág. 1885-1897.

<sup>24</sup> A partir de 1999 - 2000, el modelo que viene siendo aplicado en la Red del Pacífico y Red del Atlántico supone una integración total, sin embargo la red férrea nacional se viene deteriorando cada vez y las actividades de inversión planificadas por los dos concesionarios están retrasadas. En: Contraloría General de la República de Colombia (2003). "La política ferroviaria en Colombia 1989-2001"; BID (2001). Alonso, Julio César; Juan Benavides, Israel Fainboim y Carlos Rodríguez. "Participación Privada en Proyectos de Infraestructura y Determinantes de los Esquemas Contractuales Adoptados: El Caso Colombiano". Research Network Working Paper R-412. Pág. 77-86.



menor medida, con el modo fluvial o navegable (Brasil y México) y el aéreo (México).<sup>25</sup>

40. En el Cuadro N°2 (a y b), se resumen las experiencias de los diferentes países que aplicaron los modelos desarrollados como parte de sus respectivas políticas de reorganización del sector ferroviario.

**Cuadro N°2a**  
**Antecedentes de la Reestructuración del Sector Ferroviario**

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Administración de infraestructura y provisión de servicios	Periodo
Argentina <sup>25</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Argentinos (FA)	FA	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de FA	1948-1990
Bolivia <sup>27</sup>	Monopolio Público: Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE)	ENFE	Propiedad del Estado	Administración unificada	1964-1996
Brasil <sup>28</sup>	Tres empresas estatales: RFFSA, FEPASA, CVRD	Compañías Públicas	Propiedad del Estado	Administración unificada	RFFSA: 1957-1997 FEPASA: 1974-1997

<sup>25</sup> CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Editor: Jorge H. Kogan.; BID-INTAL (1997). Thomson, Ian. "Los Ferrocarriles y su Contribución al Comercio Internacional". Buenos Aires, Argentina. Pág. 11,13,18-20,62; World Development (2002). Estache, Antonio; Marianela González y Lourdes Trujillo. "What Does "Privatization"; Do for Efficiency? Evidence from Argentina's and Brazil's Railways". Volumen 30, N°11. Pág. 1891; OECD (1998). Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. Committee On Competition Law And Policy. "Railways: Structure, Regulation and Competition Policy". DAFPE/CLP(98)1. Pág. 201.

<sup>26</sup> CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Pág. 27-43. Editor: Jorge H. Kogan; World Development (2002). Estache, Antonio, Marianela González y Lourdes Trujillo. "What Does "Privatization" Do for Efficiency? Evidence from Argentina's and Brazil's Railways". Volumen 30, N°11. Pág. 1885-1897; World Development (1997). Ramamurti, Ravi. "Testing the Limits of Privatization: Argentine Railroads". Volumen 25, N°12. Páginas 1973-1993; y, World Bank Institute (2000). Estache, Antonio y Ginés de Rus. "Privatization and Regulation of Transport Infrastructure". Guideline for Policy Maker and Regulators. Pág. 180.

<sup>27</sup> CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Páginas 43-50. Editor: Jorge H. Kogan; BID-INTAL (1997). Thomson, Ian. "Los Ferrocarriles y su Contribución al Comercio Internacional". Buenos Aires, Argentina. Páginas 11,13,18-20,62; y, Boletín FAL (1997). "Las Oportunidades y los Riesgos en la Privatización Ferroviaria Latinoamericana". Edición N° 134, junio - julio.

<sup>28</sup> CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Páginas 50-63, 226. Editor: Jorge H. Kogan; World Development (2002). Estache, Antonio; Marianela González y Lourdes Trujillo. "What Does "Privatization" Do for Efficiency? Evidence from Argentina's and Brazil's Railways". Volumen 30, N°11. Páginas 1885-1897; World Bank Institute (2000). Estache, Antonio y Ginés de Rus. "Privatization and Regulation of Transport Infrastructure". Guideline for Policy Maker and Regulators. Página 180.





País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Administración de infraestructura y provisión de servicios	Periodo
Colombia <sup>29</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Nacionales de Colombia (FNC)	FNC	Propiedad del Estado	Administración unificada	1954-1989
México <sup>30</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Nacionales de México (FNM)	FNM	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de FNM	Hasta 1996
Inglaterra <sup>31</sup>	Monopolio Público: British Rail	BR	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de BR	Hasta 1994
Suecia	Monopolio Público: Swedish State Railways (SSR)	SSR	Propiedad del Estado a través de SSR	Dirección unificada bajo la administración de SSR	Hasta 1988

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

**Cuadro N°2b**  
**La Reestructuración del Sector Ferroviario**

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Modelo	Observaciones
Argentina <sup>28</sup>	Transp. de Carga: 5 concesionarios privados y 1 estatal. Transp. Pasajeros: 3 concesionarios metropolitanos.	Propiedad del Estado que alquila el material rodante a los concesionarios.	Propiedad del Estado con acceso competitivo restringido por 30 años.	Concesión integrada con competencia intermodal en el transporte de carga.	En el transporte de carga, el modo carretero compete con el modo ferroviario en igualdad de condiciones. En el transporte de pasajeros, el servicio registra mejor desempeño financiero y administrativo.

<sup>29</sup> Contraloría General de la República de Colombia (2003). "La Política Ferroviaria en Colombia 1989-2001", CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Páginas 72-78, 226, 227 Editor: Jorge H. Kogan; BiD (2001). Alonso, Julio César, Juan Benavides, Israel Fainboim y Carlos Rodríguez. "Participación Privada en Proyectos de Infraestructura y Determinantes de los Esquemas Contractuales Adoptados: El Caso Colombiano" Research Network Working Paper R-412. Páginas 77-86.

<sup>30</sup> CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Páginas 140-148. Editor: Jorge H. Kogan; Comisión Federal de Competencia (CFC) (1997). Paredes, Víctor. "Privatización y Política de Competencia en los Servicios Ferroviarios"; OECD (1998). Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. Committee On Competition Law And Policy. "Railways: Structure, Regulation and Competition Policy". DAFFE/CLP(98)1. Pág. 109-112, 200-201

<sup>31</sup> Ramos, Rodolfo (2002). "La Privatización del Ferrocarril Británico: Una visión crítica". Universidad San Pablo-CEU; OECD (1998). Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. Committee On Competition Law And Policy. "Railways: Structure, Regulation and Competition Policy". DAFFE/CLP(98)1. Pág. 21; CAF (2004). "Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur". Caracas, Venezuela. Páginas 113-120. Editor: Jorge H. Kogan; World Bank Institute (2000). Estache, Antonio y Ginés de Rus. "Privatization and Regulation of Transport Infrastructure". Guideline for Policy Maker and Regulators. Página 183



País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Modelo	Observaciones
Bolivia <sup>27</sup>	Dos concesionarios privados controlan la Red Andina y la Red Oriental respectivamente.	Estado boliviano que alquila el material rodante.	Estado boliviano.	Concesión Integrada a través de un programa de capitalizaciones con competencia intermodal en la Red Andina.	La Red Andina compite con el transporte carretero sobre el eje La Paz - Arica. En la Red Oriental se registra ausencia de competencia con el transporte por camiones en la ruta al Brasil.
Brasil <sup>28</sup>	<u>Transporte de Carga:</u> RFFSA fue dividida en seis monopolios regionales. FEPASA es la séptima región. <u>Transp. Pasajeros:</u> Responsabilidad estatal y privada.	Los activos son propiedad de RFFSA los cuales son alquilados a los operadores.	Propiedad del Estado con acceso competitivo.	Concesión integrada con competencia intermodal en el transporte de carga.	En el transporte de cargas, el modo ferroviario compite con el modo carretero y con el modo fluvial o navegable. En dicho servicio, la participación de los ferrocarriles es de 7% , contra el 91% de la modalidad del transporte automotor por carreteras.
Colombia <sup>29</sup>	<u>Transp. de carga:</u> dos concesionarios privados operan la Red del Pacífico y Red del Atlántico respectivamente.	Estado Colombiano.	Estado a través de Ferrovías.	Dos etapas: 1. Concesión separada en la Red Atlántica. 2. Concesión integrada con acceso competitivo y competencia intermodal en transporte de carga.	En el periodo comprendido entre 1990 y 1999 la participación del ferrocarril en el mercado de transporte de carga era baja en tanto que la mayoría de las cargas se movilizaba a través del sistema carretero.
México <sup>30</sup>	Principalmente transporte de carga. Segmentación en tres líneas troncales y ocho rutas cortas para concesionarios y adjudicatarios.	Estado Mexicano.	Propiedad del Estado con acceso competitivo restringido.	Concesión integrada con separación horizontal y acceso competitivo. Competencia intermodal e intramodal.	Para el transporte de carga y pasajeros, el transporte automotor (modo carretero) es el principal competidor del ferrocarril (modo ferroviario). Otros modos alternativos de transporte son el marítimo y el aéreo.
Inglaterra <sup>31</sup>	<u>Transp. de Carga:</u> 2 compañías privadas. <u>Transp. Pasajeros:</u> 25 concesionarios.	Propietarios privados (ROSCOs) quienes alquilan material rodante a los operadores.	Monopolio privado (Railtrack) sujeto a regulación.	Concesión separada. Modelo de Separación Vertical.	el sector privado se encarga tanto de la administración de la infraestructura como de la operación de los servicios de transporte.
Suecia	Banverket: Monopolio en infraestructura <u>Transp. de carga:</u> SJ y otros <u>Transp. Pasajeros:</u> SJ y CTA's	La empresa estatal Statens Jarnvagar (SJ) y pequeñas compañías privadas	Monopolio público: Banverket	Concesión separada. Modelo de Separación Vertical.	La reorganización del sector se dejó en manos de dos agencias estatales: Banverket y Statens Jarnvagar, para que posteriormente se permita la entrada de competidores privados.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi.

41. En el caso peruano, en términos generales, se ha verificado después de los dos primeros años del proceso de concesión en 1999, bajo el modelo de integración vertical, una mejora en los indicadores de gestión y desempeño empresarial



(número de pasajeros transportados<sup>32</sup> menores accidentes y mermas, mayor productividad laboral, entre otros)<sup>33</sup> en todos los tramos concesionados.

42. Desde el punto de vista de la competencia, sin embargo, de las tres redes que componen el sistema ferroviario peruano, sólo en el sistema Centro y Sur, se ha verificado la presencia de competencia intermodal en los servicios de transporte de pasajeros y de carga. Ello, de acuerdo a la secuencia señalada en el Cuadro N°1, recomendaría al Estado, en estos dos últimos sistemas, continuar promoviendo los mecanismos de competencia intermodal y evaluar la posibilidad de introducir competencia intramodal.
43. Por otro lado, en el Sistema Sur – Oriental, salvo en ciertos tramos específicos como Cusco – Ollanta y Ollanta - Piscaycucho<sup>34</sup> - <sup>35</sup>, no se ha verificado la existencia de competencia intermodal y, a la fecha, tampoco se ha verificado la presencia de competencia intramodal. Asimismo, no existen estudios que evalúen empíricamente la viabilidad económica y financiera de la entrada de otro competidor en el servicio de transporte ferroviario que haga posible la competencia intramodal en este Sistema.
44. Frente a la ausencia de una evaluación empírica acerca de la viabilidad de entrada de un competidor en este mercado, el presente informe tiene como primer objetivo evaluar la posibilidad de que exista competencia intramodal en el mercado de transporte ferroviario en el tramo Sur Oriente. En particular, se evalúan dos escenarios: uno en el que el entrante adquiere por sí solo el material tractivo y rodante necesario para prestar el servicio, y otro en el que el entrante arrienda dicho material al concesionario.

## II.2- El proceso de concesión del sistema ferroviario peruano y descripción del Sistema Sur – Oriente

### II.2.1.- Antecedentes

45. En 1991, se inició el proceso de promoción de la inversión privada en el sector ferroviario peruano, cuyo objetivo primordial fue atraer capitales al sector y mejorar la provisión del servicio, que se caracterizaba por la falta de mantenimiento de la infraestructura, la baja calidad y los problemas financieros de la administración estatal.

<sup>32</sup> Durante el primer año de la concesión, el número total de pasajeros transportados por ferrocarril fue de 832 mil, 10% por debajo de lo transportado por la empresa pública anterior en el año previo a la concesión, en razón de la estrategia comercial de cancelación de las rutas no rentables y concentración en el transporte turístico. Ya en el segundo año, dicho número de pasajeros se incrementó en 3,6% respecto al año anterior.

<sup>33</sup> Reducción del 80% de las ocurrencias que registró la administración anterior; menores mermas, por mayor protección a la carga y mejoras en la vía; y mayor productividad por trabajador por la reducción de la fuerza laboral (de 1747 en 1998 a 737 en agosto de 2001), y la disponibilidad de locomotoras aumentó de 50% a 80%.

<sup>34</sup> A través de una carretera rural de trocha afirmada

<sup>35</sup> Asimismo, el tramo Cusco – Machupicchu, a través de helicóptero, o de Cusco a Ollanta en bus y de Ollanta a Machupicchu en tren. Sin embargo, dicha intermodalidad no sería efectiva. En: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC del 14 de agosto de 2000.



46. En julio de 1999, las empresas Ferrovías Central Andina S.A. y Ferrocarril Transandino S.A. se adjudicaron la Buena Pro de la concesión, y suscribieron con el Estado los contratos de concesión correspondiente a cada uno de los tramos. La primera del tramo Centro y la segunda de los tramos Sur y Sur – Oriente. Dichos contratos entraron en vigencia el 20 de setiembre de 1999.
47. En ambas concesiones, el Estado otorgó en favor del concesionario, por un periodo de 30 años renovables cada cinco años, hasta un máximo de 60 años, la concesión para el mantenimiento, rehabilitación y explotación de los bienes de la concesión (infraestructura y equipo ferroviario), así como para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria, prestación de servicios de transporte ferroviario y servicios complementarios en el área matriz. Asimismo, el contrato contempla el libre ingreso de operadores para la prestación de servicios de transporte de carga y pasajeros.
48. La contraprestación por la concesión asciende a 37,25% de los ingresos brutos de la misma, excepto por la explotación de los equipos ferroviarios del Estado, cuya retribución alcanza 50% de los ingresos brutos, excluyendo el IGV. Por su parte, se establecieron compromisos de inversión en la vía férrea, que incluye incentivos tales como la liberación parcial del pago de las retribuciones al Estado.
49. Los bienes entregados como resultado del proceso de concesión son de tres tipos<sup>36</sup>:
- (i) *Bienes de la concesión*, que son propiedad del Estado y se entregan al concesionario (infraestructura ferroviaria, rieles, durmientes, etc.). Incluyen las mejoras<sup>37</sup> y cualquier otro bien que deba considerarse dentro de este concepto.
  - (ii) *Bienes accesorios de la concesión*, que son aquellos bienes del concesionario que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a la actividad ferroviaria, tales como equipos de telecomunicaciones, equipos de cómputo, material tractivo y rodante, equipo ferroviario, sistemas de señalización, sistemas de seguridad, sistemas eléctricos y de iluminación.
  - (iii) *Bienes del concesionario*, que son aquellos que no están relacionados directamente con la actividad ferroviaria, son de propiedad privada del concesionario y están afectos a las Leyes correspondientes.
50. En cuanto a los derechos del concesionario, los tres principales son:
- (i) Explotar los bienes de la concesión (cobro de tarifas de acceso por el uso de vía), y alquilar material tractivo y rodante del Estado<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> El Proceso de Concesión de la Infraestructura Ferroviaria en el Perú. Ositran, COPRI. 2000. Pág. 28.

<sup>37</sup> Aquellas obras que el concesionario realice en los bienes de la concesión en el área matriz (que es el área donde se encuentra la infraestructura vial ferroviaria con todas las instalaciones e inmuebles que ella requiere para su funcionamiento).

<sup>38</sup> Material tractivo es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros, así como para el traslado de personal de supervisión. Está conformado por locomotoras, autovagones, autocarriles y autovías. Material rodante, por su parte, es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros.



El contrato constituye título suficiente para que el concesionario pueda explotar los bienes de la concesión, teniendo por tanto el derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea a los operadores de servicios de transporte ferroviario que deseen ingresar a dicho mercado.

- (ii) Prestar servicios de transporte ferroviario. El concesionario puede prestar servicios de transporte ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y/o carga, no requiriendo de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el concedente.
- (iii) Explotar servicios complementarios, como hospedaje y comercio, dentro de la vía matriz (en un ámbito de 50 km. para cada lado de la vía), que podrá realizar directamente o a través de terceros con quienes contrate para tal fin.

51. Los precios de alquiler de equipos ferroviarios y servicios son libres, pero equitativas para todos los operadores, así como las tarifas a los usuarios dentro de lo establecido por el Decreto Legislativo N°690. Por su parte, el concesionario deberá cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la línea férrea, cargada o descargada, la tarifa por uso de vía<sup>39</sup>, tal como se describe a continuación:

**Cuadro N°3**  
**Tarifas por Derecho de Uso de Vía<sup>1/</sup>**

Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente	US\$ 0,45 por Km. recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargada o descargada, que circule por la Línea Férrea en el Ferrocarril del Sur.  US\$ 3.00 por cada Km de recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargada o descargada, que circule por la Línea Férrea en el Ferrocarril del Sur-Oriente
Ferrocarril del Centro	US\$ 0.45 por cada Km de recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargada o descargada.

*1/ No incluye IGV.*

*Fuente: Contrato de Concesión.*

*Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.*

52. Dado lo anterior, los contratos de concesión prohíben que las empresas monopólicas que administren la infraestructura ferroviaria participen directamente como operadoras de trenes de carga y pasajeros, aunque se permite y obliga inicialmente su participación indirecta (a través de empresas vinculadas), con el propósito de asegurar la continuidad de los servicios.

53. Adicionalmente, con relación a los contratos suscritos con operadores de servicios de transporte ferroviario, el contrato de concesión también señala lo siguiente:

- (i) Debe diferenciarse la tarifa por uso de vía de cualquier otro derecho a cobro.
- (ii) El plazo de vigencia debe ser no mayor a diez (10) años, renovables.

<sup>39</sup> La tarifa por uso de vía se ajustará anualmente en forma automática, de acuerdo al índice de precios al consumidor del Estado de Nueva York, en USA; y Ositran está a cargo de supervisar que el ajuste practicado por el concesionario se adecue a este mecanismo.



(iii) El operador debe aceptar la subasta de cualquiera de sus horarios, en caso existiera pluralidad de interesados, de acuerdo a lo previsto en el contrato de concesión.

54. El concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la línea férrea de un operador de servicios de transporte ferroviario en caso que<sup>40</sup>:

(i) No cuente con el respectivo permiso de operación vigente extendido por el MTC; o

(ii) Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su material tráctivo o material rodante, o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos establecidos en el contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7 de la Cláusula Séptima del Contrato (Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario).

(iii) No cuente con seguros conforme a lo que disponga las Leyes aplicables<sup>41</sup>.

55. Con respecto a la interconexión de líneas férreas, el concesionario está obligado a permitir que cualquier red o tramo de línea férrea que se construya en el futuro se interconecte a cualquiera de las líneas férreas comprendidas en el contrato, ya sea que la nueva red o tramo de línea férrea se encuentre concesionada a favor de terceros, del concesionario o que sea operada por el concedente u otro organismo o entidad estatal.

56. Como consecuencia de la obligación de interconectarse, el concesionario:

(i) Se encuentra obligado a permitir el ingreso, a cualquiera de las líneas férreas comprendidas en el contrato, de material tráctivo, material rodante, equipo ferroviario y de operadores de servicios de transporte ferroviarios provenientes de las redes o tramos de línea férrea ajenos a su área matriz e interconectados a ellas.

(ii) Tiene derecho a ingresar a las líneas férreas ajenas a su área matriz y a que en ella transite material tráctivo, material rodante, equipo ferroviario y operadores de servicio de transporte ferroviario proveniente de su área matriz; y,

(iii) Tiene derecho a cobrar a quien transite por las líneas férreas de su concesión la tarifa por uso de vía prevista en el contrato. Este mismo derecho también asistirá al titular de la línea férrea que se interconecte con la que es regulada por el contrato.

<sup>40</sup> Ver numeral 12.2 de la Cláusula Décimo Segunda del contrato: Obligaciones del Concesionario.

<sup>41</sup> Las coberturas mínimas para el seguro contra daños y perjuicios, así como daños a terceros para los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros y de carga, se encuentran estipulados en la Cláusula Vigésimo Primera y en el Anexo N°10 del contrato.



57. Un aspecto importante, para los efectos del presente informe, es lo establecido en el contrato de concesión en relación a la equidad de servicio.

- (i) No se puede discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes. Tan pronto ingresen nuevos operadores (o se produzca la pluralidad de Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario), el Concesionario podrá cobrarles la tarifa de acceso máxima o sumas inferiores a ella, cumpliendo con las obligaciones que le impone el numeral 7.6 del contrato<sup>42</sup>.
- (ii) No es permitido el abuso de posición de dominio o prácticas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea.
- (iii) El concedente y Ositrán pueden iniciar procedimientos ante Indecopi, si consideran que el concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.
- (iv) De verificar la comisión de algún acto contrario a la libre competencia por parte del concesionario en el acceso a bienes de la concesión, como el material tractivo y rodante, el Indecopi está en capacidad de ordenar las medidas correctivas que considere pertinentes.

58. Asimismo, se prevé el desarrollo de un concurso en caso que dos operadores deseen usar al mismo tiempo la línea férrea o que el servicio de transporte ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro. Dicho concurso debe desarrollarse a partir del segundo año de concesión, y el horario materia de concurso se adjudica a quien ofrezca la tarifa más alta por un plazo no mayor a un año. Si al vencimiento del plazo del contrato, nuevamente se produjera concurrencia de solicitudes de horarios, el concesionario deberá seguir con el procedimiento establecido en el referido numeral, salvo que el horario involucrado hubiera sido adjudicado previamente mediante el mecanismo de concurso regulado en dicha norma.

<sup>42</sup> 7.6.- Equidad en Servicios. El Concesionario no podrá discriminar entre Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato.

Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como Ositrán están legitimados para iniciar procedimientos ante Indecopi, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

Las obligaciones previstas en los párrafos precedentes también alcanzan, respecto de cualquier persona que solicite sus servicios, a cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario o, en general, a cualquier tercero que opere Servicios Complementarios, con autorización del Concesionario, debiendo este último supervisar su cumplimiento. (...)



## II.2.2.- El servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Sur - Oriente

59. El análisis del presente informe se restringirá al servicio de transporte ferroviario en la red Sur – Oriente.<sup>43</sup> La red Sur – Oriente, denominada también Ferrocarril del Sur – Oriente, está conformada por una línea de trocha angosta (0,914 metros de ancho<sup>44</sup>) de 121,7 km más un ramal de 13,0 km. El recorrido del ferrocarril Sur - Oriente se inicia en la ciudad del Cuzco y termina en la Hidroeléctrica Machupicchu. (Gráfico N°2). A pesar de contar con 18 estaciones intermedias, donde es usual el embarque de pasajeros, la estación intermedia más importante es la de Ollanta.
60. Para los tramos Cuzco – Ollanta (km 67,2) y Ollanta – Piscaycucho (km 82,0), existen además una carretera asfaltada y una carretera rural de trocha afirmada, respectivamente, que corren paralelas a la línea férrea. De Piscaycucho hasta la Hidroeléctrica (Km. 121,7) el único medio de transporte es el ferrocarril, al margen de caminos locales para el tránsito de animales domésticos (acémilas, caballos, etc.)<sup>45</sup>.
61. Como resultado del proceso de concesión, el consorcio Ferrocarril Transandino S.A. se adjudicó el contrato de concesión y es el encargado de administrar la infraestructura ferroviaria. Por su parte, Perurail S.A., empresa vinculada con la concesionaria, es hasta la fecha la única operadora encargada de brindar los servicios de transporte de carga y pasajeros.

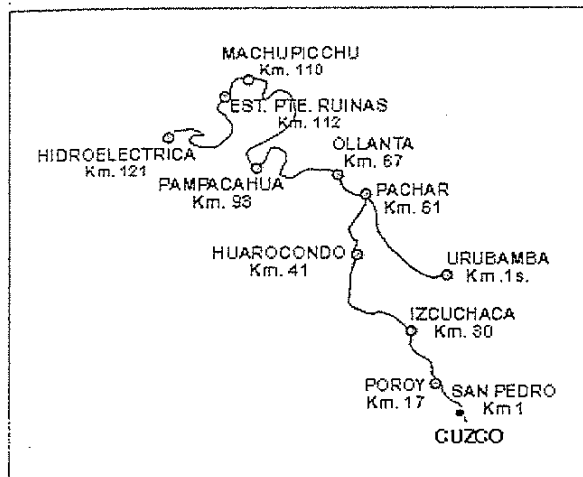
<sup>43</sup> La Red Centro está conformada por una línea de trocha estándar (1,44 metros de ancho) de 558 Km. de línea principal más un ramal de 33 km., y une el Puerto del Callao con las ciudades de La Oroya, Jauja, Cerro de Pasco, Huancayo y Huancavelica. Una característica adicional que presenta esta Red es la existencia de una competencia directa con las operaciones por vehículos automotores, debido a la existencia de una carretera que permite la modalidad de transporte en forma paralela. Dicha carretera es la Carretera Central, única vía que conecta Lima con Cerro de Pasco (según el Sistema Nacional de Mantenimiento de Carreteras – SINMAC). Por su parte, la Red Sur, está conformada por una línea de trocha estándar de 885 km que une los tramos Matarani - Juliaca – Cusco y Juliaca – Puno. La ruta férrea se complementa con una conexión lacustre de 110,13 millas náuticas, entre Puno (Perú) y Guaqui (Bolivia). Finalmente, al igual que en el caso del Ferrocarril del Centro, una característica adicional que presenta el Ferrocarril del Sur, es la presencia de competencia directa con transporte automotor.

<sup>44</sup> Esta característica técnica se presenta debido a la existencia de bajos radios de curva derivados de la topografía de la zona. En: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC del 14 de agosto de 2000.

<sup>45</sup> Op. Cit



Gráfico N° 2  
Zona de Concesión del Ferrocarril del Sur – Oriente



Fuente: Ositran

62. Con relación al uso del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el Sistema Sur Oriente, es posible distinguir dos segmentos de consumidores en función a sus necesidades de transporte<sup>46</sup>. Un primer grupo está conformado por pasajeros residentes (locales) de los poblados situados en el área de influencia del ferrocarril, que se trasladan en todo el tramo Cuzco – Hidroeléctrica y viceversa. El segundo grupo está compuesto por pasajeros turistas que se desplazan en el tramo Cuzco – Machupicchu y viceversa. A su vez, los turistas también pueden diferenciarse de acuerdo a sus disponibilidades de pago por el servicio de transporte. En efecto, dicha diferenciación es la que permite la segmentación de los diferentes servicios de transporte<sup>47</sup>, lo cual se ha visto reflejado en la diversidad de ofertas realizadas por el operador, que difieren en precio y en calidad del servicio.

63. A diferencia de los Ferrocarriles del Centro y del Sur, cuyo principal rubro de negocio lo constituye el transporte de carga, el Ferrocarril del Sur - Oriente se restringe de manera casi exclusiva al transporte de pasajeros. Adicionalmente, mientras en el caso de los primeros se enfrenta una competencia directa del transporte de vehículos automotores<sup>48</sup>, en el caso del Ferrocarril Sur - Oriente, la competencia intermodal resulta casi inexistente. En efecto, según el Informe N°003-2000-Indecopi/CLC, a pesar de que existen alternativas al tren para

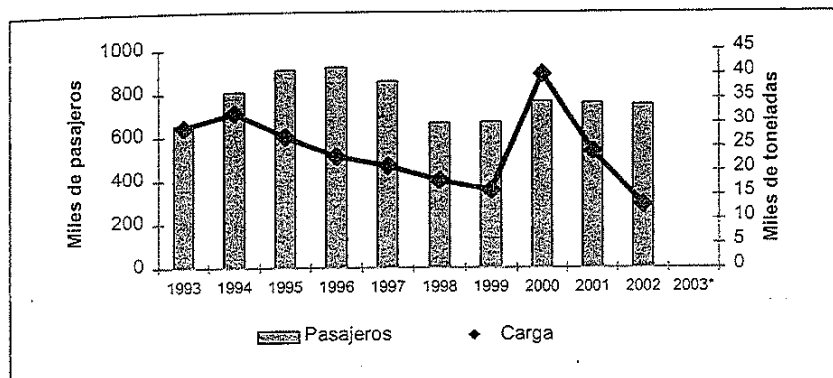
<sup>46</sup> Op. Cit.

<sup>47</sup> Reflejo de ello es que en el Portal web de Perurail ([www.perurail.com](http://www.perurail.com)) se presentan alternativas como Servicio Inka, Autovagon, Ferrostal, Backpacker Express, Imperial, Hiram Bingahm, entre otros.

<sup>48</sup> A través de la Carretera Central en el caso del Ferrocarril del Centro y de las carreteras Cusco – Juliaca, Arequipa – Juliaca, Juliaca – Cusco, Matarani – Puno, Puno – Matarani y Mollendo – Cusco en el caso del Ferrocarril del Sur. En: Informe N°21-01-GEE-Ositran, "Evaluación de Desempeño Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente". Lima, Set. 2001.

trasladarse desde Cuzco hacia Machupicchu<sup>49</sup>, éstas serían limitadas y no serán consideradas sustitutos cercanos del transporte ferroviario. En la información recopilada a la fecha por esta Gerencia, no se habrían registrado cambios sustanciales en las condiciones de competencia intermodal desde la emisión de dicho informe.

Gráfico N° 3  
Ferrocarril del Sur – Oriente: Tráfico de Carga y Pasajeros<sup>50</sup>



\* Información de Perurail (escrito del 15 de marzo de 2004)  
Fuente: Ositrán  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

64. Por otro lado, entre 1993 y el año 2002 el volumen de carga transportada por el ferrocarril del Sur – Oriente fluctuó entre 13 mil y 40 mil toneladas. Desde el año 2000, sin embargo, el volumen transportado decreció a una tasa promedio anual de [CONFIDENCIAL]<sup>51</sup>. Cabe resaltar que, los principales usuarios del servicio de transporte de carga son empresas distribuidoras de productos de consumo masivo, cuyo objetivo es satisfacer la demanda de los turistas que arriban a Machupicchu<sup>52</sup>.

65. Con respecto al servicio de transporte de pasajeros, según información de Ositrán, el número de pasajeros que utilizó el ferrocarril se incrementó de 655 mil en 1993 a [CONFIDENCIAL]<sup>53</sup> en 2003 ([CONFIDENCIAL]<sup>54</sup> más<sup>55</sup>). En tal sentido, en la actualidad, el rubro de negocios más importante para el operador del Ferrocarril del Sur – Oriente es el transporte de pasajeros.

<sup>49</sup> Tales como: (i) vía carretera (en bus) desde Cuzco a Ollanta; (ii) vía Camino Inka desde Ollanta a Machupicchu; y (iii) desde Cuzco a Machupicchu, ya sea en helicóptero o la alternativa bimodal (que consiste en viajar en bus hasta Ollanta y luego en tren hasta Machupicchu).

<sup>50</sup> El valor correspondiente para el año 2003 es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>51</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>52</sup> Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC del 14 de agosto de 2000.

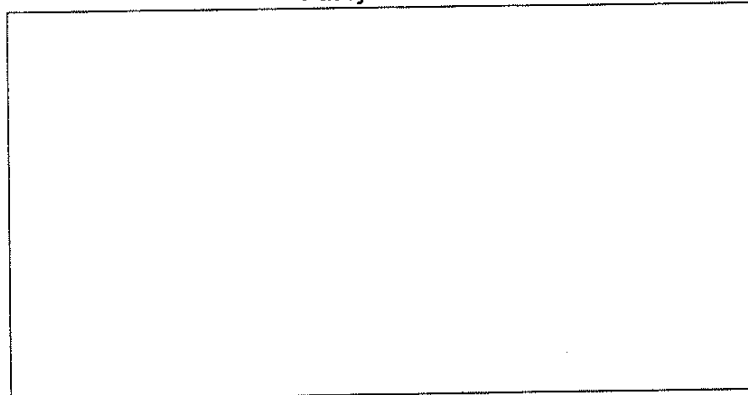
<sup>53</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>54</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>55</sup> Según información remitida por Perurail S.A. mediante escrito del 15 de marzo de 2004.

66. Con respecto a los precios de algunos servicios de transporte de pasajeros ofrecidos por Perurail S.A. durante el periodo 1999 – 2003, el siguiente gráfico muestra que los servicios Inka, Autovagón, Ferrostal y Backpackers se han venido incrementando sostenidamente a una tasa promedio anual de [CONFIDENCIAL]<sup>56</sup>, respectivamente.
67. Si bien, como se señaló anteriormente, la estructura de la industria ferroviaria en el Perú, se ha caracterizado por la existencia de competencia intermodal en los tramos del Sistema Central y Sur, en el caso del tramo Sur Oriente, dicha competencia es bastante limitada. Asimismo, en principio, si bien existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el tramo Sur Oriente, en la práctica se ha observado que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos 4 años.

Gráfico N°4  
Perurail S.A.: Precios Promedio<sup>1/</sup> de algunos Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros<sup>57</sup>



<sup>1/</sup> No incluyen IGV.

Fuente: Perurail S.A. (escrito del 15 de marzo de 2004).

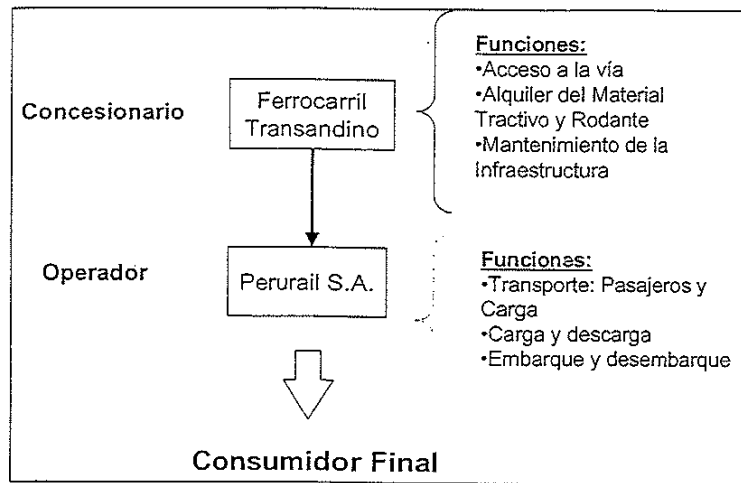
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

68. Determinar si existe la posibilidad de competencia intramodal, requiere hacer una evaluación más exhaustiva acerca de las barreras a la entrada existentes al mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el Sistema Sur Oriente, y las posibilidades efectivas que tiene el Estado para removerlas. De no existir la posibilidad por parte del Estado de promover la competencia intramodal en este mercado removiendo las barreras existentes, como se indicó en el Cuadro N°1, la única alternativa disponible (dada la ausencia de competencia intermodal) para promover una mayor eficiencia asignativa y productiva sería la regulación económica del servicio.

<sup>56</sup> Si bien lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada como NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC, la cual, a la fecha, es susceptible de ser impugnada.

<sup>57</sup> Si bien la elaboración del siguiente gráfico utilizó información declarada como NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC, a la fecha dicha información es susceptible de ser impugnada.

Gráfico N°5  
Organización de la Industria Ferroviaria de la Red Sur – Oriente



Fuente: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC.  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

69. Es importante mencionar que la evidencia encontrada en otros procesos de concesión realizados en la región (como es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia y México) y en los otros tramos concesionados en el caso del Perú; muestra que los posibles efectos restrictivos del modelo de integración vertical en términos de competencia en los mercados de transporte, pueden verse contrarrestados por la existencia de competencia multimodal.

70. En el caso del Sistema Sur Oriente, habiéndose descartado la posibilidad de que exista competencia intermodal, corresponde evaluar si existen barreras a la entrada de nuevos competidores en el servicio de transporte ferroviario que impiden o restringen las posibilidades de competencia intramodal. En la siguiente sección se procede a realizar dicho análisis.

iii. **Barreras a la entrada en el Mercado de Transporte Ferroviario en la red Sur – Oriente**

71. Aún cuando no exista competencia efectiva en el mercado entre varias empresas, siempre es posible que los costos reducidos de entrada al mismo, limiten la capacidad de las empresas establecidas de ejercer su poder de mercado<sup>58</sup>. Si en el límite la entrada al mercado es totalmente libre y sin costo, ninguna empresa, independientemente de su participación, podrá ostentar poder de mercado. En efecto, si una empresa que produce un bien o provee un servicio quisiera elevar los precios por encima de sus costos, y es factible la entrada al mercado, nuevas firmas podrían elaborar o brindar estos últimos en condiciones de precio y calidad

<sup>58</sup> El poder de mercado se define comúnmente como la capacidad de una empresa de incrementar sus precios por encima de sus costos marginales (ver, por ejemplo, Church J. y Ware R. "Industrial Organization: A Strategic Approach", Irwin McGraw Hill pp. 603), pero en términos generales puede concebirse como la capacidad que tiene una empresa de afectar las cantidades intercambiadas y su precio en el mercado.



similares, con lo cual disuadiría cualquier intento de incrementar los precios por parte de las empresas establecidas. En ese sentido, la llamada "amenaza de entrada" o la competencia potencial, puede tener un efecto "disciplinador" de las empresas establecidas en el mercado ya que cualquier intento de incrementar los precios o restringir la producción se vería compensado por el ingreso de nuevos participantes al mercado.

72. Sobre el particular, debe indicarse que existen diversas aproximaciones al concepto de barreras a la entrada. En efecto, Bain (1968)<sup>59</sup> consideraba como barrera a la entrada a todos aquellos factores que permitían que las empresas establecidas mantuvieran precios por encima de los costos sin inducir la entrada. Entre dichos factores, se consideraban a las economías de escala, las ventajas absolutas en costos, la diferenciación de productos y requerimientos significativos de capital.
73. Otros autores como Stigler (1968)<sup>60</sup> señalan que las barreras a la entrada surgen de la existencia de diferenciales de costos entre las empresas establecidas y entrantes. Bajo esta óptica, en el extremo, si los potenciales entrantes tienen acceso a la tecnología y al mercado de capitales en los mismos términos que las empresas establecidas, podría afirmarse que no existen barreras a la entrada.
74. Según la teoría de mercados contestables<sup>61</sup>, en un mercado donde no existen ni barreras a la entrada ni a la salida sustanciales, las empresas establecidas no incrementarán significativamente sus precios, ya que la existencia de competencia potencial limitaría su poder de mercado. No obstante, se señala que los costos hundidos (es decir, inversiones o gastos de entrada no recuperables en el corto plazo) pueden constituirse en barreras que reduzcan la influencia de la competencia potencial sobre el comportamiento de las empresas establecidas.
75. Tomando en cuenta la definición de barrera a la entrada como un costo que debe afrontar el entrante y no la(s) empresa(s) establecida, en el presente informe se evaluarán las barreras a la entrada identificando tres tipos de barreras: legales, estructurales y estratégicas al servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Sur - Oriente.

### III.1.- Barreras legales o administrativas

76. Las políticas públicas o las regulaciones estatales pueden interferir directa o indirectamente en la entrada o permanencia de los agentes participantes en el mercado. Una forma directa de impedir la entrada a un mercado es una restricción.

<sup>59</sup> Uno de los primeros autores que definió este término fue Joe Bain, quien definió una barrera a la entrada como "la medida en la cual, en el largo plazo, las empresas establecidas podían elevar sus precios de venta por encima de los costos medios mínimos de producción y distribución ... sin inducir a las entrantes potenciales a ingresar a la industria". Bain, J., *Industrial Organization*. New York, 1968, p. 252.

<sup>60</sup> Al respecto, Stigler sostiene "a barrier to entry may be defined as a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by firms already in the industry". Stigler, G. "The Organization of the Industry", *Nomewwod*, 111.: Richard D. Irwin, 1968, p. 67.

<sup>61</sup> Baumol, W. y Willig R., "Contestable markets and the theory of industry structure" *Harcourt Brace Jovanovich Publishers*, 1988, p. 4-5. Viscusi, Kip y otros, *Economics of Regulation and Antitrust*, 2ª Ed. Massachusetts, MIT Press, 1996, p. 162 - 164.

explícita de acceso, como los permisos o licencias especiales de operación o los monopolios legales.

77. De otro lado, en algunos casos el marco legal puede afectar indirectamente la entrada de competidores. Un ejemplo de ello son las exoneraciones de algún impuesto a la realización de determinadas actividades comerciales, o las prohibiciones de ciertas actividades relacionadas con la entrada y promoción de los productos de la empresa en el mercado, como la publicidad.
78. A continuación, se analizan las principales barreras legales o administrativas a la entrada para la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el Perú, con especial, énfasis en los trámites necesarios para obtener los permisos respectivos de operación.

### III.1.1.- Permisos de operación

79. El artículo 4 del Decreto Legislativo 690<sup>62</sup> establece que el servicio de transporte ferroviario puede ser prestado por cualquier persona, natural o jurídica, constituida o establecida en el país, siempre que cuente con el respectivo Permiso de Operaciones otorgado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC).

80. Conforme al Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento de Permiso de Operaciones del servicio de transporte ferroviario<sup>63</sup>, el referido permiso es la autorización de carácter administrativo que se otorga al operador ferroviario para que preste servicios de transporte de carga, de pasajeros o ambos, en las vías férreas de propiedad del Estado<sup>64</sup>. Adicionalmente a ello, establece que para contar con la facultad de prestar servicios de transporte ferroviario, el titular del Permiso de Operaciones cumpla con informar al MTC y a Ositran, lo siguiente<sup>65</sup>:

- (i) Que ha celebrado y mantiene vigente un Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea con el concesionario de la infraestructura ferroviaria.
- (ii) El detalle del material tractivo y rodante a utilizar.
- (iii) El detalle de la tripulación que utilizará para la prestación del servicio.
- (iv) Copia de los respectivos certificados de cobertura de seguros vigentes que exige el Reglamento.<sup>66</sup>

81. Los operadores del servicio de transporte ferroviario de pasajeros o de carga están obligados a obtener y mantener vigente, por su cuenta y costo, pólizas de seguros

<sup>62</sup> Publicado el 6 de noviembre de 1990.

<sup>63</sup> Aprobado por Decreto Supremo 027-99-MTC publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de julio de 1999.

<sup>64</sup> Artículo 3°.

<sup>65</sup> Artículo 13°.

<sup>66</sup> Los últimos tres puntos también deben ser puestos en conocimiento del concesionario de la infraestructura ferroviaria.



emitidas en el país por una compañía de seguros con categorías A y B. La cobertura de los seguros debe ser la siguiente<sup>67</sup>:

- (i) Cobertura por Daños y Perjuicios a terceros, la que deberá incluir pero no limitarse a daños derivados de polución y contaminación, por un monto mínimo de cinco millones de dólares americanos (US\$ 5'000,000) por evento o siniestro.
- (ii) Cobertura contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros. Dicha cobertura deberá incluir pero no limitarse a los supuestos de destrucción a causa de desastres naturales, terrorismo o sabotaje y por un monto mínimo de diez millones de dólares americanos (US\$ 10'000,000) por evento o siniestro.
- (iii) En caso de prestar servicios de transporte de pasajeros, el operador deberá contratar, adicionalmente, pólizas por cobertura de daños a los mismos, incluyendo lesiones, invalidez o muerte, por un monto mínimo de veinte mil dólares americanos (US\$ 20,000) por persona y por siniestro. Asimismo, la cobertura por daños o pérdida de equipaje, por un monto mínimo equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la Unidad Impositiva Tributaria por pieza de equipaje declarada.
- (iv) Las pólizas respectivas deberán contener estipulaciones que aseguren que el pago de las indemnizaciones a favor de los eventuales afectados no se vea perjudicado en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, aun en los casos en que existiese discrepancias entre el operador y el concesionario respecto del siniestro ocurrido.

82. Cabe agregar que, los operadores del servicio de transporte ferroviario de carga están obligados a exigir y velar que la carga a transportar se encuentre asegurada. La respectiva póliza puede ser contratada por el titular de la carga, por terceros, o, en su defecto, por el propio operador ferroviario<sup>68</sup>.

83. El Reglamento de Organización y Funciones del MTC aprobado mediante Decreto Supremo 041-2002-MTC<sup>69</sup> establece que es la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles la encargada de normar, autorizar y fiscalizar los permisos y licencias de operación del servicio ferroviario. El trámite para la obtención, modificación o renovación del Permiso de Operaciones del servicio de transporte ferroviario es gratuito<sup>70</sup>.

El interesado en prestar el servicio de transporte ferroviario puede ser persona natural o jurídica, y los requisitos<sup>71</sup> para ello son: (i) presentar documentación que la identifique; (ii) indicar la naturaleza y objeto de la(s) operación(es) a realizar; (iii) presentar copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en la prestación de servicios ferroviarios de carga y/o de pasajeros; y, (iv) presentar

<sup>67</sup> Artículo 11°.

<sup>68</sup> Artículo 12.

<sup>69</sup> Publicado el 24 de agosto de 2002 y modificado mediante Decreto Supremo 017-2003-MTC (publicado el 8 de abril de 2003).

<sup>70</sup> Artículo 4 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

<sup>71</sup> Artículo 5 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

copia de la proforma de cobertura emitida por una compañía de seguros conforme a lo dispuesto en el Reglamento.

En el caso de las personas jurídicas, sus estatutos deberán contemplar de manera expresa que el solicitante puede prestar servicios de transporte ferroviarios de carga y/o de pasajeros. Asimismo, para probar su experiencia, la persona jurídica podrá presentar la información de cualquiera de sus empresas matrices o subsidiarias.

84. El Permiso de Operaciones debe ser otorgado mediante Resolución Directoral. El plazo del trámite es de treinta días<sup>72</sup> y es de aplicación el silencio administrativo negativo. La vigencia del Permiso de Operaciones es anual, contada desde la fecha de emisión de la correspondiente Resolución Directoral.
85. El operador ferroviario puede solicitar en cualquier momento la modificación del Permiso de Operaciones. Salvo el caso en el que el operador cuente con un permiso para transporte de carga y desee prestar servicios de transporte de pasajeros o ambos servicios, la modificación del Permiso de Operaciones será automática, con la sola presentación de la solicitud respectiva acompañada de la documentación del caso<sup>73</sup>.
86. La renovación del Permiso de Operaciones deberá realizarse anualmente antes de la fecha de expiración del mismo, previa presentación de las pólizas de seguros vigentes que corresponda<sup>74</sup>.

### III.2.- Barreras estructurales

87. Las barreras estructurales se encuentran relacionadas a las ventajas absolutas en costos, la presencia significativa de economías de escala y de ámbito, las características de la tecnología requerida, la existencia de facilidades esenciales o externalidades de red, y con los costos hundidos o irrecuperables en que debe incurrir una empresa para ingresar a una industria.<sup>75</sup>
88. Con la finalidad tener un mayor conocimiento de las características tecnológicas y estructurales de este mercado, esta Gerencia sostuvo entrevistas con agentes relacionados a la actividad ferroviaria en el país, tales como: Ministerio de Transporte y Comunicaciones<sup>76</sup>, Ferrocarril Central Andino S.A.<sup>77</sup>, Perurail S.A.<sup>78</sup>, Banco Sudamericano<sup>79</sup>, Banco de Crédito del Perú<sup>80</sup> y Agencia Viajes Nuevo Mundo<sup>81</sup>.

<sup>72</sup> Ver el Texto Único de Procedimientos Administrativos del MTC aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2002-MTC (publicado el 4 de marzo de 2002).

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Artículo 9 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

<sup>75</sup> Khemani, S. y Shapiro, D., Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes sobre competencia (Washington, Banco Mundial – OECD, 1996), 3 – 4.

<sup>76</sup> Entrevista realizada el 13 de febrero de 2004 con los señores Mario Bottino y Celia García, de la Dirección General de Caminos y Carreteras.

<sup>77</sup> Entrevista realizada el 30 de marzo de 2004, con el señor Jaime Blanco, Director de Comercialización.

<sup>78</sup> Entrevista realizada el 21 de mayo de 2004, con los señores Leopoldo Carpio (Contador General) y Raúl Galdo (Gerente de Servicios Legales).

<sup>79</sup> Entrevista realizada el 15 de abril de 2004, con el señor Armel Fort, Sub Gerente de Banca Corporativa.





### III.2.1.- Costos hundidos

89. Los costos hundidos son costos irrecuperables que deben ser afrontados por las empresas entrantes durante un determinado período de tiempo, una vez que ingresan a un mercado determinado. Dichos costos, por lo general, están asociados a inversiones específicas y/o que cuentan con períodos de maduración relativamente largos. Por ello, los costos hundidos influyen de manera importante en las decisiones de entrada de una empresa, puesto que se trata de recursos que una vez invertidos sólo continúan teniendo valor si la empresa se mantiene en el mercado, lo que, a su vez, hace costosa su eventual salida del mismo<sup>82</sup>.

#### (i) Especificidad de los activos

90. El hecho que la línea férrea de la Red Sur Oriental sea de trocha angosta (914 mm), genera que los interesados en operar en dicha red sólo puedan prestar el servicio con material tractivo y rodante que cumpla con dichas especificaciones. Es importante señalar que, en la actualidad, prácticamente no existen en el mundo redes viales de trocha angosta (a excepción de Colombia, Guatemala y Alaska), lo cual hace especialmente difícil encontrar un mercado secundario de material tractivo y rodante que cumpla con dichas especificaciones.

91. En el escenario en que el potencial entrante no pueda acceder al material tractivo y rodante que se encuentra otorgado en concesión a Ferrocarril Central Andino S.A., su participación en el mercado de servicios de transporte ferroviario en el tramo Sur Oriente, estaría condicionada a su alquiler o adquisición en el mercado internacional de material tractivo y rodante. Con respecto a la primera alternativa, de la información recabada por esta Gerencia<sup>83</sup>, en la actualidad, dicha opción no sería factible si se toma en cuenta que sólo en ciertos mercados como el de Colombia, Guatemala y Alaska operan locomotoras de trocha angosta y aún en estos no existen más de 5 locomotoras que cuenten dichas especificaciones.

92. En lo que se refiere a la opción de compra de material tractivo y rodante nuevo o usado, a nivel nacional, no se cuenta con empresas fabricantes de dicho material ni con material tractivo y rodante disponible, distinto al que viene alquilando Ferrocarril Central Andino S.A., por lo que una empresa operadora interesada en adquirir el material debe hacerlo en mercados de Europa, Asia y en Estados Unidos.

93. Cabe resaltar, que en los países de Europa se emplean estándares técnicos distintos de los utilizados en el Perú, por lo que encargar la fabricación de material tractivo y rodante bajo las características que el sistema ferroviario peruano

<sup>80</sup> Entrevista realizada el 14 de abril de 2004, con el señor Miguel Grau, Funcionario del Área de Banca Corporativa.

<sup>81</sup> Entrevista realizada el día 6 de abril de 2004, con el señor Arturo Gamboa, Gerente Comercial de Turismo Receptivo.

<sup>82</sup> Khemani, Shyam y Shapiro, Carl. Op. Cit. Pag. 4. Conrath, Craig. Op. Cit. Cap. 5. Pág. 9.

<sup>83</sup> En entrevista con el señor Mario Bottino, Técnico de la Dirección General de Caminos del MTC.



implicaría costos adicionales asociados a su adaptación a las especificaciones técnicas propias de la vía férrea del tramo Sur Oriente.<sup>84</sup>

94. Según información proporcionada por el MTC, una empresa interesada en entrar al mercado de servicios de transporte del Sistema Sur Oriente, podría adquirir el material tractivo y rodante, de fabricantes provenientes de China, Estados Unidos y/o España. La operación de compra puede realizarse a través de empresas como General Electric y/o General Motors<sup>85</sup> (ver Cuadro N°4), entre otras.

**Cuadro N°4**  
**Precios de Material Tractivo y Rodante Nuevo**

Tipo de unidad y características	Precio CIF (US\$)	Observaciones
<b>1.- Locomotora:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 914 mm. 1950 HP al nivel del mar; 1450 HP a 3 500 m.s.n.m.	1 420 000	Cotización reciente. Unidades con dicha potencia de motor sólo son usadas en vía principal de trocha angosta.
<b>ESTADOS UNIDOS</b> Para Trocha de 1435 mm. 3000 HP al nivel de mar 2400 HP a 4800 m.s.n.m.	2 700 000	Precio referencial reciente, puesto ex fábrica US\$2 200 000.
<b>Coche:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 914 mm. Con 60 asientos. Primera clase, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	312 000	Cotización reciente.
<b>Autovagón:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 914 mm. Con 60 asientos, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	1 420 000	Dato referencial basado en experiencia. Precio de autovagón similar al precio de una locomotora de la misma procedencia.
<b>ESPAÑA</b> Para trocha de 914 mm. Con 60 asientos, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	2 200 000	Dato referencial basado en experiencia. Precio de autovagón similar al precio de una locomotora de la misma procedencia.

<sup>84</sup> Según el técnico entrevistado, del MTC los fabricantes europeos utilizan tecnologías compatibles tales que faciliten la interconexión ferroviaria entre los países de ese continente, lo cual hace más distantes las características tecnológicas entre los ferrocarriles europeos y los peruanos.

<sup>85</sup> Por otra parte, según escrito del 15 de marzo de 2004, Perurail S.A. reporta la adquisición de material tractivo y rodante de la empresa [CONFIDENCIAL], ubicada en [CONFIDENCIAL], el cual fue sujeto de adaptación de trocha estándar a trocha angosta, por un costo de aproximadamente US\$ [CONFIDENCIAL] cada unidad). – Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.



		procedencia.
Vagón tolva: ESTADOS UNIDOS Para trocha de 1435 mm Capacidad: 70 toneladas	70 000	Precio referencial reciente.

Fuente: Ministerio de Transporte y Comunicaciones, sobre la base de cotizaciones referenciales.  
Elaboración propia.

95. Como se muestra en el Cuadro N°4, según información proporcionada por el MTC el precio de una locomotora China para trocha angosta ascendería a US\$ 1,4 millones. Otra opción es adquirirla en Estados Unidos a un precio de US\$2,7 millones, pero en este caso tendría que incurrir en costos adicionales para la conversión del material de trocha estándar a trocha angosta.<sup>86</sup>
96. Como se ha señalado anteriormente, en la medida que los activos que se verá obligado a adquirir el entrante tengan un valor de reventa limitado debido a su carácter especializado y a la ausencia de un mercado desarrollado de este tipo de material; la entrada a este mercado involucrará costos hundidos. En la medida que dichos costos hundidos derivados de adquirir el material tractivo y rodante, sean superiores a los costos que enfrenta la empresa establecida derivados de alquilar el material tractivo y rodante al concesionario, puede afirmarse que la especificidad de los activos y los costos hundidos asociados a su adquisición en el mercado, representan una barrera a la entrada.

#### (ii) Infraestructura específica

97. Una empresa entrante, además de requerir el material tractivo y rodante para brindar el servicio de transporte de pasajeros, también requerirá contar con la infraestructura necesaria que le permita atender a los pasajeros que demandarán sus servicios.
98. Si bien no fue posible obtener información exacta de los costos de la infraestructura necesaria para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros, sí fue posible acceder a cifras aproximadas a partir de la información brindada por funcionarios de la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C.<sup>87</sup> Según dicha empresa, la implementación de una estación de pasajeros y equipos de monitoreo requerirían aproximadamente US\$[CONFIDENCIAL]<sup>88</sup>.
99. Al igual que en el caso anterior, la inversión en este tipo de activos tiene un valor de reventa limitado debido a su carácter específico, por lo que también en la medida que involucre costos mayores que los que debe afrontar la empresa establecida, pueden considerarse una barrera a la entrada. Cabe señalar que el actual concesionario del sistema Sur Oriente, recibió como parte de la concesión

<sup>86</sup> Por ejemplo, para el caso de la adaptación de un coche a ser utilizados en trocha angosta, el costo adicional a los US\$70 mil (adquirido de Estados Unidos) estaría en el rango de [CONFIDENCIAL] (según precios referenciales adjuntados por Perurail S.A., en su escrito del 15 de marzo de 2004). - Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>87</sup> En entrevista realizada el día 14 de junio de 2004 con el señor Mariano Fernández Ásmat, Gerente de Administración Financiera, Planeamiento y Medio Ambiente.

<sup>88</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°049-2004-INDECOPI/CLC.



además del material tractivo y rodante, la infraestructura relacionada con las estaciones de pasajeros y equipos de monitoreo, la cual, a su vez ha sido alquilada al actual operador del tramo Sur Oriente, Perurail S.A.. Por ello, en el caso en que un potencial entrante, no tenga acceso al alquiler de dichas instalaciones por parte del concesionario, éste se verá obligado a invertir en sus propias instalaciones, lo que implicará mayores costos de entrada.

**(iii) Otros costos hundidos**

100. Finalmente, existe una serie de gastos necesarios en los que una empresa entrante debe incurrir tal que le permitan captar la atención de los demandantes y ofrecer sus servicios como una alternativa a los correspondientes a la empresa operadora existente. Dichos gastos están relacionados a las actividades de marketing, difusión (publicidad), capacitación de personal, convenios con agencias de viajes, hoteles y demás operadores turísticos.

**(iv) Aspectos importantes a considerar a fin de evaluar el impacto de los costos hundidos sobre la decisión de entrada**

***Costos hundidos y el acceso a capital***

101. Por lo general, los requerimientos altos de capital para ingresar a un mercado están asociados a inversiones con costos hundidos sustanciales, lo que puede terminar disuadiendo a los potenciales entrantes. Por ello, la presencia de costos hundidos elevados, entre otros aspectos, está implícitamente asociada a la existencia o no de un mercado de capitales desarrollado y competitivo, en especial, cuando las inversiones se refieren a proyectos de mediana y larga maduración. La falta de acceso a mercados de capitales desarrollados y competitivos, puede determinar que algunos gastos irrecuperables en el corto plazo puedan ser financiados sólo parcialmente por el entrante.
102. En economías de transición y en desarrollo (como la peruana), los mercados de capital se encuentran poco desarrollados y el financiamiento de la entrada a un mercado puede ser costoso.
103. En el presente caso, se ha verificado que sí existiría un mercado doméstico de capitales al que podría recurrir un potencial entrante a fin de financiar la adquisición de material tractivo y rodante. Al respecto, funcionarios del Banco de Crédito del Perú y Banco Sudamericano, únicos bancos nacionales que han considerado en el pasado el financiamiento de la adquisición de material tractivo y rodante por parte de operadores del sistema ferroviario peruano, afirmaron que dependiendo de la evaluación específica de la solvencia financiera de la empresa, ésta podría recurrir como alternativa de financiamiento vía leasing<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> El *leasing* o arrendamiento es un contrato mediante el cual el dueño de un activo (el arrendador), le confiere a otra persona (el arrendatario) el derecho de usar el activo por un periodo de tiempo determinado a cambio de un pago monetario que se efectúa a manera de alquiler. A cambio del derecho de uso del activo sin necesidad de comprarlo, el arrendatario incurre en varias obligaciones: pagos periódicos del arrendamiento, mensuales o trimestrales y pagados por adelantado. En: Beltrán A. y Cueva H., "Evaluación privada de proyectos". Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2003.



104. En el caso del Banco Sudamericano, se afirmó que el horizonte de financiamiento que otorgaría esta entidad, para un proyecto de transporte como el señalado, fluctuaría entre 1 y 5 años. Dicho financiamiento dependerá, sin embargo, de una exhaustiva evaluación del proyecto que presente la empresa interesada, que debe incluir un estudio de mercado, cartera de potenciales clientes, volúmenes de carga (de ser el caso), precios promedio del servicio específico a ofrecer, precios de los fletes. De acuerdo a las cifras que la empresa alcance, la entidad decide el horizonte y los plazos para el pago de la deuda.
105. Con respecto a las tasas de interés, éstas generalmente son fijas, pero es posible negociar con el cliente una tasa variable<sup>90</sup>. Asimismo, afirmó que la entidad, dado el caso en análisis, preferiría ofrecer un "leasing", en el que el tope de financiamiento es equivalente al 10% del patrimonio del banco.
106. Por otro lado, también en el caso del Banco de Crédito del Perú se recomendó como alternativa de financiamiento, un "leasing" a plazos de 3 a 7 años. Adicionalmente, el funcionario entrevistado explicó que la aprobación de un financiamiento como el del presente análisis, tiene en cuenta un conjunto de variables, tales como la solidez financiera de la empresa y su experiencia crediticia. Si se tratara de una empresa que por primera vez ingresa en el negocio, se evalúan variables como la calidad del proyecto que presenta, estudios profesionales y reputación del solicitante, entre otros. Respecto a las tasas de interés, éstas podrían ser fijas (comúnmente 10%) o variables<sup>91</sup>, lo que dependería de las preferencias del cliente.
107. De las entrevistas realizadas, se puede apreciar que al menos en el mercado doméstico los horizontes o plazos de préstamo no excederían los 7 años. En el caso de que la rentabilidad de la inversión dentro de esos plazos sea menor a su costo de oportunidad, para ese periodo, el entrante tendría como única alternativa recurrir al financiamiento del exterior a plazos mayores. Esta alternativa no ha sido evaluada en el presente informe, sin embargo, en estos casos, debe considerarse que el costo del financiamiento deberá tener en cuenta elementos adicionales como el riesgo país, cambiario, entre otros.

#### ***Plazos de recuperación de la inversión***

108. El período de recuperación del capital o periodo de recuperación de la inversión es un indicador que muestra el número de años necesarios para que el inversionista recupere el capital invertido en el proyecto.<sup>92</sup> Es necesario mencionar que, mientras mayor sea el plazo de recuperación de la inversión, más difícil será el acceso a fuentes de financiamiento. Por lo tanto, los plazos de recuperación de la inversión en la compra de material tractivo y rodante, y de la

<sup>90</sup> Asociada a la tasa Libor.

<sup>91</sup> En base a la tasa Libor.

<sup>92</sup> El período de recuperación se define como el monto de inversión entre el beneficio neto, cuando los flujos son idénticos y constantes para cada periodo. Si el flujo neto difiere entre periodos, el cálculo del período de recuperación del capital es diferente, en este caso se deberá hallar la suma acumulada de los beneficios netos hasta alcanzar el monto de inversión y el período en el que ambos coincidan será el número de años necesarios para recuperar el capital. Ver Ahuja, H. y Walsh, M., Ingeniería de Costos y Administración de Proyectos, México: Editorial Alfaomega, 1989, p.22.



infraestructura necesaria, se constituyen también en una variable de decisión importante.

### III.2.2.- Tamaño del mercado

109. Según la información proporcionada por Perurail S.A., respecto a la cantidad de pasajeros transportados durante el periodo 2001 – 2003, ésta se ha venido incrementado a una tasa promedio anual de [CONFIDENCIAL]<sup>93</sup>. Por su parte, según estadísticas de Mincetur, el número de visitantes a Machupicchu, principal atractivo turístico, en el mismo periodo se incrementó a una tasa promedio anual de 11,6%.

**Cuadro N°5**  
**Demanda de Servicio de Transporte de Pasajeros y Visitantes a Machupicchu<sup>94</sup>**

Años	(1) Pasajeros Perurail S.A.*	(2) Visitantes a Machupicchu**
2001	[CONFIDENCIAL]	420 871
2002	[CONFIDENCIAL]	459 252
2003	[CONFIDENCIAL]	523 808
Crec 01-03	[CONFIDENCIAL]	11,6

\* Fuente: Perurail S.A. (escrito del 15 de marzo de 2004).

\*\* Fuente: MINCETUR

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

110. Como se observa, una nueva empresa que entre al negocio de transporte de pasajeros enfrentaría una demanda creciente de transporte de pasajeros. No obstante, aún cuando la demanda puede haber registrado una tendencia creciente, el tamaño de mercado puede no ser lo suficientemente grande para que dos o más empresas operen de manera eficiente. En el presente estudio, como se verá más adelante, se ha determinado que en el caso del tramo Sur Oriente, el tamaño de mercado no constituiría una barrera estructural a la entrada de al menos un nuevo competidor a este mercado.
111. Cabe mencionar que existe un número máximo de visitantes que está en capacidad de recibir Machupicchu, principal destino turístico de los usuarios de esta vía. En efecto, según la UNESCO<sup>95</sup>, entidad que colabora con el Estado Peruano en la conservación de las ruinas desde 1983 (cuando las declaró patrimonio cultural de la humanidad), el exceso de turistas es uno de los

<sup>93</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL, mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>94</sup> Los valores consignados en la columna (1) corresponden a información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>95</sup> El número estimado que pueden entrar al santuario, es el siguiente:

Tren, Cusco hasta Aguas Calientes: 1680 por día

Helicóptero, Cusco hasta Aguas Calientes: 50 por día

Camino Inca: 180 por día

Total: 1810 por día.

En: Unesco (1999), Report of the World Heritage Centre-IUCN-ICOMOS Mission to the Historic Sanctuary of Machu Picchu, October 1999. WHC-99/CONF.208/INF.207 November 1999. Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage



problemas centrales que tiene este monumento histórico. Según la mencionada institución, la capacidad máxima de visitantes de Machupicchu ascendería a 1 810 personas por día, cuando actualmente el promedio diario de visitantes supera las 1 200 personas. En este contexto, el crecimiento de la demanda por servicios de transporte de pasajeros tiene un límite que ascendería aproximadamente a 651 600 pasajeros anuales<sup>96</sup>.

### III.3.- Barreras estratégicas

112. Las barreras estratégicas surgen de la conducta de las empresas establecidas que tienen la capacidad de afectar a través de sus políticas y comportamiento, las condiciones de competencia en dicho mercado. Estas conductas, pueden apuntar a reforzar el efecto de las barreras estructurales ya existentes o bien a crear otras nuevas con el fin de limitar el acceso al mercado, restringiendo tanto la competencia actual como la potencial<sup>97</sup>.
113. En general, se pueden distinguir dos tipos de barreras estratégicas, estrechamente vinculadas entre sí: (i) aquellas orientadas a disuadir la entrada de potenciales competidores; y, (ii) aquellas destinadas a excluir del mercado a competidores ya establecidos. En el primer grupo, se pueden identificar las estrategias adoptadas por una empresa establecida, generalmente dominante, tales como los precios límite, la sobre-inversión en capacidad instalada, la proliferación de marcas, la integración vertical, entre otras. En el segundo grupo, algunas de las estrategias más importantes son las de precios predatorios y las que buscan incrementar los costos de los competidores<sup>98</sup>.
114. En el presente caso, del análisis realizado del mercado de transporte ferroviario en el tramo Sur Oriente, se ha analizado sólo una de los comportamientos estratégicos arriba mencionados: la integración vertical de la actividad de administración de la infraestructura y de servicio de transporte.

#### III.3.1.- Integración Vertical

115. Con respecto a la integración vertical, Perurail S.A. es una empresa vinculada con la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. (Gráfico N°5). Según la literatura económica, la integración vertical vista desde la perspectiva empresarial puede presentar una serie de ventajas tales como la reducción de costos de transacción, eliminación de doble marginalización, economías de ámbito, entre las más importantes.
116. En efecto, una de las ventajas de la integración vertical por el lado de la organización corporativa, estas se refieren a la reducción de costos de transacción<sup>99</sup>. Según Coase (1937), las empresas tienden a internalizar ciertas transacciones debido a que los costos de hacerlo a través del mercado (costos de transacción que incluyen costos de búsqueda, de negociación y de monitoreo) pueden ser mayores. Adicionalmente, en algunas industrias, la

<sup>96</sup> Es decir, 1 810 pasajeros x 30 días x 12 meses.

<sup>97</sup> Khemani, Shyam y Shapiro, Carl. Op. Cit. Pag. 4

<sup>98</sup> Para un desarrollo más exhaustivo de las barreras o comportamientos estratégicos, consultar: Viscusi, Kip y otros. Op.cit. capítulo 6.

<sup>99</sup> En Coase, R. (1937), "The nature of the firm", *Economica* 4:386 - 405.



integración vertical puede incrementar la eficiencia asignativa eliminando la doble marginalización y permitiendo obtener economías internas, asociadas a la existencia de costos comunes a varias actividades.

117. Por otro lado, la integración vertical por parte de las empresas ya establecidas, puede dificultar la entrada de competidores al mercado excluyendo a competidores potenciales tanto a nivel *upstream* como *downstream*. Por ejemplo, una empresa establecida puede decidir controlar a todos los distribuidores del producto a través de la suscripción de contratos de exclusividad obligando a los potenciales entrantes o incluso otras empresas ya establecidas a incurrir en gastos adicionales asociados a la creación de redes de distribución paralelas. En tal sentido, la integración vertical podría ser un mecanismo utilizado por las empresas a fin de excluir a competidores del mercado<sup>100</sup>.

118. En el presente caso, la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. y la empresa operadora Perurail S.A., empresas vinculadas entre sí, han suscrito un contrato de alquiler de material tractivo y rodante. La suscripción de este contrato constituye la materialización de una integración vertical entre concesionario y operador. En principio, la literatura económica<sup>101</sup> sugiere que, en determinadas circunstancias los contratos son una restricción vertical que pueden constituirse en una barrera estratégica a la entrada, en la medida que impidan el acceso de un competidor a la compra o uso que resulta esencial para participar en el mercado. No obstante, para determinar si el contrato en sí mismo constituye una barrera estratégica, debe previamente evaluarse si éste restringe la libertad de decisión de las partes que lo suscriben, de manera tal que se impide que alguna de éstas contrate con terceros el alquiler del material tractivo y rodante. Finalmente, para determinar si esta barrera estratégica es anticompetitiva, deben evaluarse las posibles eficiencias derivadas de este tipo de contratos y contrastarse éstas con los efectos restrictivos que pudieran generarse sobre la competencia en el mercado.

119. A continuación se analizan las principales características del contrato de arrendamiento de material tractivo y rodante suscrito entre Perurail S.A. y Ferrocarril Transandino S.A.

### III.3.2.- Contrato de arrendamiento

120. El contrato de concesión no previó el acceso inicial de operadores a través de un concurso público, sino que plantea la posibilidad de contratar con un operador vinculado al concesionario a la fecha de cierre (fecha de suscripción del contrato de concesión), con el objetivo de que la operación del sistema ferroviario no se viera afectada como consecuencia de la transferencia de bienes, una vez celebrado el contrato de concesión.

<sup>100</sup> Este mecanismo se conoce en la literatura económica como la teoría del *foreclosure* o exclusión.

<sup>101</sup> Aghion y Bolton (1987) quienes demostraron que la suscripción de contratos de largo plazo entre una empresa vendedora de un insumo y otra empresa compradora del mismo, genera una barrera de entrada que restringen el acceso al mercado de nuevos abastecedores. En: Aghion, P. y P. Bolton (1987), "Contracts as a Barrier to Entry", *American Economic Review*, 77: 338 - 401. Otro trabajo que va en la misma línea de los autores mencionados es el de Simpson J. y A. Wickelgren (2001), "The Use of Exclusive Contracts to Deter Entry", *Federal Trade Commission*, June.





121. El operador con el que se contrató (Perurail S.A.) fue autorizado a [CONFIDENCIAL]<sup>102</sup> solamente a partir del [CONFIDENCIAL]<sup>103</sup> año de entrada de vigencia del contrato, lo cual le permite [CONFIDENCIAL]<sup>104</sup>, durante los primeros [CONFIDENCIAL] años del contrato.<sup>105</sup>
122. En la medida que el acceso al mercado, a través de la adquisición o alquiler de material tractivo y rodante en otros mercados no sea factible, dicha disposición del contrato podría constituirse en una restricción a la entrada de nuevos operadores que deseen utilizar los bienes de la concesión. Ello ocurriría, en caso que los potenciales competidores no tengan otra alternativa para ingresar al mercado que solicitar el subarrendamiento de dicho material y que el acceso a los mismos se vea imposibilitado debido a la prohibición [CONFIDENCIAL]<sup>106</sup> durante los primeros [CONFIDENCIAL]<sup>107</sup> años. Dicha restricción podría atenuarse si se permitiera al operador [CONFIDENCIAL]<sup>108</sup> el material tractivo y rodante, concesionado a Ferrocarril Transandino S.A. durante un período inferior a los [CONFIDENCIAL]<sup>109</sup> años de vigencia del contrato. Esto, sin embargo, implicaría una modificación de los términos del contrato de alquiler.
123. Por otro lado, existe también la alternativa de que Ferrocarril Transandino S.A. alquile directamente el material tractivo y rodante a un tercer operador que así lo solicite. En este caso, en principio, el concesionario se encuentra alquilando actualmente el material tractivo y rodante a Perurail S.A. a través de un contrato de [CONFIDENCIAL]<sup>110</sup> años de duración. Análogamente al caso anterior, solo podría arrendar dicho material a un tercero, a través de una modificación del contrato suscrito con el operador. Dicha modificación debería estipular el cese del arrendamiento de parte del material tractivo y rodante que viene siendo utilizado por Perurail S.A..
124. Al ser Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., empresas vinculadas empresarialmente, ambas puedan reformular los términos del contrato original a fin de facilitar la entrada de terceros al mercado, a través del alquiler del material tractivo y rodante. En efecto, un contrato de esta naturaleza puede constituirse en una barrera estratégica a la entrada cuando limita la libertad de ambas partes de contratar con terceros que pudieran acceder al mercado. No obstante, en este caso, ambas empresas, Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A. forman parte

<sup>102</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>103</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>104</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>105</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>106</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>107</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>108</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>109</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>110</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

de un mismo grupo empresarial, por lo que, en principio, no existiría impedimento para que ambas reformulen los términos del contrato original.

125. Siendo factible la renegociación del contrato de arrendamiento entre Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., carecería de sentido alegar su existencia como un impedimento real para que un tercer operador tenga acceso al uso del material tractivo y rodante, a través de un contrato de alquiler de dicho material.
126. Lo anterior evidenciaría que lo que en realidad constituiría una barrera estratégica a la entrada no es el contrato de alquiler en sí mismo, sino la integración vertical existente entre concesionario y operador.
127. A continuación, se presenta un ejercicio de simulación en el que se evalúa la factibilidad económica de la entrada de un nuevo operador al mercado vía la adquisición de material tractivo y rodante o su alquiler en condiciones similares al actual operador.

#### IV. Ejercicio de simulación de la entrada de un nuevo competidor en el Sistema Sur Oriente

128. Para efectos del análisis a realizar en la presente sección, se asume la existencia de una empresa operadora que considera la posibilidad de entrar a la actividad de transporte ferroviario de pasajeros en el Sistema Sur – Oriente (en particular, la ruta Cuzco – Machupicchu), en el cual ya viene operando únicamente la empresa operadora Perurail S.A..
129. Dicha evaluación se realizará teniendo en cuenta, dos alternativas, de las cuales dependerá el conjunto de inversiones necesarias para ingresar al mercado: alquiler del material tractivo y rodante en condiciones similares a las pactadas por el actual operador *versus* compra de material tractivo y rodante (por parte de un supuesto operador entrante, a través del cálculo de flujos financieros a 5 y 7 años). El objetivo de este análisis será comparar indicadores de rentabilidad (Valor Actual Neto – VAN, Tasa Interna de Retorno – TIR y Periodo de Recuperación de la Inversión – PR)<sup>111</sup> para ambas alternativas de entrada y

El valor actual neto (VAN), también conocido como el valor presente neto (VPN), es el valor actual de los beneficios netos que genera un proyecto, y pretende "medir, en moneda de hoy, cuánto más fiso es el inversionista si realiza el proyecto en vez de colocar su dinero en la actividad que tiene como rentabilidad la tasa de descuento". Para fines del presente análisis, la tasa de descuento o costo de oportunidad del capital (COK) a considerar para el cálculo del VAN es de 12%. Si se obtiene un VAN > 0, entonces es recomendable realizar la inversión en el proyecto analizado. Si se obtiene un VAN = 0, para el inversionista será indiferente realizar la inversión en el proyecto u optar por la mejor alternativa. Finalmente, si se obtiene un VAN < 0, el proyecto no resultará mejor que su alternativa, por lo que el inversionista deberá decidir no llevarlo a cabo.

Por su parte, la tasa interna de retorno es una tasa porcentual que indica la rentabilidad del promedio anual que genera el capital que permanece invertido en el proyecto. Si se obtiene una TIR > COK, el rendimiento sobre el capital que el proyecto genera es superior al mínimo aceptable para la realización de un proyecto, por lo que el proyecto debería ser aceptado. Si se obtiene una TIR = COK, el inversionista es indiferente entre invertir en el proyecto o en la mejor alternativa de inversión, pues ambos le generan igual rentabilidad. Finalmente, si se obtiene una TIR < COK, el proyecto se rechaza pues su rendimiento es menor al de la mejor alternativa posible.



determinar si ambas son equivalentes en términos de dichos indicadores o si por el contrario una de ellas implica un mayor costo relativo para el entrante.

130. Se consideran sólo dos escenarios de demanda: optimista y pesimista, los cuales implican que la empresa entrante absorbe el 30% y 15% de la demanda de servicios de transporte de pasajeros en el tramo Sur Oriente, respectivamente, desde el primer año de ingreso al mercado.

#### IV.1.- Antecedentes

131. Desde el año 1999, la empresa Ferrocarril Transandino S.A. se encarga de la administración de la infraestructura ferroviaria en el sistema Sur - Oriente, otorgando el acceso a la vía a las empresas operadoras y alquilando el material tractivo rodante a cualquier operador ferroviario<sup>112</sup> interesado en brindar el servicio de transporte de pasajeros.
132. Durante el periodo 1999 - 2003, Perurail S.A. fue la única empresa operadora proveedora del servicio de transporte de pasajeros, por lo que paga a Ferrocarril Transandino S.A. por el derecho de acceso a la vía ferroviaria y por el alquiler del material tractivo y rodante los montos que se registran en las columnas 1 y 2 del Cuadro N°6.

**Cuadro N°6**  
**Perurail S.A.: Servicio de Transporte Ferroviario de Pasajeros en el Sistema Sur - Oriente**<sup>113, 114, 115</sup>

Año	(1) Costos Acceso (US\$)	(2) Costos Alquiler (US\$)	(3) Kms. Recorridos	(4) Pasajeros Transportados**	(5) Precio Inka*	(6) Precio Autovagón*	(7) Ingresos (US\$)
2000	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2001	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2002	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2003	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

n.d.: No disponible.

\* Precios promedio.

\*\* Información para año 2000 corresponde a la cantidad de pasajes vendidos.

Fuente: Perurail S.A. Escritos del 15 de marzo y 25 de junio de 2004.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi.

133. Los pagos por acceso a la vía se incrementaron en [CONFIDENCIAL]<sup>116</sup> entre los años 2002 y 2003. Por su parte, respecto al alquiler de material tractivo y

En: Beltrán A. y Cueva H., "Evaluación privada de proyectos". Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2003.

<sup>112</sup> Es decir, aquel que cumpla con las disposiciones normativas respecto a la actividad ferroviaria. Ver Sección III.

<sup>113</sup> Para fines del presente análisis, los supuestos están considerando cifras reales de la empresa Perurail S.A., las cuales fueron remitidas a esta Gerencia mediante Cartas N°55-GL-2004/FETRANS y N°15-GL-2004/PR del 15 de marzo y 25 de junio del año 2004, respectivamente.

<sup>114</sup> Los valores contenidos en las columnas (1), (2), (3), (4) y (7) constituyen información declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>115</sup> Si bien los valores contenidos en las columnas (5) y (6) constituyen información declarada NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC, a la fecha es susceptible de ser impugnada.

<sup>116</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

rodante, éste pasó de [CONFIDENCIAL]<sup>117</sup> en el año 2000 a [CONFIDENCIAL]<sup>118</sup> en el año 2003, registrando un incremento promedio anual de [CONFIDENCIAL]<sup>119</sup>.

134. Como se mencionó en la segunda sección, la determinación de los montos de pago de derecho de acceso a la vía y alquiler de material tractivo y rodante, depende del número de kilómetros recorridos por el operador en la prestación del servicio de transporte. La columna 3 del Cuadro N°6 muestra que este indicador se ha incrementado a una tasa promedio anual de [CONFIDENCIAL]<sup>120</sup>, durante el periodo de análisis, lo que sería explicado por la mayor demanda por el servicio del transporte de pasajeros. En efecto, las columnas 4, 5 y 6 del mismo cuadro, muestran que el número de pasajeros transportados y los precios por servicio Inka y Autovagon<sup>121</sup>, se incrementaron a una tasa promedio anual de [CONFIDENCIAL]<sup>122, 123</sup>, [CONFIDENCIAL]<sup>124</sup>, respectivamente.
135. Por otra parte, los ingresos de Perurail S.A., por el servicio de transporte de pasajeros han pasado de [CONFIDENCIAL]<sup>125</sup> en el año 2000 a [CONFIDENCIAL]<sup>126</sup> en el año 2003, lo que representó una tasa de crecimiento promedio anual de [CONFIDENCIAL]<sup>127</sup>.
136. En lo que se refiere a los desembolsos realizados por Perurail por el concepto de seguros<sup>128</sup>, estos fluctuaron entre [CONFIDENCIAL]<sup>129</sup> y [CONFIDENCIAL]<sup>130</sup> durante el periodo 2000 – 2003.

<sup>117</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>118</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>119</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>120</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>121</sup> Se consideran sólo estos dos servicios a manera de referencia. Como bien se mencionó en la sección IV, Perurail S.A. ofrece más servicios y, según estadísticas remitidas por la empresa mediante carta del 15 de marzo del año 2004, los precios promedios anuales de los demás servicios como Ferrostal, Backpackers y Local Primera, también muestran una tendencia creciente. Por su parte, los precios promedio anual de los servicios Backup Cerrojo, Imperial y Local Cerrojo tienden a decrecer o mantenerse relativamente constantes.

<sup>122</sup> Cálculo realizado para el periodo 2001 – 2003.

<sup>123</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>124</sup> Si bien lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada como NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC, a la fecha es susceptible de ser impugnada.

<sup>125</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>126</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>127</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>128</sup> Que por Contrato de Concesión (ver sección III), debe cumplir todo operador que sea autorizado para brindar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

<sup>129</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..

<sup>130</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC..



Cuadro N°7  
Perurail S.A.: Gasto Anual en Seguros según tipo de Póliza  
(US\$)<sup>131</sup>

Años	(1) Accidentes Personales (US\$)	(2) Incendio Todo riesgo (US\$)	(3) Responsabilidad Civil (US\$)	(4) Total Costo (US\$)
2000	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2001	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2002	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2003	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

\* Durante el período 1999 – 2001, los seguros eran contratados en forma conjunta (una sola póliza) por el operador y por el concesionario.

\*\* Corresponden únicamente a los Seguros Contratados por Perurail S.A. (incluyen transporte de carga y de pasajeros).

Fuente: Perurail S.A.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

#### IV.2.- Supuestos empleados

137. Para fines del ejercicio a realizar, dentro de los flujos financieros de la empresa entrante se consideraron los siguientes conceptos: ingresos, pagos por derecho de acceso a la vía, pagos por alquiler de material tractivo y rodante, cuotas de financiamiento, gastos de mantenimiento y pago de seguros.

##### **Supuesto 1: tasas de crecimiento**

138. Puesto que los flujos son realizados para 5 y 7 años, se asumió un crecimiento anual de 10% para cada uno de los conceptos descritos en el punto anterior.

##### **Supuesto 2: ingresos**

139. Los ingresos que percibidos por la empresa entrante serán producto del ofrecimiento de los mismos servicios en el transporte ferroviario de pasajeros que realiza la empresa ya establecida en el Sistema Sur – Oriente, específicamente en la ruta Cuzco – Machupichú.<sup>132</sup>

##### **Supuesto 3: opciones de entrada**

140. El potencial entrante no dispone de material tractivo y rodante. Por lo tanto, esta empresa tendrá dos opciones: (i) alquilar el material tractivo y rodante, o (ii) comprarlo.

##### **(i) Alquilar material tractivo y rodante a la empresa concesionaria**

<sup>131</sup> Los valores contenidos en las columnas (1), (2), (3) y (4) constituyen información declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>132</sup> El cuadro N°1A del anexo N°1 muestra los ingresos anuales que obtendrá la empresa entrante a partir del año 2003 para cada escenario supuesto.



141. Uno de los costos en los que tiene que incurrir la empresa es el pago al concesionario por el alquiler del material tractivo y rodante que el operador requiera.
142. Si el potencial entrante elige alquilar material tractivo y rodante a la empresa concesionaria, la primera debe pagarle a la segunda por el concepto de alquiler del mismo. Los montos a pagar en este caso se definirán en función al escenario que asuma el ejercicio. Es decir, si el escenario asume que el entrante captura el 30% de los ingresos de la empresa ya establecida, entonces el monto a pagar por concepto de alquiler será el 30% de lo que paga Perurail S.A. por el mismo concepto. De esta manera, se asumirá que ambas empresas brindarán el mismo servicio de transporte ferroviario de pasajeros, una operando el 70% del material tractivo y rodante concesionado a Ferrocarril Transandino S.A.; y la otra, el 30%.
143. En vista de que el ejercicio supone que los ingresos se incrementan a un ritmo de 10% anual (supuesto 1), los pagos anuales por el alquiler de material tractivo y rodante también se verán incrementados en la misma magnitud. Este supuesto sugiere que cualquier incremento en los ingresos será consecuencia de una mayor demanda y, por lo tanto, de un aumento en el número de kilómetros recorridos por el material tractivo y rodante. Lo anterior determinará el mismo incremento anual en los pagos por alquiler de este último (ver Cuadro N°1B en el Anexo N°1).

**(ii) Compra de material tractivo y rodante**

144. Si la empresa elige la opción de compra del material tractivo y rodante, el potencial entrante recurrirá a una entidad financiera (un banco, por ejemplo) para obtener el financiamiento necesario para la operación.
145. La alternativa de financiamiento a considerar por parte de la empresa entrante será la de "leasing". Asimismo, considerando la información brindada por el MTC en cuanto a los precios de mercado del material tractivo y rodante (Cuadro N°3), cada escenario del ejercicio a realizar considerará la cotización referencial brindada por el MTC respecto del material procedente de China. Cabe señalar que de las alternativas disponibles, ésta constituye la más barata de las cotizaciones obtenidas.
146. De acuerdo a lo anterior, el material tractivo y rodante que utilizaría para brindar el servicio de transporte de pasajeros ascendería a US\$21 millones (ver columna 5 del Cuadro N°8). Los pagos anuales a la entidad financiera por parte de la empresa entrante serán definidos en cada escenario de demanda. En el caso que la empresa entrante concentre el 30% y 15% del mercado, financiará dicha inversión por montos equivalentes a US\$6,3 y US\$ 3,2 millones, respectivamente,



**Cuadro N°8**  
**Perurail S.A.: Material Tractivo y Rodante Destinado al Transporte de Pasajeros<sup>133</sup>**

(1) Material	(2) Cant.	(3) País	(4) Precio (US\$)	(5) Valor (US\$)
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	China	1 420 000	7 100 000
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	China	1 420 000	1 420 000
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	China	1 420 000	11 360 000
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	China	312 000	312 000
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	China	312 000	312 000
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	China	312 000	312 000
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	China	312 000	312 000
Valor total activos				21 128 000

Fuente: Escrito de Perurail S.A. del 15 de marzo de 2004.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

147. Las condiciones de financiamiento consideran una tasa de interés efectiva fija de 10% anual y plazos de repago de 5 y 7 años.<sup>134</sup>

**Cuadro N°9**  
**Empresa Entrante: Desembolsos por Conceptos de Financiamiento**  
**(En US\$)**

Escenario	Valor de activos	Cuota a 5 años	Cuota a 7 años
Optimista (30%)	6 338 400	1 392 820,9	1 084 517,9
Pesimista (15%)	3 169 200	696 410,5	542 258,9

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

**Supuesto 4: pagos por acceso a la vía**

148. Cualquiera sea la alternativa elegida, alquilar material o comprar material tractivo y rodante, el potencial entrante debe pagarle al concesionario por el concepto de derecho de acceso a la vía.
149. Dado que el ejercicio se asume un incremento del 10% en los otros conceptos, los pagos anuales por el derecho de acceso a la vía también se verán incrementados en las mismas magnitudes. Ese supuesto sugiere también que si los ingresos se incrementan en determinado porcentaje, se inferirá que ha habido un incremento en la demanda y por lo tanto, más kilómetros recorridos por el material tractivo y rodante, lo que determinará el mismo incremento anual en los pagos por derecho de acceso a la vía.<sup>135</sup>

<sup>133</sup> Si bien la información contenida en las columnas (1) y (2) ha sido declarada NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC, a la fecha es susceptible de ser impugnada.

<sup>134</sup> El Anexo N°2, muestra la metodología de cálculo a considerar respecto al financiamiento tipo "leasing" para la determinación de la cuota anual en cada escenario.

<sup>135</sup> El cuadro N° 1C del anexo N°1 muestra los pagos anuales que la empresa entrante realizará a la empresa administradora de la vía por el concepto de derecho de acceso a la vía, según el escenario que se asuma.



**Supuesto 5: costos de mantenimiento**

150. Para garantizar la continuidad y la calidad del servicio de transporte de pasajeros, la empresa entrante debe realizar operaciones de mantenimiento del material tractivo y rodante que utilice.
151. El material tractivo y rodante debe estar sujeto a un mantenimiento diario, trimestral, semestral, bianual y cada 8 años<sup>136</sup>. Sin embargo, su cálculo requeriría información más específica relacionada con la periodicidad de la realización del mantenimiento realizado por Perurail S.A.
152. Por su parte, los costos de mantenimiento de Perurail S.A. representan aproximadamente el [CONFIDENCIAL]<sup>137</sup> de los ingresos obtenidos durante cada año<sup>138, 139</sup>.

**Supuesto 6: gastos en seguros**

153. La empresa entrante debe afrontar anualmente gastos relacionados con los seguros de accidentes personales, incendio de todo riesgo y por responsabilidad civil. En este caso, dado que Perurail S.A. actualmente paga un solo seguro que cubre el tramo Sur y Sur Oriente, se asumió que la empresa entrante paga por seguros un monto proporcional al porcentaje de ingresos que representa el transporte de pasajeros correspondiente al tramo Sur Oriente de Perú Rail, ponderado por su participación respectiva en el mercado, el cuál equivale a 65%.

**Supuesto 7: inversión en infraestructura**

154. Finalmente, la empresa entrante adicionalmente debe invertir en activos de infraestructura que permitan brindar el servicio de transporte de pasajeros. Según funcionarios de la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C, básicamente se requiere la construcción de una estación y los equipos necesarios de monitoreo, cuya inversión ascendería a US\$[CONFIDENCIAL]<sup>140</sup>. A diferencia del supuesto 3, el ejercicio asumirá que ésta inversión no será financiada sino que representará un gasto fijo que debe realizar la empresa durante el año cero<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> En particular, teniendo en cuenta un horizonte de 8 años, según funcionarios del MTC el costo promedio del mantenimiento es de US\$ i por km. Recorrido, suponiendo 100 000 km/año.

<sup>137</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°064-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>138</sup> Esta información la brindó el señor Carpio, Contador General de Perurail S.A. La información exacta de los gastos de mantenimiento incurridos por esta empresa no pudo ser remitida por la misma ya que, según se manifestó, ésta no la registra de manera desagregada para el servicio de transporte de pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente.

<sup>139</sup> Los desembolsos por parte de la empresa entrante por este concepto se muestran en el cuadro N°1D del anexo N°1, según cada escenario asumido.

<sup>140</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°049-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>141</sup> Si bien es posible incluir dentro de la simulación, la posibilidad de acceder al alquiler de dicha infraestructura, en el presente ejercicio, ésta posibilidad no ha sido considerada.





#### IV.2.2.- Resultados obtenidos

155. En términos generales, se pueden destacar tres resultados del ejercicio de simulación realizado. En primer lugar, como era de esperar, los indicadores de rentabilidad, VAN y TIR, son significativamente más favorables si la empresa alquila el material tractivo y rodante, en lugar de adquirirlo (Cuadro N°10). En segundo lugar, los indicadores de rentabilidad de la empresa entran mejor a medida que el horizonte del flujo financiero se incrementa. Finalmente, el plazo de recuperación (PR) de la inversión es menor cuando la empresa entran alquila el material tractivo y rodante, y es mayor cuando dicha empresa invierte en él.
156. En el caso de la alternativa de adquisición de material tractivo y rodante, en un escenario optimista y cuando el plazo de financiamiento se incrementa de 5 a 7 años, el VAN de la empresa entran pasa de S/. -7,8 millones a S/. 3,7 millones y la TIR pasa de -2,2% a 16,4%. Asimismo, mientras que 5 años resulta insuficiente para recuperar la inversión, en el segundo toma 5 años. Dicho resultado contrasta con lo obtenido en el caso del escenario pesimista, en el cual, el VAN pasa de S/. -6,1 millones a S/. -0,7 millones, mientras que la TIR pasa de -9,7% a 10,3%. En este último caso, mientras que 5 años resulta insuficiente para recuperar la inversión, en el segundo toma 6 años.
157. En el caso de la alternativa de alquiler de material tractivo y rodante, como se mencionó anteriormente, los niveles de rentabilidad en todos los escenarios son considerablemente más altos. Tanto las TIR como las VAN muestran cifras significativamente superiores a las registradas para el caso de la compra de material propio.

**Cuadro N°10**  
**Resultados de Ejercicio de Simulación**

Escenario	Flujo N° de años	VAN Alquiler (S/.)	VAN Compra (S/.)	TIR Alquiler (%)	TIR Compra (%)	PR Alquiler (Años)	PR Compra (Años)
Optimista (30%)	5	26 483 628,9	-7 820 696,0	401,2%	-2,2%	1 año	NRI
	7	37 350 879,8	3 717 450,7	401,4%	16,4%	1 año	5 años
Pesimista (15%)	5	11 013 567,1	-6 138 595,4	182,2%	-9,7%	1 año	NRI
	7	16 072 638,9	-744 075,7	183,6%	10,3%	1 año	6 años

Nota: ver en anexos N°3 y N°4, los flujos financieros de este ejercicio.

NRI: no recupera la inversión.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi.

158. Los cambios significativos que reportan los índices de rentabilidad en las simulaciones realizadas al pasar de la opción de alquiler a la de compra de material tractivo y rodante, muestran la gran asimetría existente entre el nivel de competitividad de un entran que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante *versus* el que registraría aquel que alquila en condiciones

similares a las del operador establecido, el material tractivo y rodante concesionado.

159. Sólo en el caso del escenario optimista, en el que desde el primer período la empresa entrante absorbe el 30% del mercado y cuenta con un financiamiento de 7 años, los niveles de rentabilidad en términos absolutos resultan razonables (16,4%). En el resto de casos, las rentabilidades alcanzadas parecen ser insuficientes como para justificar la entrada de un nuevo competidor a través de la compra de material tractivo y rodante.
160. El ejercicio anterior solo compara la situación de un posible entrante que adquiere material tractivo y rodante en el mercado *versus* uno en el que lo alquila en condiciones similares a las que actualmente tiene la empresa establecida (Perurail S.A.). Sin embargo, no reproduce los indicadores de rentabilidad de esta última empresa en este tramo de la vía. Ello implicaría incluir adicionalmente las inversiones realizadas por Perurail S.A. en nuevo material tractivo y rodante ascendente a aproximadamente US\$3.6 millones<sup>142</sup>.

Cuadro N°11  
Rentabilidad Estimada de Perurail  
Tramo Sur Oriente

Opción	Flujo N° de años	VAN Alquiler (S/.)	TIR Alquiler (%)	PR Alquiler (Años)
Optimista (70%)	5	57 577 752,3	143,3%	1 año
	7	83 933 480,6	145,4%	1 año
Pesimista (85%)	5	73 047 814,2	174,5%	1 año
	7	105 211 721,5	175,9%	1 año

Nota: ver en anexos N°5, los flujos financieros de este ejercicio.  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

161. El Cuadro N°11 muestra que la rentabilidad estimada de Perurail S.A. en ambos escenarios continúa siendo significativa; aún incorporando las inversiones en nuevo material tractivo y rodante que habría realizado durante los últimos años. Es importante mencionar que Ositrán<sup>143</sup> realizó un ejercicio en el que se estiman las rentabilidades de las empresas Perurail S.A. (operadora), Ferrocarril Transandino S.A. (concesionario) y de ambas como un solo negocio (integración vertical) para el periodo 2002-2010. Como resultado se obtuvo una TIR de 64% para Perurail S.A. En principio, la diferencia de los resultados serían atribuibles entre otros aspectos, a que en dicho estudio evalúa la actividad de Perurail S.A. en los tramos Sur y Sur Oriente (mientras en el presente caso, se restringe a este último). Aún bajo los supuestos considerados en el estudio de Ositrán, los niveles estimados de rentabilidad de Perurail S.A. resultan significativamente mayores que los que obtendría un potencial entrante que adquiera su material tractivo y rodante.

<sup>142</sup> Según Revista Semana Económica del 15 de agosto del 2004, pág. 9.

<sup>143</sup> Informe N°21-01-GEE-Ositrán, "Evaluación de Desempeño, Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente".



162. Los resultados, en principio, no permiten descartar la posibilidad de que un entrante que adquiere material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o que acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores). Sin embargo, la enorme disparidad de los indicadores de rentabilidad de dicha empresa con los resultantes de la entrada vía alquiler del material tractivo y rodante, en las mismas condiciones del actual operador, refleja que en el caso de esta última alternativa, se darían mejores condiciones para la competencia que en el primero. En efecto, aún en el escenario optimista de entrada vía compra de material tractivo y rodante, la empresa establecida (que alquiló el material tractivo y rodante) tendrá un margen mucho mayor para adoptar comportamientos estratégicos y afectar las condiciones de comercialización en el mercado. En otras palabras, aún en el mejor escenario de entrada vía la inversión propia en material tractivo y rodante, dicha entrada no tendría el mismo efecto que el ingreso a través del alquiler de este material, sobre el poder de mercado de la empresa establecida.
163. En virtud de lo anterior, los resultados muestran que una estrategia que busque promover la competencia intramodal en este mercado, a través de mecanismos que incentiven al concesionario el alquiler del material tractivo y rodante a otros competidores, sería relativamente más eficaz en términos de promoción de la competencia y reducción del poder de mercado de las empresas establecidas, que una que busque promover la entrada vía la inversión en material propio.

**V. La Aplicación de las Normas de Libre Competencia al alquiler de material tractivo y rodante en las concesiones de ferrocarriles**

164. En respuesta a la consulta formulada por Ositran en esta sección se presenta de manera resumida las principales características del marco regulatorio en materia de promoción de la libre competencia en el Perú. A partir de este marco, se procederá a evaluar la aplicación de las normas relativas a la libre competencia en el caso hipotético de un concesionario que alquila material tractivo y rodante y niega un potencial entrante el arrendamiento del mismo, alegando la existencia de un contrato de alquiler celebrado con antelación, con una empresa vinculada.
165. El Decreto Legislativo N° 701<sup>144</sup> es la norma mediante el cual se dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, a fin de permitir que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.
166. De conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, están prohibidos y serán sancionados los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre

<sup>144</sup> Publicado el 7 de noviembre de 1991, y modificado por: (i) Decreto Ley N° 25868 publicado el 24 de noviembre de 1992; (ii) Decreto Ley N° 26004 publicado el 27 de diciembre de 1992, Decreto Legislativo N° 788 publicado el 31 de diciembre de 1994 y, (iv) Decreto Legislativo N° 807 publicado el 18 de abril de 1996.



competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional<sup>145</sup>.

167. Dichos actos o conductas que se consideran atentatorias contra la libre competencia están divididas, básicamente, en dos grandes grupos: (i) el abuso de posición de dominio, y (ii) las prácticas concertadas. En el presente informe, dadas las características de la consulta, solo analizarán las primeras

#### V.1. Abuso de posición de dominio.

168. De conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, existe abuso de posición de dominio cuando una o varias empresas pueden actuar en el mercado de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución<sup>146</sup>.
169. El artículo 5 de la norma en cuestión señala que se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el párrafo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.
170. Que una empresa ostente o no una posición de dominio en un mercado determinado, es una situación de hecho que dependerá de factores tales como: la participación de la empresa en el mercado, las condiciones de acceso a aquél, las características de la producción en dicho mercado, la existencia o inexistencia de excesos de capacidad, de acciones tomadas por el gobierno, de la situación del mercado (mercado estable o en crecimiento), de la estructura y características de la empresa, entre otros.
171. La posición de dominio se evalúa siempre teniendo en consideración producto o servicio relevante. Pero para determinar cuál es el producto o servicio relevante debe evaluarse qué otros servicios existen en el mercado que pueden sustituir al servicio provisto por la empresa involucrada.

<sup>145</sup> Artículo 3°.- Actos y conductas prohibidas. Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

<sup>146</sup> Decreto Legislativo N° 701. Artículo 4°.- Posición de dominio en el mercado. Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.



172. Las condiciones de entrada, mencionadas en la sección IV del presente informe constituyen uno de los factores más importantes por considerar al evaluar si existe una posición dominante.
173. Finalmente, además de determinar la existencia de una posición de dominio, debe comprobarse el carácter anticompetitivo de la conducta; esto es, que la práctica de la empresa no responda a razones de eficiencia. Para ello, resulta necesario reunir una serie de pruebas que permitan confirmar o descartar la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio de acuerdo con el Decreto Legislativo No. 701.
174. El Decreto Legislativo 701 establece un listado del tipo de conductas que son consideradas como abuso de posición de dominio. Éstas son:
  - a. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).
  - b. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
  - c. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
  - d. (Derogado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).
  - e. (Derogado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).
  - f. Otros casos de efecto equivalente. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).
175. A continuación se desarrolla el primero de los casos listados, a fin de evaluar la aplicación de la normatividad a una eventual negativa de alquiler del material tractivo y rodante en el mercado específico materia de análisis.

## V.2 La negativa injustificada de trato

176. En principio, la regla general en el derecho de competencia consiste en que las empresas tienen la libertad de elegir con quien contratan, con quien no lo hacen y en qué términos contratan. No obstante ello, y como una excepción a dicha regla, la Ley establece un supuesto en el cual la negativa a contratar se encuentra proscrita. Dicho supuesto está referido a aquellas situaciones en las que quien se niega a celebrar el trato tiene posición de dominio en el mercado.
177. La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier persona; sin embargo, cuando el agente tiene posición de dominio en el mercado, queda sujeta a algunas obligaciones especiales como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monopsonio) o con un cliente (en el caso de un monopolio).
178. La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear



o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro. Para que una negativa de trato sea considerada injustificada y por tanto sea sancionable, debe quedar en evidencia la intencionalidad de impedir el acceso o permanencia de competidores en el mismo.

179. Cabe señalar que no resulta necesario probar subjetivamente la intención de depredar el mercado con la práctica, siendo suficiente que tal intención se pueda derivar del efecto económico de la conducta, es decir, que se pueda determinar que la conducta global e integralmente analizada de la empresa está dirigida a eliminar o limitar la acción de los competidores por medios distintos a la leal y libre competencia<sup>147</sup>.

### V.3. Entidad competente y procedimiento.

180. La Comisión de Libre Competencia del Indecopi es el organismo encargado de velar por el cumplimiento del Decreto Legislativo N° 701.

En tal sentido, la Comisión se encuentra facultada para conocer y sancionar el abuso de posiciones dominantes y las prácticas restrictivas de la competencia desarrolladas por cualquier persona o empresa que desarrolle actividades de tipo empresarial.

181. A través de su Secretaría Técnica, la Comisión dicta opinión en los procedimientos por infracciones a la norma, realiza indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, adopta las directivas que pudieran requerirse. Asimismo, en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia está facultada para dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.
182. Finalmente, una vez verificada la comisión de una infracción a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 701, la Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores multas de diversa magnitud, dependiendo de la gravedad de la infracción.
183. En el contexto específico del alquiler del material tractivo y rodante, concesionado a Ferrocarril Transandino S.A., como se menciona en la sección II, el Contrato de Concesión, establece que no es permitido el abuso de posición de dominio o prácticas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea por parte del concesionario. De ser así, el concedente y Ositran pueden iniciar procedimientos ante Indecopi, si consideran que el concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades. De verificar la comisión de algún acto contrario a la libre competencia por parte del concesionario en el acceso a

<sup>147</sup> Bullard, Alfredo (1998), "¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las practicas predatorias y el abuso de posición de dominio". En: Themis, Revista de Derecho. N° 36. Lima. Pág. 84.



bienes de la concesión, como el material tractivo y rodante, el Indecopi está en capacidad de ordenar las medidas correctivas que considere pertinentes.

**V.4. La negativa de alquiler de material tractivo y rodante por parte del concesionario**

184. En caso exista una negativa de alquiler de material tractivo y rodante por parte del concesionario a un potencial entrante, la autoridad de competencia, deberá en primer lugar determinar, el mercado relevante en el que se habría negado dicha transacción. El presente informe demuestra que para la prestación del servicio de transporte ferroviario en el tramo Sur Oriente, difícilmente podrían ser consideradas sustituibles las alternativas de alquilar dicho material tractivo y rodante al concesionario o adquirirlo directamente. Como se verifica en el ejercicio de simulación realizado en la sección IV, la opción de alquiler resulta mucho más ventajosa, en términos de rentabilidad, para una eventual entrante, que la opción de compra.
185. En caso la autoridad determine que el mercado relevante es el del alquiler del material tractivo y rodante, deberá evaluar si la empresa concesionaria tiene posición de dominio en dicho mercado. De encontrarse evidencia de que el concesionario tenga posición de dominio en dicho mercado relevante, corresponderá a la autoridad evaluar si se ha registrado en este mercado una negativa de trato.
186. Una negativa por parte del concesionario de arrendamiento del material tractivo y rodante a un potencial nuevo operador, en caso el primero ostente una posición de dominio en el mercado relevante, deberá estar debidamente justificada por razones de eficiencia empresarial. De no ser así, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo 701. Asimismo, podría considerarse una violación de lo estipulado en el Contrato de Concesión, el cual en su artículo 7.6 señala que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.
187. Al ser Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., empresas vinculadas empresarialmente, ambas pueden reformular los términos del contrato de alquiler original a fin de facilitar la entrada de terceros al mercado, a través del alquiler del material tractivo y rodante. Siendo factible la renegociación del contrato de arrendamiento entre Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., carecería de sentido alegar su existencia como un impedimento real para que un tercer operador tenga acceso al uso del material tractivo y rodante, a través de un contrato de alquiler de dicho material.

*[Handwritten signature]*



## VI. Conclusiones y Recomendaciones

1. Si bien en términos generales la estructura de la industria ferroviaria en el Perú, se ha caracterizado por la existencia de competencia multimodal en los tramos del Sistema Central y Sur, en el caso del tramo Sur Oriente, estudios previos muestran que dicha competencia es bastante limitada.
2. Por otro lado, si bien existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el tramo Sur Oriente, en la práctica se ha observado que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos 4 años.
3. Es importante mencionar que la evidencia encontrada en otros procesos de concesión realizados en la región (como es el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia y México) y en los otros tramos concesionados en el caso del Perú; muestra que los posibles efectos restrictivos del modelo de integración vertical en términos de competencia en los mercados de transporte, pueden verse contrarrestados por la existencia de competencia intermodal.
4. Para determinar si existe la posibilidad de que se desarrolle competencia intramodal en el Sistema Sur Oriente, en el presente informe se realizó un análisis de las barreras a la entrada existentes al mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en dicho tramo. Como parte de este análisis se revisaron las principales barreras legales, estructurales y estratégicas a la entrada, encontrándose que una de las principales limitantes a la entrada, está asociada a la especificidad de los activos necesarios para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Sur Oriente y los costos hundidos que involucra la inversión en material tractivo y rodante.
5. Adicionalmente, se desarrolló un ejercicio que consistió en la simulación de la entrada de un nuevo competidor al mercado de servicios de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Sur Oriente, a través de dos opciones: compra o alquiler del material tractivo y rodante.
6. En términos generales, se pueden destacar tres resultados del ejercicio de simulación realizado. En primer lugar, como era de esperar, los indicadores de rentabilidad, VAN y TIR, muestran niveles de rentabilidad significativamente mayores si la empresa alquila el material tractivo y rodante, en lugar de adquirirlo. En segundo lugar, los indicadores de rentabilidad de la empresa entrante mejoran a medida que el horizonte financiero se incrementa. Finalmente, el plazo de recuperación (PR) de la inversión es menor cuando la empresa entrante alquila el material tractivo y rodante, y es mayor cuando dicha empresa invierte en él.
7. Los cambios significativos que reportan los índices de rentabilidad en las simulaciones realizadas al pasar de la opción de alquiler a la de compra de material tractivo y rodante, muestran la gran asimetría existente entre el nivel de competitividad de un entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante *versus* el que registraría aquel que alquila en condiciones





000324

similares a las del operador establecido, el material tractivo y rodante concesionado.

8. Sólo en el caso del escenario optimista, en el que desde el primer período la empresa entrante absorbe el 30% del mercado y cuenta con un financiamiento de 7 años, los niveles de rentabilidad resultan razonables (16,4%). En el resto de casos, las rentabilidades alcanzadas parecen ser insuficientes como para justificar la entrada de un nuevo competidor a través de la compra de material tractivo y rodante.
9. Los resultados, en principio, no permiten descartar la posibilidad de que un entrante que adquiere material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o que acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores). Sin embargo, la enorme disparidad de los indicadores de rentabilidad de dicha empresa con los resultantes de la entrada vía alquiler del material tractivo y rodante, en las mismas condiciones del actual operador, refleja que en el caso de esta última alternativa, se darían mejores condiciones para la competencia que en el primero. En efecto, aún en el escenario optimista de entrada vía compra de material tractivo y rodante, la empresa establecida (que alquiló el material tractivo y rodante) tendrá un margen mucho mayor para adoptar comportamientos estratégicos y afectar las condiciones de competencia en el mercado. En otras palabras, aún en el mejor escenario de entrada vía la inversión propia en material tractivo y rodante, dicha entrada no tendría el mismo efecto que el ingreso a través del alquiler de este material, sobre el poder de mercado de la empresa establecida.
10. En virtud de lo anterior, los resultados muestran que una estrategia que busque promover la competencia intramodal en este mercado, a través de mecanismos que incentiven al concesionario el alquiler del material tractivo y rodante a otros competidores, sería relativamente más eficaz en términos de promoción de la competencia y reducción del poder de mercado de la empresa establecida, que una que busque promover la entrada vía la inversión en material propio.
11. Una negativa por parte del concesionario del arrendamiento del material tractivo y rodante a un potencial nuevo operador, en caso el primero ostente una posición de dominio en el mercado relevante, deberá estar debidamente justificada por razones de eficiencia empresarial. De no ser así, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo 701. Asimismo, podría considerarse una violación de lo estipulado en el Contrato de Concesión, el cual en su artículo 7.6 señala que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.
12. Al ser Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., empresas vinculadas empresarialmente, ambas pueden reformular los términos del contrato de alquiler original a fin de facilitar la entrada de terceros al mercado, a través del alquiler del material tractivo y rodante. Siendo factible la renegociación del contrato de arrendamiento entre Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., carecería de sentido alegar su existencia como un impedimento real para que un tercer



justificar la entrada de un nuevo competidor a través de la compra de material tractivo y rodante.

9. Los resultados, en principio, no permiten descartar la posibilidad de que un entrante que adquiere material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o que acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores). Sin embargo, la enorme disparidad de los indicadores de rentabilidad de dicha empresa con los resultantes de la entrada vía alquiler del material tractivo y rodante, en las mismas condiciones del actual operador, refleja que en el caso de esta última alternativa, se darían mejores condiciones para la competencia que en el primero. En efecto, aún en el escenario optimista de entrada vía compra de material tractivo y rodante, la empresa establecida (que alquiló el material tractivo y rodante) tendrá un margen mucho mayor para adoptar comportamientos estratégicos y afectar las condiciones de competencia en el mercado. En otras palabras, aún en el mejor escenario de entrada vía la inversión propia en material tractivo y rodante, dicha entrada no tendría el mismo efecto que el ingreso a través del alquiler de este material, sobre el poder de mercado de la empresa establecida.
10. En virtud de lo anterior, los resultados muestran que una estrategia que busque promover la competencia intramodal en este mercado, a través de mecanismos que incentiven al concesionario el alquiler del material tractivo y rodante a otros competidores, sería relativamente más eficaz en términos de promoción de la competencia y reducción del poder de mercado de la empresa establecida, que una que busque promover la entrada vía la inversión en material propio.
11. Una negativa por parte del concesionario del arrendamiento del material tractivo y rodante a un potencial nuevo operador, en caso el primero ostente una posición de dominio en el mercado relevante, deberá estar debidamente justificada por razones de eficiencia empresarial. De no ser así, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo 701. Asimismo, podría considerarse una violación de lo estipulado en el Contrato de Concesión, el cual en su artículo 7.6 señala que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.
12. Al ser Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., empresas vinculadas empresarialmente, ambas pueden reformular los términos del contrato de alquiler original a fin de facilitar la entrada de terceros al mercado, a través del alquiler del material tractivo y rodante. Siendo factible la renegociación del contrato de arrendamiento entre Ferrocarril Transandino S.A. y Perurail S.A., carecería de sentido alegar su existencia como un impedimento real para que un tercer operador tenga acceso al uso del material tractivo y rodante, a través de un contrato de alquiler de dicho material.



operador tenga acceso al uso del material tractivo y rodante, a través de un contrato de alquiler de dicho material.

Gonzalo Ruiz D.  
Gerente de Estudios  
Económicos

Luis Carlos Adrián R.  
Coordinador Legal

Julio Aguirre M.  
Analista Económico

Lima, 18 de agosto de 2004



ANEXO N°1<sup>1,2</sup>

Cuadro N°1A  
Flujos de ingresos de empresa entrante  
(En Nuevos Soles)

Año	(1) Optimista (30%)	(2) Pesimista (15%)
2003	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2004	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2005	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2006	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2007	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2008	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2009	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2010	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2011	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2012	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

Cuadro N°1B  
Flujos de pagos por concepto de alquiler de material tractivo y rodante  
(En Nuevos Soles)

Año	(1) Optimista (30%)	(2) Pesimista (15%)
2003	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2004	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2005	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2006	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2007	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2008	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2009	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2010	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2011	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2012	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

<sup>1</sup> El tipo de cambio considerado fue de S/3,50 por 1US\$.

<sup>2</sup> La generación de los valores contenidos en las columnas (1) y (2) de los cuadros mostrados en el presente Anexo utilizan información remitida por Perurail S.A., la cual ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOPI/CLC.



**Cuadro N°1C**  
**Flujo de pagos por concepto de derecho de acceso a la vía**  
**(En Nuevos Soles)**

Año	(1) Optimista (30%)	(2) Pesimista (15%)
2003	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2004	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2005	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2006	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2007	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2008	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2009	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2010	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2011	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2012	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

*Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.*

**Cuadro N°1D**  
**Flujo de desembolsos por concepto de mantenimiento del material tractivo y**  
**rodante**  
**(En Nuevos Soles)**

Año	(1) Optimista (30%)	(2) Pesimista (15%)
2003	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2004	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2005	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2006	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2007	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2008	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2009	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2010	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2011	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
2012	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

*Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.*

## ANEXO N°2



### Metodología de cálculo de cuotas anuales de arrendamiento financiero (Leasing)<sup>1</sup>

Para calcular la cuota a pagar periódicamente ( R ) se toma en consideración las siguientes variables:

- Monto total a financiar ( A ), el cual comprende el valor del bien
- Impuesto General a las Ventas ( IGV ) aplicable a A
- Tasa de interés ( i )
- Número de periodos ( n )

Sin considerar el impuesto a la renta, la cuota periódica se obtiene a partir de la ecuación (1)

$$R = \frac{V \times i}{1 - (1 + i)^{-n}} \quad (1)$$

donde  $V = A + IGV$

Sobre este importe R, la empresa tendrá que pagar nuevamente el IGV.

Los pagos de leasing son deducibles para efectos del pago del impuesto a la renta (t); por lo tanto a la empresa le representa un costo real expresado en la ecuación (2)

$$R = \left[ \frac{V \times i}{1 - (1 + i)^{-n}} \right] \times (1 - t) \quad (2)$$

Para efectos de calcular la cuota R a partir de la ecuación (2) no se toma en consideración el valor total de la cuota - que incluye el IGV - porque dicho pago de IGV no representa un costo para la empresa por ser un crédito tributario.

<sup>1</sup> Universidad de Piura (1999). Valera Moreno, Rafael. "Matemática Financiera: Conceptos, problemas y aplicaciones". Piura, Perú, primera edición. Páginas 222-226

ANEXO N°3<sup>1</sup>

Alternativa de alquiler de material tractivo y rodante  
(En Nuevos Soles)

Flujo a cinco años

Escenario Optimista (30%)

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5
Inversión	CONFIDENCIAL					
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento						
Flujo neto	CONFIDENCIAL		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Indicadores financieros:						
VAN		S/26 483 628,94				
TIR		401,2%				
PR		1 año				

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos, Indecopi.



<sup>1</sup> La generación de los valores contenidos en las columnas (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) y (8) de los cuadros mostrados en el presente Anexo utilizan información remitida por Perurail S.A., la cual ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOP/CLC.



**Escenario Pesimista (15%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5
Inversión	CONFIDENCIAL					
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento						
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Indicadores financieros</b>						
VAN	S/11 013 567,1					
TIR	182,2%					
PR	1 año					

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi.



**Flujo a siete años**

**Escenario Optimista (30%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5	(7) Año 6	(8) Año 7
Inversión	CONFIDENCIAL							
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento								
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Indicadores financieros</b>								
VAN	S/37 350 879,8							
TIR	401,4%							
PR	1 año							

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.





**Escenario Pesimista (15%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5	(7) Año 6	(8) Año 7
Inversión	CONFIDENCIAL							
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento								
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

Indicadores financieros	
VAN	S/16 072 638,9
TIR	183,6%
PR	1 año

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi.



ANEXO N°4<sup>2</sup>

Alternativa de compra de material tractivo y rodante a fabricantes chinos  
(En Nuevos Soles)

Flujo a cinco años

Escenario Optimista (30%)

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5
Inversión	CONFIDENCIAL					
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento						
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Indicadores financieros</b>						
VAN	S/-7 820 696,0					
TIR	-2,2%					
PR	NRI					

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

<sup>2</sup> La generación de los valores contenidos en las columnas (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) y (8) de los cuadros mostrados en el presente Anexo utilizan información remitida por Perurail S.A., la cual ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N°063-2004-INDECOP/CLC.



**Escenario Pesimista (15%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5
Inversión	CONFIDENCIAL					
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento						
Flujo neto	CONFIDENCIAL					
<b>Indicadores financieros</b>						
VAN	S/-6 138 595,4					
TIR	-9,7%					
PR	NRI					

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

Flujo a siete años

**Escenario Optimista (30%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5	(7) Año 6	(8) Año 7
Inversión	CONFIDENCIAL							
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento								
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

**Indicadores financieros**

VAN	S/3 717 450,7
TIR	16,4%
PR	5 años

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.





**Escenario Pesimista (15%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5	(7) Año 6	(8) Año 7
Inversión	CONFIDENCIAL							
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento		CONFIDENCIAL						
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Indicadores financieros</b>								
VAN	SI-744 075,7							
TIR	10,3%							
PR	6 años							

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.





**Escenario Pesimista (85%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5
Inversión	CONFIDENCIAL					
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento						
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Indicadores financieros</b>						
VAN	S/73 047 814,15					
TIR	174,5%					
PR	1 año					

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.



Flujo a siete años

**Escenario Optimista (70%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5	(7) Año 6	(8) Año 7
Inversión	CONFIDENCIAL							
<b>Flujo de ingresos</b>		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Flujo de costos</b>		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento								
<b>Flujo neto</b>	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Indicadores financieros</b>								
VAN		S/83 933 480,6						
TIR		145,4%						
PR		1 año						

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.





**Escenario Pesimista (85%)**

Concepto	(1) Año 0	(2) Año 1	(3) Año 2	(4) Año 3	(5) Año 4	(6) Año 5	(7) Año 6	(8) Año 7
Inversión	CONFIDENCIAL							
Flujo de ingresos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Flujo de costos		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Acceso a la vía		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Alquiler de material		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Mantenimiento		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Seguros		CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
Financiamiento								
Flujo neto	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
<b>Indicadores financieros</b>								
VAN	S/105 211 721,5							
TIR	175,9%							
PR	1 año							

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi.



## 02. Denuncia de Fersimsac



2004 ABO 27 PM 3 29

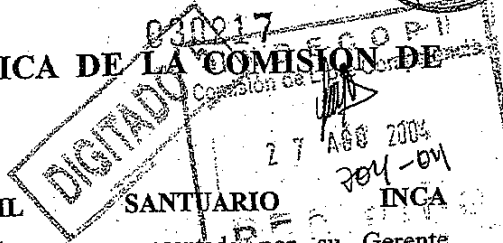
CK

Exp. 010-2004

SUMILLA : FORMULA DENUNCIA POR ABUSO DE POSICION DE DOMINIO.



**SENOR DE LA SECRETARIA TECNICA DE LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA. -INDECOPI.**



**FERROCARRIL SANTUARIO INCA**

**MACHUPICCHU S.A.C. (FERSIMSAC)**, debidamente representada por su Gerente General. Dante QUISPE RAMOS, identificado con DNI Nro. 25198465, inscrito en la Partida Nro 11016300 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral Cusco, con domicilio social sito en Pampa del Castillo 365 Of. 203 del Cercado del Cusco Provincia y departamento del Cusco, y señalando nuestro domicilio Procesal sito en la Casilla 1667 do Ilustre Colegio de Abogados de Lima sito en el cuarto Piso del Palacio de Justicia, lugar a donde solicitamos se nos notifique las ultiores resoluciones que emanen de su entidad.

**IPETTORIO.**

Que, al amparo del Derecho de Petición previsto en el Inc 20 del Art 2 de nuestra Carta Magna y del Artículo 1°.- del Decreto Legislativo N° 701, -Ley CONTRA LAS PRACTICAS MONOPOLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA-, acudimos ante Usted y formulamos Denuncia POR ABUSO DE POSICION DE DOMINIO Y MONOPOLIO DEL TRANSPORTE FERROVIARIO CUSCO MACHUPICCHU HIDROELECTRICA, contra la empresa **FERROCARRIL TRASANDINO S.A. (FETRANS S.A.)**, representada por su Gerente General FILIP BOYEN a quienes se les notificara en la Av. Armendariz 397 del Distrito de Miraflores, Provincia y Departamento de Lima, concesionaria de la vía ferrocarril del Sur, Sur oriente denuncia que formulamos en merito as los siguientes fundamentos.



Exp. 010-2004

## II. FUNDAMENTACIÓN DE LOS HECHOS.

### PRIMERO.- ANTECEDENTES.

- A) Que, en forma preliminar mediante **Oficio Nro 362 -03-GG-OSITRAN**, el Gerente General de esa entidad, de oficio, con fecha 01 de Agosto del 2,003 solicito ante su entidad su pronunciamiento para que en función a las competencia que le asigna la Ley pueda iniciar las investigaciones pertinentes para determinar si existe o no una violación a las normas de la libre competencia, **consecuentemente mediante la presente formalizamos la denuncia por considerar que la empresa denunciada nos ha causado un serio perjuicio económico con su accionar consistente en la reiterada negativa de atender la petición de alquiler del material tractivo y rodante que fuera entregado por el Estado como parte de los bienes concesionados a FETRANS S.A. y que en la actualidad, los mismos vienen siendo utilizados mediante el Contrato de Alquiler con su operador vinculante Perú Rail contrato que culminara el año 2,010.**
- B) Por Resolución Directoral Nro 009-2,002-MTC/14 del 30 de Diciembre del 2,002. se concedió el permiso de operación ferroviario a nuestra representada por el periodo de un año para que preste servicios de transporte de pasajeros y Carga en la Via del Ferrocarril del Sur Oriente, Tramo Cusco Machupicchu Hidroeléctrica, **concediéndonos el término de un mes para cumplir con presentar las pólizas de seguro emitidas en el país el mismo que cobertura por daños y perjuicios a terceros y contra riesgo de destrucción parcial de la infraestructura ferroviaria y pólizas por cobertura de daños a pasajeros que incluye invalidez o muerte, asi como copia del contrato celebrado y vigente con la empresa Ferrocarril TRANSANDINO S.A. Derecho de acceso a la Línea férrea.**
- C- Que a efecto de dar cumplimiento al Art 13 del D.S. Nro 027 -99-MTC, es que iniciamos las relaciones con la empresa denunciada a efecto de suscribir el referido Contrato, pero lamentablemente la empresa denunciada dilató dolosamente el tiempo, viéndonos obligados a solicitar una ampliación de plazo ante el MTC, entidad que mediante la resolución correspondiente declaro la caducidad de nuestro permiso de operaciones.



**SEGUNDO.-** Señores de INDECOPI, consecuentemente el actuar de FETRANS S.A. constituye **un abuso de posición de dominio** infringiendo las normas de la libre competencia, en efecto basta analizar el Contrato de Concesión celebrado entre el Ministerio de Transportes y el Consorcio Ferrocarriles del Perú, en la Cláusula Septima sobre Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario en el inc 6. que establece **“LA EQUIDAD EN SERVICIOS, que a la letra dice: “El Concesionario no podrá discriminar entre los operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes.”**

El concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las leyes aplicables en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea. Las partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que el concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este contrato facultando al concedente a aplicar lo previsto en la cláusula vigésima de este contrato.

Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el concedente como OSITRAN están legitimados para iniciar procedimientos ante INDECOPI en caso consideren que el concesionario esta infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

**TERCERO.-** Si tenemos en cuenta señores de INDECOPI, el Decreto Legislativo vigente, en nuestro país busca eliminar las **prácticas monopólicas** controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y **prestación de servicios** permitiendo que la libre competencia privada se desenvuelva para beneficio del público consumidor específicamente del turismo nacional como extranjero, que como sustento constituye materia esencial del derecho mercantil moderno, dado que permite ingresos económicos al país y al existir otros



operadores de servicios realzara una buena imagen del país en cuanto a su servicio ferroviario.

DE LA POSICIÓN DOMINANTE son factores importantes para su determinación, "las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su accesos a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios porque se trata de los intereses de los consumidores. ..." Para el caso de autos, la empresa FETRANS S.A. no permite a mi representada con brindar el suministro del material rodante, constituyendo un obstáculo para ingresar al mercado del servicio ferroviario atentando y perjudicando los intereses de los consumidores en cuanto al bienestar y seguridad de los mismo.

No se sanciona la posición de dominio en el mercado que surge como resultante de una eficiente administración gerencial calidad tecnológica, sino la creación de condiciones a la realidad de actos que alteran el desenvolvimiento automático de la oferta y la demanda que causen la distorsión a los competidores y al sistema económico ...

**CUARTO.-** En efecto los recurrentes en estricto cumplimiento de la función supervisora y fiscalizadora que corresponde a OSITRAN respecto del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, iniciamos las acciones pertinentes a fin de asegurar el adecuado cumplimiento de la obligación asumida por la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. en el numeral 7.6, 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.

Remitiendo, mediante Carta N<sup>o</sup>GG/GG-010-FC. Santuario de fecha 17 de enero de 2003, solicitamos que la empresa Ferrocarril Transandino S.A. en su calidad de concesionaria del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente y del Material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado, que figura en el Anexo N<sup>o</sup> 3 del Contrato de Concesión, nos arriende parte del



Exp. 010-200

material para efectos de prestar los servicios de transporte ferroviarios por contar con el Permiso de Operaciones autorizados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Asimismo, mediante Misiva N° 013-GL/FE-TRANS-2003 de fecha 24 de enero de 2003, la empresa FETRANS S.A. dando respuesta al requerimiento efectuado, **nos contestó que no existía Material Tractivo y Rodante disponible, pues todo el que recibió en concesión ha sido arrendado a su empresa operadora vinculada PERURAIL S.A.**

Señores de INDECOPI si bien es cierto que el Contrato de Concesión permitiría a Ferrocarril Transadino S.A. alquilar el Material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado a los operadores de servicios de transporte ferroviario, no lo es menos, que dicho alquiler no puede constituirse en un obstáculo que limite, restrinja o distorsionen la libre competencia entre operadores y el libre acceso a la línea férrea, tal es así que la primera parte del numeral 7.6 del Contrato, expresamente establece que el concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes.

En ese entender, consideramos que el argumento utilizado por la empresa Ferrocarril Transadino S.A. ante nuestro requerimiento, constituye una flagrante infracción al numeral 7.6° del Contrato de Concesión, **Pues nos niega la posibilidad de que se nos alquile el Material Tractivo y Rodante que es de propiedad del Estado** y no del Concesionario, en beneficio exclusivo del otro operador autorizado PERURAIL S.A, que además es su empresa vinculada y que la pone en una situación de ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO frente a mi representada, hecho que dificulto el inicio de nuestras operaciones, por carecer del Material Tractivo y Rodante asumiendo una posición de desigualdad entre mi representada y la Empresa PERURAIL S.A. a quién si alquila el referido material

Consiguientemente la posición de la empresa esta tipificada en el Artículo 4°.- del Decreto Legislativo 701 Pues \*... Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o





Exp. 010-200

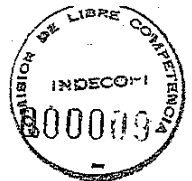
proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución. Igualmente se esta violando flagrantemente el Art 5°.- del referido cuerpo de Leyes, pues Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios."
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para **prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. ....**

**QUINTO.-**Es de indicar además, que si bien el Contrato de Concesión establece que la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino S.A. tiene el derecho a la libre decisión comercial y riesgos en la explotación de la concesión otorgada, ( no solamente se imita a la Infraestructura vial Ferroviaria sino que además está compuesta por. el Material Tractivo y Rodante que le ha sido concesionado), refiriendo que el ejercicio del referido derecho debe realizarse observando la normativa jurídica es decir el Contrato de Concesión, las Bases y las leyes Aplicables de cumplimiento obligatorio..

Como consecuencia de ello, si bien el Contrato de Concesión le permite a Ferrocarril Transandino S.A. alquilar el Material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado y que puede realizarse sobre la base de la libre decisión comercial y riesgos, queda claro también que el referido alquiler debe estar sujeto a lo previsto en el numeral 7.6 del Contrato de Concesión, y por lo tanto, no debe implicar una discriminación entre los operadores de



Exp. 010-200

servicios de transporte ferroviario ni implicar un acto de restricción o distorsión de la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea.

Evidenciándose el abuso de la posición de dominio consideramos que su entidad es la competente para conocer del presente caso, encargándose de regular la posición asumida y consiguientemente el Monopolio reinante en dicha concesión aplicando las sanciones correspondientes en mérito a la investigación y la actuación de los medios probatorios.

Es un hecho, que en el caso de la Infraestructura Vial Ferroviaria correspondiente al Tramo Cusco — Machupicchu- Hidroeléctrica, la empresa Ferrocarril Transandino S.A. además de mantener un monopolio sobre la línea férrea, tiene una posición de dominio en el mercado del alquiler de locomotoras, vagones, auto vagones y coches que pueden circular por dicho Tramo, al habersele otorgado también todo el Material Tractivo y Rodante de Propiedad del Estado que puede circular por el referido tramo en atención a sus especificaciones técnicas.

Dicha situación ha origina que en la actualidad FETRANS S.A. al alquilar el Material Tractivo y Rodante solo a PERU RAIL S.A. tenga que tener en cuenta la situación de dominio que tiene sobre el referido Material y no genere a través de su alquiler actuaciones discriminatorias entre operadores o actos que restrinjan la libre competencia entre éstos vulnerando los principios de neutralidad, y no discriminación contemplados en los artículos 4° y 5° del Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, Reglamento General de OSITRAN.

Reiteramos que el Contrato de alquiler que tiene Ferrocarril Transandino S.A. con su empresa operadora PERURAIL S.A. es un Contrato que sólo tiene efecto para dichas empresas y no es oponible al Estado y menos transgredir las normativa de orden público en el estado de Derecho.

Por todo lo expuesto, estamos seguros que su representada INDECOPI como ente regulador de la libre competencia en la economía social de mercado exigirá que la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino FETRANS S.A. garantice un trato equitativo entre nosotros y su operador vinculado en lo que respecta al Material



Tractivo y Rodante de propiedad del Estado, constituyendo el clamor de la población Cuzqueña un trato igualitario y digno en el acceso al servicio de trenes locales hecho que se concretara desarraigando el Monopolio imperante a la fecha.

### III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:

Amparo la presente petición en mérito a lo establecido en los Artículos de la Constitución Política del Estado, que textualmente dicen:

**Artículo 58°.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

**Artículo 59°.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

**Artículo 60°.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía, nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

**La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.**



**Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.**

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, **monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.**

**Así como el Articulado correspondiente del Decreto Legislativo 701 y la Ley 26917. Ley de Supervisión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo. Arts 1,6, y 7**

#### **IV.- MEDIOS PROBATORIOS**

En calidad de medios probatorios, ofrecemos, las siguientes instrumentales, solicitando que sean valoradas en su oportunidad :

A.- Copia simple del DNI del recurrente y original de la Partida 110167300 del Registro de Personas Jurídicas , con el que acredita que tiene legitimidad para obrar en su calidad de representante de la empresa FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU SAC. FERSIMSAC

B.- Copia simple de la Resolución Directoral Nro 009-2,002-MTC/14 del 30 de Diciembre del 2,002. mediante la cual se concedió el permiso de operación ferroviario a nuestra representada por el periodo de un año para que preste servicios de transporte de pasajeros y Carga en la Via del Ferrocarril del Sur Oriente, Tramo Cusco Machupicchu Hidroeléctrica , concediéndonos el término de un mes para cumplir con presentar las pólizas de seguro emitidas en el país el mismo que cobertura por daños y perjuicios a terceros y contra riesgo de destrucción parcial de la infraestructura ferroviaria y pólizas por cobertura de daños a pasajeros que incluye invalidez o muerte , así como copia del contrato celebrado y vigente con la empresa Ferrocarril TRANSANDINO S.A. Derecho de acceso a la Línea férrea.

Que a efecto de dar cumplimiento al Art 13 del D.S. Nro 027 -99-MTC, es que iniciamos las relaciones con la empresa denunciada a efecto de suscribir el referido



- Contrato, pero lamentablemente la empresa denunciada dilató dolosamente el tiempo, viéndonos forzando a solicitar una ampliación de plazo ante el MTC , entidad que mediante RD , 016-2003-MTC accedió a nuestra petición, pero lamentablemente mediante Resolución Nro 054 2,003MTC del 14 de Julio del 2,003 lamentablemente se ha declarado la caducidad del permiso de operaciones. Evidenciándose que el abuso de posición de dominio e intransigencia frustró el acceso a la Vía férrea.
- C.- Copia de la Carta Nro GG/GG-010-FC-Santuario-2,003, de fecha 15 de enero del 2,003.remitida a Trasandino solicitando el alquiler del material tractivo y rodante.
  - D.- Copia de la carta Nro 013-GL/FETRANSA de fecha 24 de Enero del 2003 remitida por FETRANS S.A. indicando que todo el material rodante esta alquilado a PERURAIL. S.A.
  - E.- Copia de la Carta Nro. 42-GL-2,003 FETRANS a FERSIMSAC de fecha 4 de Marzo del 2,003, documento que acredita actitud de posición de domino y extralimitación de la concesionaria atribuyéndose aun funciones propias del OSITRAN
  - F.-Copia simple del Contrato de Concesión de fecha .19 de Julio de 1999 celebrado entre la CEPRI representada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y TRASANDINO , documento con el que se acredita que TRASANDINO ha violado la cláusula Séptimo Inc 6 del Contrato de Concesión.
  - G.- Paneux fotográfico , conteniendo 21 fotografías con el que se acredita .
    - A- La inexperiencia del operador en el transporte ferroviario
    - B- El estado de Abandono de la infraestructura ferroviaria
    - C- La Contaminación en el medio ambiente, producido por los desechos y los gases tóxicos que emanan las unidades ferroviarias
    - D- El congestionamiento y hacinamiento en la que se ven obligados a viajar los pasajeros del servicio local de trenes.
  - H.- Un DVD conteniendo microformas fotográficas , con el que queda acreditado el abandono total de las estaciones y la falta de mantenimiento de los coches, y la infraestructura de las rieles hecho que ocasiona ruidos estridentes y constantes retrasos en los servicios , la contaminación reinante en dichas unidades en los



Exp. 010-2004

contaminación reinante en dichas unidades en los servicios higiénicos, la carencia de botiquines de auxilio en caso de accidente.

Pruebas que demuestran el Monopolio en la prestación deficiente de este servicio y la necesidad urgente de la existencia de otro operador del servicio ferroviario que cumpla con las exigencias de la concesión.

I.- Copias de la Resolución Nro 003-2003-CD/OSI TRAM DEL 19 DE MARZO DEL 2,003.

MEDIANTE LA CUAL SE APROBO EL ACCESO TEMPORAL A FAVOR DE FERSIMSAC A LA LINEA FERREA CORRESPONDIENTE al ferrocarril del Sur oriente en el tramo Cusco Machupicchu Hidroeléctrica y la Resolución Nro 0042,003-CD/OSITRAN de fecha 25 de Abril del 2,003 mediante la cual se confirmo la resolución precitada.

J.- Copia simple de la resolución Directoral Nro 054-2003-MTC/14 del 14 de Julio del 2,003 mediante la cual el MTC declaro la caducidad del permiso de operaciones , resolución que es secuela de la reiterada negativa de la concesionaria a alquilar a mi representada el material tractivo rodante.

K.- Copia simple de la Resolución Vice- Ministerial Nro 275 -2,003-MTC del 27 de Agosto mediante la cual declaran Infundado el Recurso de Apelación contra la resolución Directoral Nro 054-2003-MTC/14 del 14 de Julio del 2,003

L.- Copia simple del Oficio Nro 362-03-GG-OSITRAN, mediante el cual acredito ei antecedente de la presenta denuncia, y la iniciación de la investigación por existir presunta posición de Abuso de Dominio. Y actuación discriminatoria entre operarios ferroviarios.

**POR LO EXPUESTO:**

A, usted señor SECRETARIO TECNICO DE LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA. -INDECOPI , solicitamos admitir la presente denuncia y darle el trámite correspondiente.

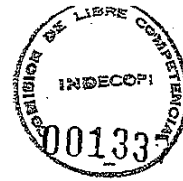
Adjuntamos dos juegos de copias para la notificación CORRESPONDIENTE DEBIDAMENTE IDENTIFICADAS EN LOS ANEXOS CORRESPONDIENTES.



Exp 010-2004

ANEXOS :

- A.- Copia simple del DNI del recurrente y copia simple de la Partida 110167300 del Registro de Personas Jurídicas , con el que acredita que tiene legitimidad para obrar el recurrente.
- B.- Copia simple de la Resolución Directoral Nro 009-2,002-MTC/14 del 30 de Diciembre del 2,002 mediante la cual se concedió el permiso de operación ferroviario a nuestra representada por el periodo de un año para que preste servicios de transporte de pasajeros y Carga en la Vía del Ferrocarril del Sur Sur Oriente.
- C.- Copia simple de la Carta Nro GG/GG-010-FC-Santuario-2,003, de fecha 15 de enero del 2,003 remitida a Trasandino solicitando el alquiler del material tractivo y rodante.
- D.- Copia simple de la carta Nro 013-GL/FETRANSA de fecha 24 de Enero del 2003 remitida por FETRANS S.A. indicando que todo el material rodante esta alquilado a PERURAIL. S.A.
- E.- Copia de la Carta Nr0 42-GL-2,003 FETRANS a FERSIMSAC de fecha 4 de Marzo del 2,003.
- F.- Copia simple del Contrato de Concesión de fecha .19 de Julio de 1999 celebrado entre la CEPRI representada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y TRASANDINO .
- G.- Paneux fotográfico, conteniendo 21 fotografías .
- H.- Una copia del Dividí conteniendo microformas fotográficas
- I.- Copias simple de la Resolución Nro 003-2003-CD/OSITRAN DEL 19 DE MARZO DEL 2,003.



J.- Copia simple de la resolución Directoral Nro 054-2003-MTC/14 del 14 de Julio del Exp. 010-2003-2003 mediante la cual el MTC declaro la caducidad del permiso de operaciones.

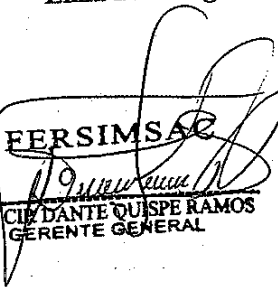
K.- Copia simple de la Resolución Vice- Ministerial Nro 275 -2,003-MTC del 27 de Agosto del 2,003.

L.- Copia simple del Oficio Nro 362-03-GG-OSITRAN, mediante el cual acredito el antecedente de la presenta denuncia.

M.- Original del arancel por derecho de trámite.

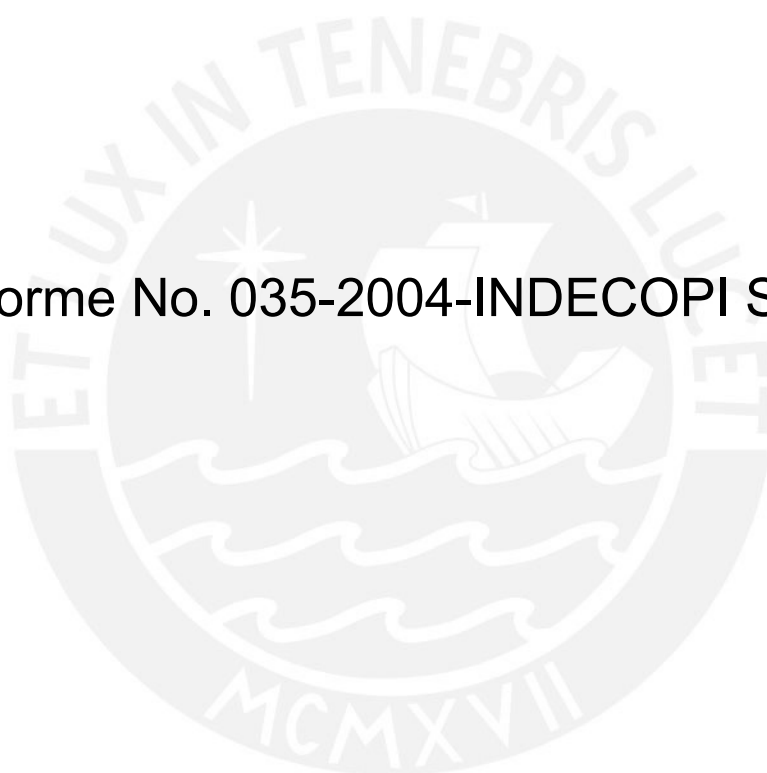
Lima 27 de Agosto del 2,004

  
.....  
MARLENI FANFAN ARAGON  
ABOGADA  
Reg. Cal 20673

  
FERSIMSAC  
ING. CID DANTE QUISPE RAMOS  
GERENTE GENERAL



03. Informe No. 035-2004-INDECOPI ST-CLC



**INFORME N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC  
VERSIÓN PÚBLICA**

**A** : **Miembros de la Comisión de Libre Competencia**

**DE** : **Hugo Gómez Apac**  
Secretario Técnico

**Francisco Sigüeñas Andrade**  
Asistente Económico

**Tommy Deza Sandoval**  
Asistente Legal

**ASUNTO** : Presunto abuso de posición de dominio en el que habría incurrido la empresa Ferrocarril Transandino S.A., concesionario del Ferrocarril Sur - Oriente (ruta Cusco – Machupicchu - Hidroeléctrica).

**FECHA** : 20 de octubre de 2004

**PREÁMBULO**

El presente Informe recoge el detalle de la información obtenida y el análisis realizado en la investigación preliminar llevada a cabo por esta Secretaría Técnica, con relación a una posible infracción a las normas de libre competencia en la que habría incurrido la empresa Ferrocarril Transandino S.A., concesionario del Ferrocarril Sur - Oriente (ruta Cusco – Machupicchu - Hidroeléctrica).

**ÍNDICE**

I.	ANTECEDENTES	
II.	CUESTIÓN EN DISCUSIÓN	
III.	ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN	
	3.1 Marco Teórico	
	3.1.1 Propiedad, contratación y libre competencia	5
	3.1.2 Posición de dominio	5
	3.1.2.1 La posición de dominio	5
	3.1.2.2 Definición del mercado relevante	16
	3.1.2.2.1 Mercado de producto o servicio relevante	16
	3.1.2.2.2 Mercado geográfico relevante	21
	3.1.2.3 Determinación de la posición de dominio	21
	3.1.3 El abuso de una posición de dominio	31
	3.1.4 Negativa injustificada de trato	35
	3.1.5 Barreras a la entrada	41
	3.1.5.1 Barreras estratégicas	44



Pág. 5  
5  
5  
16  
16  
21  
21  
31  
35  
41  
44  
54  
55

Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

a)	Reducción o eliminación de los beneficios esperados	55
a.1)	Precios límite	55
a.2)	Sobre-inversión en capacidad	56
a.3)	Diferenciación de productos	56
a.4)	Subsidios cruzados	57
a.5)	Integración y restricciones verticales	58
b)	Incremento de los costos de entrada u operación	59
b.1)	Elevación de costos de cambio de producto (switching costs)	60
b.2)	Incremento del costo de los medios de producción y comercialización	60
b.3)	Gestión de intereses para establecer reglamentos	60
b.4)	Acumulación de patentes	60
b.5)	Costo de litigar	60
b.6)	Negativa de trato para el acceso a un insumo fundamental	61
3.2	<b>El origen de la probable infracción</b>	61
3.2.1	Un potencial operador	61
3.3	<b>El probable abuso de posición de dominio</b>	71
3.3.1	Análisis de los hechos	71
3.3.2	El mercado relevante	74
3.3.2.1	El transporte ferroviario	74
3.3.2.1.1	Características del transporte ferroviario	76
a)	El modelo de separación vertical	77
b)	El modelo de integración vertical	79
c)	Competencia intermodal e intramodal	80
3.3.2.1.2	El transporte ferroviario en el Perú y el ferrocarril Sur – Oriente	82
a)	El Contrato de Concesión	82
b)	El ferrocarril Sur – Oriente	87
c)	Barrera a la entrada en el ferrocarril Sur – Oriente	90
c.1)	Permisos de operación	90
c.2)	Costos hundidos	93
c.2.1)	Especificidad de los activos	93
c.2.2)	Infraestructura específica	93
c.2.3)	Otros costos hundidos	93
c.3)	Integración vertical	93
3.3.2.2	El servicio relevante	93
3.3.2.3	El mercado geográfico	93
3.3.3	La presunta posición de dominio de Fetrans	93
3.3.4	El presunto abuso de posición de dominio de Fetrans	100
3.3.5	Las probables acciones de Fetrans	100
IV.	<b>CONSIDERACIONES FINALES</b>	100
4.1.	Tipicidad	100
4.2.	El objeto de un eventual procedimiento de oficio	100
4.3.	El contrato de alquiler con la empresa vinculada	111
4.4.	Escenario particular	111
V.	<b>CONCLUSIONES</b>	111



Certificado de Aprobación N° 000471  
 Lloyd's Register Quality Assurance



I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN del 1 de agosto de 2003 el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (en lo sucesivo, Ositran) remitió al Indecopi copia de los Informes números 074-03-GS-O3-OSITRAN, 177-03-GS-C3-OSITRAN y 019-03-GAL-OSITRAN, y solicitó opinión respecto de una posible infracción a las normas de libre competencia en las que habría incurrido Ferrocarril Transandino S.A. (en lo sucesivo, Fetrans), la empresa concesionaria del Ferrocarril Sur-Oriente (ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica).
2. El 4 de agosto de 2003 la Gerencia General del Indecopi solicitó a esta Secretaría Técnica absolver el requerimiento realizado por el Ositran mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN.
3. Desde agosto de 2003, esta Secretaría Técnica ha solicitado diversa información relacionada con el transporte ferroviario a diferentes organismos, instituciones y empresas del sector, entre los que se cuentan el Ositran, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en lo sucesivo, MTC), Fetrans, Perurail S.A. (en adelante, Perurail), Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en lo sucesivo, Fersimsac), entre otros (ver Anexo 1).
4. Mediante Oficio N° 476-03-GG-OSITRAN del 13 de octubre de 2003 el Ositran solicitó al Indecopi la elaboración de un informe que oriente a los interesados acerca de la aplicación de las normas de libre competencia respecto del alquiler de material tractivo y rodante en las concesiones de ferrocarriles en el Perú. Dicho oficio fue puesto en conocimiento de esta Secretaría Técnica el 14 de octubre de 2003.
5. Mediante Informe N° 055-2004/GEE del 18 de agosto de 2004 la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi concluyó y recomendó lo siguiente:
  - (i) En el tramo del Ferrocarril Sur – Oriente (en lo sucesivo, FSO) la competencia intermodal es bastante limitada.<sup>1</sup>
  - (ii) Existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el FSO; sin embargo, en la práctica se observa que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos 4 años.
  - (iii) La evidencia encontrada en otros procesos de concesión distintos al FSO<sup>2</sup> muestra que la competencia intermodal contrarresta los

<sup>1</sup> La competencia intermodal se da cuando existen medios alternos para realizar el servicio de transporte; por ejemplo, existe competencia intermodal entre el transporte férreo, por carreteras, aéreo y acuático.



- posibles efectos restrictivos de la libre competencia derivados del modelo de integración vertical.
- (iv) El desarrollo de competencia intramodal en el FSO se ve limitada por la especificidad de los activos necesarios para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros y los costos hundidos que involucra la inversión en material tractivo y rodante.
  - (v) Existe asimetría en la rentabilidad de prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO, entre el entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante y el que alquila el material tractivo y rodante concesionado a Fetrans en condiciones similares a las del operador establecido.
  - (vi) No se debe descartar la posibilidad de que un entrante que adquiera material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aun mayores). Sin embargo, la enorme disparidad de los indicadores de rentabilidad de dicha empresa con los resultados de la entrada vía alquiler del material tractivo y rodante, en las mismas condiciones del actual operador, refleja que en el caso de esta última alternativa se darían mejores condiciones para la competencia que en el primero.
  - (vii) Una estrategia que busque promover la competencia intramodal a través de mecanismos que incentiven al concesionario el alquiler del material tractivo y rodante a otros competidores sería relativamente más eficaz en términos de promoción de la competencia y reducción del poder de mercado del operador establecido, que una que busque promover la entrada vía la inversión en material propio.
  - (viii) En el caso que Fetrans ostente una posición de dominio en el mercado relevante, una negativa por parte de éste de arrendar material tractivo y rodante a un potencial nuevo operador, deberá estar debidamente justificada por razones de eficiencia empresarial. De no ser así, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo 701.

Asimismo, podría considerarse como una violación de lo estipulado en el Contrato de Concesión celebrado entre el Estado peruano y Fetrans, el cual en su artículo 7.6 señala que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.

<sup>2</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, México y en los otros tramos concesionados en el Perú.



- (ix) Al ser Fetrans y Perurail empresas vinculadas empresarialmente, ambas pueden reformular los términos del contrato de alquiler original a fin de facilitar la entrada de un tercero al mercado, a través del alquiler del material tractivo y rodante. Por lo tanto, carecería de sentido alegar la existencia de un contrato de alquiler como un impedimento real para que algún operador entrante tenga acceso al uso del material tractivo y rodante.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

6. El presente informe tiene por objeto determinar si de los medios probatorios recabados en la investigación preliminar se aprecian o no indicios razonables de que Fetrans ha abusado de una posición de dominio, en las modalidades de negativa injustificada de contratar y trato discriminatorio, infringiendo con ello el artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### 3.1. Marco teórico

#### 3.1.1. Propiedad, contratación y libre competencia

7. En esta primera sección se explica el grado de interdependencia y mutua relación que existe entre los derechos de propiedad y de libertad de contratación, por un lado, y el principio rector de la libre competencia, por el otro, a efectos de demostrar que la aplicación de las políticas de libre competencia constituye una limitación natural de los derechos constitucionales antes mencionados, siempre que dicha aplicación, claro está, guarde coherencia, razonabilidad y proporcionalidad con el propósito de maximizar el bienestar social a través de la asignación eficiente de los recursos escasos de la sociedad.
8. Conforme lo establece el Capítulo I del Título III de la Constitución Política, el régimen económico de nuestro país es el de una economía social de mercado<sup>3</sup>. Bajo este régimen, toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica de su preferencia (libre iniciativa privada), a elegir la forma empresarial que más le convenga así como la manera de conducir y explotar su negocio (libertad de empresa), y a contratar personal y ser contratado bajo relación de dependencia (libertad de trabajo). Asimismo, el régimen económico adoptado garantiza a nivel constitucional al principio de libre competencia, según el cual el precio y la cantidad producida de los

<sup>3</sup> Constitución Política.-

Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.



bienes y servicios deben ser producto de la libre interacción de la oferta y la demanda<sup>4</sup>.

9. En una economía social de mercado, el ejercicio de la libre iniciativa privada y de las libertades de empresa, comercio e industria y de trabajo no debe transgredir el ordenamiento jurídico vigente ni debe ser lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública<sup>5</sup>. Asimismo, en este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En una economía social de mercado el Estado desarrolla actividad empresarial sólo autorizado por ley expresa, de manera subsidiaria y únicamente por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional<sup>6</sup>.
10. Otros derechos reconocidos por el régimen económico previsto en el texto constitucional, y que guardan armonía con las libertades antes mencionadas, son el de no discriminación entre la inversión nacional y extranjera<sup>7</sup>, el de libre tenencia y disposición de moneda extranjera<sup>8</sup> y el que

<sup>4</sup> **Constitución Política.-**

**Artículo 61°.-** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

<sup>5</sup> **Constitución Política.-**

**Artículo 59°.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

<sup>6</sup> **Constitución Política.-**

**Artículo 60°.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

<sup>7</sup> **Constitución Política.-**

**Artículo 63°.-** La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

<sup>8</sup> **Constitución Política.-**

**Artículo 64°.-** El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.



tienen los consumidores a efectos de que los proveedores les brinden información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado<sup>9</sup>.

11. Las libertades y derechos económicos reconocidos en la Constitución Política así como los principios rectores del régimen económico asumido en esta norma suprema tienen como finalidad incentivar la eficiente asignación de los recursos de la sociedad fomentando y garantizando a que los agentes económicos produzcan e intercambien los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades de la población en general. Sin embargo, cuando no exista oferta privada capaz de satisfacer la demanda de determinados bienes o servicios, o pese a existir oferta privada haya segmentos de la población que por sus características y condiciones no son atendidos por dicha oferta, corresponderá al Estado en su rol subsidiario proveer a la población de dichos bienes y servicios.
12. Ahora bien, los pilares de una economía social de mercado y, por ende, que sustentan a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, son la propiedad y la libre contratación<sup>10</sup>. En efecto, sin derecho de propiedad y sin libre contratación, las personas no podrían dedicarse a la actividad económica de su preferencia ni gozarían de la autonomía para conducir libremente sus negocios. Sin derecho de propiedad y sin libre contratación no habría desarrollo económico, pues sólo a través de una adecuada asignación de titularidades (garantizada mediante una adecuada protección de la propiedad) y la libre transferibilidad de éstas (garantizada mediante la libre contratación) puede lograrse una mayor generación de riqueza y por consiguiente un aumento del bienestar social.
13. El derecho de propiedad consiste en un conjunto de facultades que permiten usar, disfrutar, disponer y reivindicar un determinado bien<sup>11</sup>. Desde el punto de vista funcional, el derecho de propiedad es un poder legalmente conferido para excluir a terceros de usar un recurso, sin tener que contratar con ellos<sup>12</sup>. De acuerdo a la definición descrita, este derecho tiene las

<sup>9</sup> Constitución Política.-

Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

<sup>10</sup> Cuando utilizamos el término "libre contratación" queremos abarcar tanto la denominada "libertad de contratar" (libertad de decidir cuándo y con quién contratar o no contratar), como la "libertad contractual" o "libertad de configuración interna" (libertad de diseñar las reglas contractuales), conceptos que la doctrina distingue pese a que nuestro ordenamiento no realiza tal diferenciación. Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Editorial Palestra, Lima, 2001. Pág. 197.

<sup>11</sup> Código Civil.-

Artículo 923°.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

<sup>12</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *El contenido económico del Derecho de Marcas*. En: *Ius et Veritas*. Año VII, No. 13. Lima, noviembre de 1996, pág. 72.



siguientes características: universalidad, exclusividad y transferibilidad. La universalidad implica que todos los bienes deberían tener un titular que internalice los costos y beneficios derivados del bien. La exclusividad importa la facultad que tienen los propietarios de excluir a los demás del uso del bien. La transferibilidad permite que los bienes se trasladen de sus usos menos valiosos a usos más valiosos.

14. Las características anotadas permiten que el derecho de propiedad confiera dos clases de beneficios: uno estático que es el desincentivar la sobreexplotación y uno dinámico que es el incentivar la inversión<sup>13</sup>. Ello resulta socialmente eficiente toda vez que permite una adecuada explotación de los bienes, obteniéndose de ellos el mayor provecho posible. En tal sentido, si el derecho de propiedad no permitiera excluir a terceros del uso de los bienes, dichos terceros podrían apropiarse de la utilidad que éstos generan sin haber invertido en ellos. Esto conduciría a la sobreexplotación de los bienes, pues tales terceros internalizarían los beneficios del bien sin haber asumido sus costos. De otro lado, la ausencia de derechos de propiedad desincentivaría la inversión en el mantenimiento y la adquisición de los bienes, pues los propietarios no desearán incurrir en costos que no van a recuperar<sup>14</sup>.

15. Así descrito, el derecho de propiedad es una forma de lograr una adecuada asignación de recursos y la distribución de la riqueza. Pero la protección a la propiedad no es suficiente para que ésta genere riqueza. Es necesario que la transferibilidad de los bienes se concrete a través de algún instrumento<sup>15</sup>. Y éste no es otro que la libertad de contratación.

16. Se entiende por libertad de contratación la facultad que tienen los individuos para regular sus propios intereses con el fin de satisfacer sus necesidades<sup>16</sup>. El contrato, que no es sino el instrumento jurídico mediante el cual los particulares ejercen su libertad de contratación, es el acuerdo de voluntades destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales<sup>17</sup>. Mediante la libertad de contratación, los particulares pueden

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> POSNER, Richard A. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pág. 37 y ss.

<sup>15</sup> Como ha señalado también Posner, "(l)a creación de derechos exclusivos es una condición necesaria, pero no suficiente, para el uso eficiente de los recursos: los derechos deben ser transferibles". Ibidem.

<sup>16</sup> Este concepto, aunque restringido al ámbito del contrato, es similar al concepto más amplio de "autonomía privada" utilizado en la doctrina del Derecho Civil continental. Ver: FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 7 y ss.

<sup>17</sup> Esta es la definición contenida en el Artículo 1351 del Código Civil. Ver: ALPA, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). ARA Editores, Lima, 2003, pág. 129; FORNO FLÓREZ, Hugo. *El contrato con efectos reales*. En: *Ius et Veritas*. Año IV, No. 7. Lima, noviembre de 1993, págs. 77 y 87.



cooperar entre sí a fin de intercambiar bienes y servicios, destinando así los recursos de sus usos menos valiosos a los más valiosos<sup>18</sup>. Como puede apreciarse, la libertad de contratación es también un mecanismo que persigue la adecuada asignación de recursos y un mayor bienestar social.

17. Sin embargo, tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratación no sólo son fundamentales para el funcionamiento de una economía social de mercado sino que se desenvuelven en un marco en el que coexisten principios rectores que resultan fundamentales en una economía social de mercado. Uno de estos principios rectores, y quizá el más importante, es el de la libre competencia, entendido como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre ellos con el fin de obtener las preferencias de los consumidores.
18. El derecho de propiedad y la libertad de contratación deben ejercerse sin restringir o distorsionar la libre competencia. En efecto, la propia Constitución Política establece que los derechos de propiedad privada y libre contratación deben ejercerse de acuerdo a los límites previstos en la ley<sup>19</sup>, por lo que estos derechos deben ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701, que precisamente viene a ser la legislación de desarrollo constitucional del principio rector de la libre competencia.
19. Queda claro, en consecuencia, que los derechos de propiedad privada y libre contratación no son absolutos ni irrestrictos, siendo un límite natural de ellos el interés público contenido en las normas de defensa de la libre competencia. La razón de este límite se explica a continuación.
20. En un mercado competitivo, basado en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, las decisiones de cómo, qué y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de decisiones atomizadas de miles o millones de personas. La libertad ejercida por productores<sup>20</sup> y consumidores<sup>21</sup> determina que las inversiones de los primeros estén dirigidas a obtener la preferencia de los segundos. De esta manera, los productores maximizan sus ganancias ofreciendo en el mercado productos y

<sup>18</sup> KRONMAN, Anthony T. y Richard A. POSNER. *The economics of Contract Law*. Editorial Little, Brown & Company, Boston, 1979, pág. 1 y ss.

<sup>19</sup> Constitución Política.-  
Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato...

Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza: Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley...

<sup>20</sup> Entiéndase por "productores" a aquellos agentes económicos proveedores de productos y/o servicios.

<sup>21</sup> Entiéndase por "consumidores" a aquellos agentes económicos destinatarios finales de productos y/o servicios.

servicios a precios y calidades que satisfacen la demanda que de los mismos realizan los consumidores. Por su parte, los consumidores asignan eficientemente sus recursos al consumir productos a precios iguales o inferiores a la disposición a pagar que cada uno de ellos tiene respecto a los mismos y en la calidad y variedad deseada.

21. Como parte del proceso competitivo, las empresas pugnarán por reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores productos con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Resultado de este proceso, las empresas eficientes (en costos, calidad y variedad) obtendrán la preferencia de los consumidores permaneciendo en el mercado.
22. En particular, dicho proceso competitivo determinará que los precios de los productos estén cercanos a sus costos<sup>22</sup>, dado que, de existir una industria cuyas empresas posean ganancias extraordinarias<sup>23</sup>, dicho hecho atraerá a nuevas empresas a ingresar al mercado con el objeto de obtener ganancias similares, presionando los precios de la industria a la baja, a través de la competencia. Como parte del desarrollo de este proceso se llegará a un equilibrio competitivo cuando los costos de producción se minimicen y los precios se encuentren cercanos a dichos costos. Como se ha señalado:

*En el análisis tradicional de los mercados que realizan los economistas, donde se compran y venden productos, la competencia ocasiona que los precios se reduzcan hasta el costo de producción, incluyendo las ganancias normales. Esto ocurre debido a que si los precios exceden los costos, las inusuales ganancias provenientes de la venta de unidades adicionales motivarían a los competidores a disminuir un poco sus precios con la intención de atraer a los clientes de otros productores. La presión competitiva sobre los precios continuaría hasta que los mismos se equiparen a los costos. Esta tendencia a la igualdad entre precios y costos explica por qué los economistas concluyen que la competencia es eficiente<sup>24</sup>.*

23. En un esquema simple de interacción de oferta y demanda (ver el Gráfico N°1) se llegaría a un equilibrio competitivo cuando ambas curvas, la curva de oferta<sup>25</sup> y la curva de demanda<sup>26</sup>, formen una intersección. En dicho punto

<sup>22</sup> En lo que la teoría económica conoce como mercados perfectamente competitivos los precios igualarán los costos marginales (el costo marginal es el aumento en el costo total por la producción de una unidad adicional de un determinado bien).

<sup>23</sup> Son ganancias extraordinarias aquellas obtenidas por encima del nivel de ganancias normales obtenidas en un entorno competitivo.

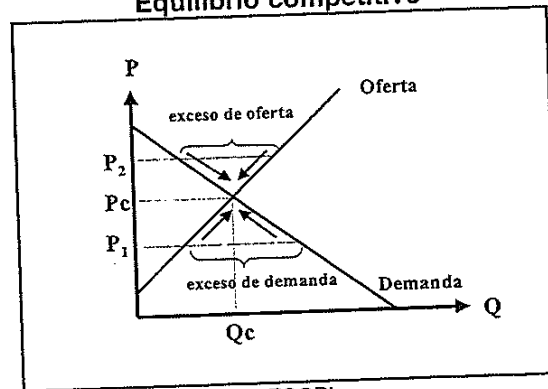
<sup>24</sup> BECKER, Gary S. *La naturaleza de la competencia*. En: Themis – Revista de Derecho. Segunda Época. Año XIX, No. 44. Lima, julio de 2002, pág. 56.

<sup>25</sup> La curva de oferta muestra la cantidad de un bien que los oferentes de un mercado determinado estarían dispuestos a vender con relación a un determinado precio. La pendiente positiva de la

la cantidad que desean adquirir los consumidores será exactamente igual a la que desean vender los productores. En dicho punto se encontrarán el precio (eje vertical) y la cantidad (eje horizontal) de equilibrio competitivo ( $P_c$  y  $Q_c$  respectivamente).

24. Si ocurriese que el precio ( $P_2$ ) en determinado mercado se sitúa por encima del precio de equilibrio competitivo se produciría un exceso de oferta (o excedente), la acumulación de productos en poder de los ofertantes y la limitada cantidad de demandantes presionará el precio hacia la baja. Si ocurriese que el precio ( $P_1$ ) en determinado mercado se sitúa por debajo del precio de equilibrio competitivo se producirá un exceso de demanda (o escasez), la pugna de los consumidores por adquirir los bienes o servicios que estarían siendo ofrecidos en una cantidad menor a la demandada presionará el precio hacia el alza. En el equilibrio ( $P_c$ ,  $Q_c$ ) competitivo no se presentarán ni excedente ni escasez.

Gráfico N° 1  
Equilibrio competitivo



Elaboración: ST-CLC/INDECOP

25. Sin embargo, la conducta de los agentes, la información disponible, los costos de transacción, los incentivos existentes o la propia estructura y/o características del mercado, por lo general ocasionan que el mercado no sea capaz de conducirnos a resultados eficientes (en producción, innovación y asignación), situaciones éstas en las que el derecho privado (a través del derecho de propiedad, los contratos y la responsabilidad civil) resulta insuficiente para alcanzar óptimos sociales, por lo que es necesario que el Estado intervenga con el fin de buscar replicar, mediante mecanismos

curva de oferta responde a que la cantidad ofertada aumentará al aumentar el precio (relación directa entre precio y cantidad).

- 26 La curva de demanda muestra la cantidad de un bien que los compradores adquirirían a determinado nivel de precios. La pendiente negativa de la curva de demanda responde a que la cantidad demandada disminuirá al aumentar el precio (relación inversa entre precio y cantidad).

diferentes a los de mercado, un resultado cercano a las eficiencias que este proveería en ausencia de tales distorsiones.

26. Y es que los mercados no son perfectos. Existen situaciones que impiden que la libre interacción entre ofertantes y demandantes logre asignaciones eficientes en términos económicos. Estas situaciones, conocidas como "fallas de mercado", son las externalidades<sup>27</sup>, los bienes públicos<sup>28</sup>, las asimetrías de información, los monopolios naturales<sup>29</sup>, entre otros. En general, la intervención del Estado en el mercado se justifica a raíz de las "fallas de mercado"<sup>30</sup> porque originan que los recursos no se asignen eficientemente, ocasionando que los precios no reflejen adecuadamente los costos sociales de producción de ciertos bienes y servicios.
27. Al igual que las fallas de mercado, existen otras situaciones que distorsionan el correcto funcionamiento de los mercados, como es el caso de las restricciones monopólicas, las cuales pueden presentarse en la forma de conductas anticompetitivas (abusos de posición dominante y prácticas colusorias) o de estructuras monopólicas (actos de concentración empresarial anticompetitivos). La intervención del Estado frente a las restricciones monopólicas se da a través de las llamadas políticas de libre competencia.
28. Entendidas en un sentido amplio, las políticas de competencia consisten en el conjunto de políticas de Estado orientadas a garantizar que los beneficios de una economía social de mercado se traduzcan en un bienestar efectivo

<sup>27</sup> Una externalidad es definida por un acto realizado por un agente económico que afecta el conjunto de posibilidades de consumo (externalidad de consumo) o de producción (externalidad de producción) de otros. Quedan excluidos aquellos actos cuyos efectos sobre el conjunto de posibilidades de consumo y producción se transmiten a través del sistema de precios o del mercado. Ante la presencia de externalidades, los costos o beneficios privados de ciertas acciones difieren de los costos o beneficios sociales.

<sup>28</sup> Los bienes públicos son bienes que no son suministrados por el mercado y, en caso de que así fuera, la oferta resultaría insuficiente, por lo que el sistema de precios no funciona. Un bien público cumple con las siguientes características:

- No rivalidad en el consumo: cuando la utilización del bien por una persona cualquiera no impide su uso por otras personas, y por lo tanto, más de una persona puede disfrutar a la vez del bien o servicio.
- No exclusión: cuando es imposible o demasiado costoso excluir del disfrute de un bien o servicio a quienes no paguen por él.

<sup>29</sup> Un monopolio se define como natural cuando el costo de abastecer al mercado es mínimo al ser realizado por una única empresa como consecuencia de una característica tecnológica denominada "subaditividad de costos". Se entiende que hay subaditividad de costos cuando en un determinado nivel de producción de un bien o servicio, el costo de producir ese bien o servicio es menor cuando es producido por una sola empresa que por dos o más empresas.

<sup>30</sup> Según la literatura legal y económica predominante, la regulación sólo encontraría justificación ante la presencia de dichas fallas. En la realidad, sin embargo, es común apreciar la existencia de regulación atendiendo a criterios distributivos (la regulación laboral), al carácter de "estratégicos" de ciertos sectores (hidrocarburos), entre otros. En otros casos, aun ante la presencia de fallas de mercado no se justifica la regulación, debido a que los beneficios obtenidos de ésta pueden ser menores que los perjuicios causados por las referidas fallas.



para los consumidores. En tal sentido, la liberalización y apertura de mercados y, en general, las reformas orientadas a remover barreras de acceso al mercado, en tanto contribuyan a fomentar la rivalidad entre empresas y el bienestar del consumidor, pueden ser consideradas parte integrante de las políticas de competencia.

29. Por otro lado, en un sentido más estricto, se encuentran las regulaciones específicas orientadas a proteger la competencia entre productores y al consumidor. Mientras las primeras (políticas *antitrust* o antimonopolio) se orientan a la maximización del bienestar de los consumidores mediante la sanción o prevención de las prácticas colusorias o los abusos de posición de dominio en el mercado; las segundas (políticas de protección al consumidor) buscan defender los derechos del consumidor a recibir información respecto de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado.
30. En el caso peruano es importante tener en consideración que la defensa de la libre competencia ha sido llevada al ámbito constitucional, convirtiéndose en un principio rector del funcionamiento de la economía. Como principio rector de una economía social de mercado, la competencia representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de una sociedad moderna y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.
31. Así, con la finalidad de prevenir y eliminar las restricciones monopólicas, la legislación suele dotar a las autoridades de competencia de un conjunto de instrumentos de política de competencia. Una primera clasificación de dichos instrumentos puede establecerse en función del objeto de la regulación. Así, existe el control de conductas empresariales y el control de estructuras. Mientras las primeras se centran en la sanción o disuasión directa de conductas empresariales anticompetitivas, las segundas se centran en la regulación de los niveles de participación y concentración del mercado, como un medio para prevenir conductas anticompetitivas.
32. En una segunda clasificación, la intervención de la autoridad puede realizarse antes o después de detectada una determinada práctica anticompetitiva. En el primer caso, dicha intervención tiene un carácter preventivo (*ex ante*), mientras en el segundo tienen un carácter correctivo (*ex post*). En nuestro ordenamiento jurídico, de manera generalizada rige un régimen de control *ex post* de conductas. Asimismo, existe un régimen de control de estructuras *ex ante* para el sector eléctrico. Cabe señalar que existen otros mecanismos posibles de defensa de la competencia como es el caso de las actividades de promoción y difusión (*competition advocacy*) que, en muchos casos, permiten corregir o prevenir ciertas distorsiones a la competencia, sin que medie necesariamente una sanción o intervención específica de la autoridad.
33. El derecho de propiedad, la libertad de contratación y la libre competencia se encuentran garantizados constitucionalmente y debe existir un equilibrio

13/129



entre ellos, de modo que el ejercicio de uno no perjudique el ejercicio de los otros. Es evidente que la persecución de posiciones dominantes y de prácticas colusorias lleva implícita la posibilidad de limitar el derecho de exclusiva sobre recursos de la empresa (o empresas) o, incluso, la imposibilidad de contratar libremente sobre ellos. Así, surge una paradoja en la legislación de libre competencia, que tiene que limitar la propiedad y la libertad de contratación, bases del funcionamiento de una economía de mercado, para defender la competencia y con ello la eficiente asignación de los recursos.

34. La cuestión debe girar en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción que en cada caso se imponga sobre los derechos de propiedad y libre contratación. Las limitaciones impuestas en aras de proteger la competencia no pueden llegar al punto de reducir injustificadamente o irrazonablemente los incentivos para competir. Cualquier limitación a la propiedad y a la libre contratación debe partir de la convicción de que ésta es la única forma de lograr una mayor eficiencia y, por ende, un mayor bienestar de los consumidores.
35. Piénsese, por ejemplo, en la prohibición de acuerdos restrictivos de la libre competencia. Si la autoridad comprueba la existencia de un acuerdo entre dos o más empresas para fijar sus precios, deberá no sólo sancionarlas sino ordenar que dicho acuerdo sea dejado sin efectos. Esto, sin duda, significará una limitación a la libertad de contratación de las empresas que han concertado. Sin embargo, se trata de una limitación plenamente justificada, en la medida que la pérdida de eficiencia social causada por una concertación es mucho mayor que el beneficio privado obtenido por los concertadores<sup>31</sup>.
36. Pensemos ahora, por ejemplo, en la prohibición de conductas consistentes en el abuso de posición de dominio. Si una empresa con posición de dominio discrimina injustificadamente entre dos empresas que a su vez compiten entre sí, de modo que una obtiene una ventaja ilegítima frente a la otra, tal discriminación deberá ser sancionada y la autoridad de libre competencia deberá ordenar que el dominante cese tal conducta. Esto puede incidir incluso sobre precios ya pactados, afectando la libertad de contratación de dicha empresa.
37. Del mismo modo si una empresa con posición de dominio se niega a proveer injustificadamente determinado bien o servicio a una empresa, la agencia de competencia podrá obligarla a proveerlo, con lo cual se afectará la libertad de contratación de la empresa infractora, además de su derecho de propiedad sobre ciertos bienes, pues se le estará impidiendo disponer libremente de ellos.

<sup>31</sup> Una concertación permitirá a sus participantes mantener sus precios por encima del nivel competitivo, consecuencia de lo cual algunos consumidores dejarán de consumir el bien ofrecido por los concertadores. Esto significará, a su vez, una "pérdida de eficiencia social".

38. Adicionalmente, mediante el control de estructuras o control de fusiones, el Estado puede evitar que dos empresas se integren vertical u horizontalmente si resulta probable que, luego de la referida integración, la empresa resultante ostente un considerable grado de poder de mercado susceptible de afectar la competencia. Dicho control, qué duda cabe, restringe la libertad de contratación de las partes involucradas. Restringe, además, su derecho de propiedad, pues se limita la forma en la que pueden disponer de sus activos.
39. La regulación económica, por su parte, que se justifica ante la presencia de fallas de mercado tales como los monopolios naturales, restringe la libertad de contratación imponiendo por ejemplo obligaciones de contratar (servicios públicos) así como fijando precios y/o calidades. También restringe la propiedad cuando, por mencionar un caso, impone la obligación de compartir infraestructura o ciertos recursos considerados "esenciales"<sup>32</sup>.
40. Queda claro, de todo lo expuesto, que las políticas de libre competencia (así como la regulación económica) son capaces de afectar o limitar el derecho de propiedad y la libertad de contratación. En su caso, la agencia de competencia deberá evaluar en cada caso concreto si el beneficio público de restringir en determinado supuesto el derecho de un privado excede el perjuicio privado producto de dicha restricción.
41. Una determinada conducta o decisión empresarial puede generar eficiencias o ineficiencias desde el punto de vista social. Si una empresa genera eficiencias productivas (ahorra costos), asignativas (destina recursos a sus usos más valiosos) o innovativas (desarrollo tecnológico), esto no sólo le generará mayores ingresos sino que producirá una reducción de los precios en el mercado, lo que redundará en el beneficio del consumidor y de la sociedad en su conjunto. Debe tenerse en cuenta que este beneficio social puede causar perjuicios privados, como el hecho de que el competidor de la empresa que aumentó sus ventas salga del mercado. Sin embargo, tal perjuicio es aceptable en aras del beneficio de la sociedad.
42. En otras ocasiones, sin embargo, el beneficio privado de un empresario no tendrá como consecuencia el beneficio social. Cuando el perjuicio social ("pérdida de eficiencia social") producto de determinadas decisiones empresariales es mayor a las eficiencias obtenidas mediante tales decisiones, estaremos ante la presencia de una conducta anticompetitiva. En dichos casos, resultará razonable restringir la libertad de actuación (en particular, su derecho de propiedad y su libertad de contratación) de dichos privados.

<sup>32</sup> La política de libre competencia y la regulación, ciertamente, no son las únicas formas de intervención del Estado en la economía que restringen derechos tan importantes como la propiedad y la libre contratación. Así por ejemplo, las normas de zonificación limitan el derecho de libre disponibilidad sobre los predios, limitando su uso (giro del negocio) o los pisos que pueden construirse en ellos.





43. En efecto, es a través de un análisis costo - beneficio que la agencia de competencia declarará que una conducta o práctica desarrollada por una o más empresas es anticompetitiva y, por ende, procederá a sancionar a los infractores y dictar medidas correctivas que por lo general afectan el derecho de propiedad y la libertad de contratación de dichas empresas.
44. Si un acuerdo entre empresas competidoras o la conducta exclusoria de una empresa con posición de dominio genera eficiencias (asignativas, productivas o innovativas) económicas en el mercado que superan en beneficios los costos de restringir la competencia (perjuicio a competidores o al bienestar de los consumidores), dicha conducta o práctica deviene en lícita y no es sancionada por la autoridad de competencia. En cambio, si dicha conducta o práctica genera efectos anticompetitivos (en perjuicio a los competidores y disminución del excedente de los consumidores) superiores a las eficiencias que benefician a las empresas, tal conducta o práctica debe ser declarada ilegal por la agencia de competencia. En este último caso, a través de medidas correctivas, la autoridad limitará el derecho de propiedad y la libre contratación de los infractores.
45. Como puede verse, el resguardo del principio rector "libre competencia" o, dicho de otra forma, la tutela del bien jurídico "libre competencia", necesariamente implica una limitación del derecho de propiedad y la libertad de contratación de las empresas. Esta limitación se sustenta en el hecho de que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado. Sin embargo, como se ha dicho antes, dicha limitación debe ser ejercida de manera racional, proporcional y en armonía con la finalidad pública que persiguen estos derechos, libertades y principios tutelados constitucionalmente, que es que los recursos escasos de una sociedad sean asignados de manera eficiente generando mayor riqueza y por consiguiente incentivando el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto.

### 3.1.2. Posición de dominio

#### 3.1.2.1. La posición de dominio

46. Dentro de la variedad de conductas empresariales que resultan lesivas para la libre competencia se encuentran los abusos de posición de dominio. Para entender qué es abuso de posición de dominio se debe partir de la determinación de qué es una posición de dominio en el mercado.
47. La definición de "posición de dominio" utilizada dentro del marco de la política de competencia de la Unión Europea (en adelante, UE) señala que aquélla se refiere a una posición de fortaleza económica que permite prevenir la competencia mediante el poder de comportarse con relativa independencia respecto de competidores, clientes y, en último término, de



consumidores<sup>33</sup>. En particular se ha señalado que la UE ha definido la posición de dominio en el mercado como:

*...la facultad de ejercer una influencia notable sobre el funcionamiento del mercado, y en principio previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de la empresa en posición dominante influye sobre los comportamientos y las decisiones económicas de otras empresas (...). Una empresa que puede desplazar, cuando lo desee, a otras empresas competidoras, ostenta una posición de dominio y puede determinar de manera decisiva el comportamiento de las demás empresas ...<sup>34</sup>*

48. Por su parte en Estados Unidos y Canadá los tribunales manejan conceptos similares denominados "poder de mercado" y "poder monopólico"<sup>35</sup> que hacen referencia a la capacidad de una empresa de controlar los precios del mercado (fijar sus precios por encima del nivel de competencia) o excluir competencia<sup>36</sup>.

49. De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701:

*Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.*

(El subrayado es nuestro)

<sup>33</sup> "La Posición Dominante referida en el artículo 86 del Tratado se refiere a una posición de poder económico gozado por una empresa la cual le permite prevenir la competencia efectiva que es mantenida en el mercado relevante afrontándola con el poder de comportarse en un alcance apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y finalmente de los consumidores". Sentencia emitida por la Corte Europea el 13 de febrero de 1979 en el Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comisión. Ver también la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Económica Europea. N° C 372, del 9 de setiembre de 1997, págs. 0005- 0013 (en adelante, la Comunicación sobre Mercado de Referencia).

<sup>34</sup> Citado en FRAGA DE DOLADO, María Elena. *Abuso de Posición de Dominante*, pág. 2. En: FONT GALAN, Juan Ignacio. *La Libre Competencia en la Comunidad Económica Europea*. Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

<sup>35</sup> Un alto grado de poder de mercado

<sup>36</sup> CONRATH. W, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 5, pág. 2.

50. Detrás del concepto de "posición de dominio" se encuentra el concepto económico de "poder de mercado". El poder de mercado está referido a la capacidad de una empresa (o de un conjunto de ellas) de incrementar el precio por encima del nivel de equilibrio competitivo mediante la reducción de su nivel de producción. Dicho incremento de precios sería tal que para la empresa aún le resulta rentable y no le genera una pérdida importante de consumidores e ingresos, pudiendo por ende obtener para sí ganancias extraordinarias. Dado que el modelo de competencia perfecta prevé el establecimiento de precios a un nivel igual al de los costos marginales, el poder de mercado estará referido a la capacidad de fijar precios por encima de los costos marginales.<sup>37</sup>

51. Sin embargo, el hecho que una empresa tenga poder de mercado no necesariamente debe ser materia de preocupación desde el punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia, toda vez que:

*... el hecho de que exista poder de mercado debe ser distinguido de la cantidad de poder de mercado. Cuando la desviación del precio respecto del costo marginal es mínima, o simplemente refleja algunos costos fijos, no hay razón para preocuparse así la empresa tenga poder de mercado...<sup>38</sup>*

52. Será una empresa con un alto grado de poder de mercado, esto es, con poder monopólico, aquella que tenga posición de dominio en el mercado. En efecto, aquel poder monopólico sería el que le permitirá a una empresa actuar con "prescindencia#de sus competidores, compradores, clientes o proveedores", en los términos el artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

53. Una manera de medir el poder de mercado de una empresa, es decir, la desviación del precio al nivel de producción maximizador, respecto del costo marginal de la empresa a dicho nivel de producción, es a través del índice de Lerner<sup>39</sup>. El índice de Lerner toma la siguiente forma:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{1}{\varepsilon_i^d}$$

54. Donde  $L_i$  es el Índice de Lerner para la empresa  $i$ ;  $P_i$  y  $Cmg_i$  son el precio y el costo marginal de la empresa  $i$  en el nivel de producción maximizadora de

<sup>37</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *El poder de mercado en los casos de Libre Competencia*. En: *Ius et Veritas*. Año XIII, No. 26. Lima, julio de 2003, pág. 138.

<sup>38</sup> Ibidem.

<sup>39</sup> Este índice fue ideado por el economista rumano Abba Lerner. Ver: LERNER, Abba. *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*. En: *Review of Economic Studies*. No. 1. Junio de 1934, págs. 157 a 175.

utilidad de la empresa; y,  $\varepsilon_i^d$  la elasticidad precio de la demanda de la empresa<sup>40</sup>. El índice siempre tendrá un valor situado entre cero y uno. Cuando mayor sea el Índice de Lerner mayor será el poder de mercado de la empresa (en un mercado perfectamente competitivo el precio será igual al costo marginal con lo que el Índice de Lerner será igual a 0).

55. El Índice de Lerner también puede obtenerse en función de la cuota de mercado ( $S_i$ ) de la empresa, la elasticidad de demanda del mercado ( $\varepsilon_m^d$ ) y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras<sup>41</sup> ( $\varepsilon_j^s$ ). La ecuación siguiente presenta dichas relaciones:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{S_i}{\varepsilon_m^d + \varepsilon_j^s(1 - S_i)}$$

56. Sin embargo, la información requerida para determinar el poder de mercado mediante el Índice de Lerner (costos marginales, elasticidades, etc.) resulta de difícil cálculo y, en general, se enfrenta la dificultad de la escasez de información estadística para involucrarse en dicho procedimiento.
57. Dadas estas dificultades, al momento de determinar la existencia de posiciones de dominio en un mercado se recurrirá a indicadores alternativos como son, por ejemplo, las participaciones de mercado de las empresas o la existencia de barreras a la entrada a una industria<sup>42</sup>. Dichos y otros indicadores se analizarán posteriormente dentro de la presente sección.
58. Como parte de la obtención de indicadores que permitan realizar la inferencia de la tenencia de poder de mercado o posición de dominio por parte de determinada empresa será necesario partir de la definición del mercado relevante donde dicha empresa se desempeña.
59. La etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación de supuestos abusos de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la

<sup>40</sup> Reacción en el consumo de un bien frente al aumento de su precio.

<sup>41</sup> Reacción de la cantidad ofrecida por las firmas competidoras ante un aumento del precio de la supuesta dominante.

<sup>42</sup> SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*. Tercera edición. Matthew Bender & Co., New York, 2000, pág. 28.

investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado.

60. La metodología de análisis de casos de supuestos abusos de posiciones dominantes comúnmente utilizada por las agencias de competencia a nivel mundial exige:

- (i) en primer lugar, definir un mercado relevante (de producto o servicio y geográfico),
- (ii) en segundo lugar, calcular la participación de mercado de la supuesta dominante en el mercado relevante previamente establecido y
- (iii) en tercer lugar, con la contrastación de indicadores varios (tales como los listados en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701), realizar una inferencia acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada.<sup>43</sup>

61. Finalmente, cabe señalar que si bien la posición de dominio no es una condición en sí sancionable de acuerdo a las normas de libre competencia<sup>44</sup>, sí dota a la empresa que la ostenta de la capacidad para, mediante determinadas conductas, distorsionar la competencia en el mercado en el que concurre. Más aun, sólo una empresa con un alto poder de mercado será capaz —ella sola— de restringir o excluir la competencia y perjudicar a los consumidores. Esto conduciría a una ineficiente asignación de recursos, que las normas de libre competencia están interesadas en evitar<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Como se aprecia, la definición de mercado relevante resultará importante para determinar si una empresa tiene poder de mercado (y cuánto tiene) sólo por la dificultad existente para medir las elasticidades de demanda y oferta confiablemente. Si se conociera la elasticidad de demanda que afronta la empresa, se podría medir su poder de mercado directamente mediante la ecuación del Índice de Lerner antes señalada. De similar manera, si mediante la elasticidad de demanda del mercado y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras se podría obtener el Índice de Lerner carecería de importancia si el mercado relevante se ha delimitado amplia o estrechamente. LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., págs. 151 y 152.

<sup>44</sup> Sobre el particular, el Tribunal de la Comisión Europea ha establecido que "Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada". Ver: Michelin v. CEE. Asunto No. 322/81 (1983). Amplia doctrina coincide también con dicho razonamiento. Ver: KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993*. En: *Ius et Veritas*. Año XI, No. 22. Lima, julio de 2001, pág. 229; VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. *Economics of regulation and antitrust*. MIT Press, Londres, 1997, pág. 266.

<sup>45</sup> Los precios o condiciones que puede llegar a imponer una empresa monopolista o con un alto grado de poder de mercado pueden causar que los consumidores satisfagan sus necesidades a un costo mayor al que lo harían en un mercado competitivo. Esto causa lo que la teoría económica denomina "pérdida de eficiencia social". Ver: POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Segunda edición. The University of Chicago Press, Chicago, 2001, págs. 9 a 14.

62. A continuación se presentan los aspectos de mayor relevancia para la definición de mercados relevantes.

### 3.1.2.2. Definición de mercado relevante

63. La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. La definición de mercado relevante para los casos de libre competencia está referida a la definición del (i) mercado de producto relevante y (ii) el mercado geográfico relevante; ambas dimensiones determinan el mercado relevante sobre el cuál se estimará la tenencia o no de posición de dominio por parte de la empresa investigada.

64. El mercado de producto o servicio relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). Por su parte, la delimitación del mercado relevante geográfico considera el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los cuales el comprador o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado. Ambas dimensiones en la determinación de mercados relevantes se analizan en detalle a continuación.

#### 3.1.2.2.1. Mercado de producto o servicio relevante

65. El producto<sup>46</sup> relevante debe ser definido a partir del producto ofrecido por la empresa investigada, esto es, el producto demandado por los consumidores supuestamente afectados por un abuso de posición de dominio. En función de dicho producto, el mercado relevante de producto deberá incluir a todos los productos que resulten buenos sustitutos de aquél. Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad<sup>47</sup>.

66. De acuerdo a los *Horizontal Merger Guidelines*<sup>48</sup>, elaborados conjuntamente por la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América (en adelante, los *Merger*

<sup>46</sup> En adelante se hará referencia únicamente a un "mercado de producto", entendiéndose que un análisis similar se desarrollará cuando el mercado en cuestión involucre la prestación de servicios y no esté referido a la producción y/o comercialización de productos.

<sup>47</sup> CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, págs. 4 y 5.

<sup>48</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. *1992 Horizontal Merger Guidelines* (con revisiones a la Sección 4 -Eficiencias- al 8 de abril de 1997). Ver: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>. (Visitada el 6 de abril de 2004).

*Guidelines*), a efectos de definir el mercado de producto relevante la autoridad de competencia se pregunta a qué otros productos irían los consumidores si se produce un incremento de precios del producto investigado. En tal sentido los *Merger Guidelines* señalan que:

*Al determinar si un hipotético monopolista estaría en posición de ejercitar poder de mercado, es necesario evaluar la probable respuesta de los consumidores a un aumento en el precio. Un incremento en el precio puede no resultar rentable si los consumidores optan por consumir otros productos<sup>49</sup>.*

(Traducción libre).

67. A efectos de definir el mercado de producto relevante los *Merger Guidelines* sugieren asumir que existe un monopolista<sup>50</sup> en la venta del producto investigado; posteriormente, se debe preguntar cómo reaccionarían los consumidores ante un "pequeño pero significativo y no-transitorio"<sup>51</sup> aumento de precios, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos. Si, como respuesta a dicho incremento en el precio, las ventas del hipotético monopolista se reducen en medida tal que hacen poco rentable el incremento en el precio, deberá agregarse al mercado relevante todos aquellos productos hacia los cuáles el consumidor desvía sus preferencias<sup>52</sup>.

68. En similar sentido, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

*El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.*

69. Asimismo, respecto a la determinación de mercados relevantes de producto la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

*La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente*

<sup>49</sup> "In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products". *Ibidem*.

<sup>50</sup> El uso de la figura del "hipotético monopolista" responde al hecho de que, para poder determinar el grado de sustituibilidad de un producto respecto a otros, debe evaluarse la reacción de la totalidad de consumidores frente al aumento en el precio de todas las unidades del referido producto.

<sup>51</sup> Expresión empleada por el término "small but significant and nontransitory" en el texto original.

<sup>52</sup> Es importante advertir que la prueba considera un incremento de precios relativos; es decir, un incremento en el precio del producto en cuestión con relación al precio de todos los otros productos.

disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos ... hasta que el conjunto de productos ... sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos<sup>53</sup>.

(El subrayado es nuestro).

70. En el caso peruano, tanto la Comisión de Libre Competencia (en lo sucesivo, la Comisión) como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, el Tribunal) se han pronunciado reiteradamente a favor de definir el mercado relevante en los procedimientos de libre competencia incluyendo aquellos sustitutos razonables del producto ofrecido por el denunciado. Así, por ejemplo, el Tribunal ha afirmado que:

El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo<sup>54</sup>.

(El subrayado es nuestro)

71. El incremento de precios pequeño, pero significativo y no transitorio de acuerdo a los *Merger Guidelines* estaría referido a un incremento de alrededor de 5% por el lapso de un año. Sin embargo, dicho porcentaje tiene únicamente carácter referencial puesto que los propios lineamientos señalan que dependerá de la naturaleza de cada industria el determinar en qué consiste un incremento pequeño, pero significativo y no transitorio. El hecho de que se utilice para efectos del análisis un "pequeño" aumento en el precio hace sentido debido a que, ante un aumento considerable en el precio, cualquier bien experimentará una disminución significativa de su demanda, ello dado que los consumidores sustituirán el bien que venían consumiendo por bienes que en condiciones normales no representarían sustitutos del bien en cuestión.

<sup>53</sup> Comunicación sobre Mercado de Referencia, numeral 17.

<sup>54</sup> Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. (Expediente N° 005-97-CLC).



72. Ahora bien, cabe hacer aquí una salvedad que ha sido ampliamente discutida en el análisis de delimitación de mercados relevantes por parte de las autoridades de competencia, ésta se refiere a la denominada "falacia del celofán".

La "falacia del celofán" está relacionada a la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América contra la empresa E.I. du Pont de Nemours & Co., sobre un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de papel celofán<sup>55</sup>. Dicha Corte afirmó que existía un grado razonable de sustitución entre el celofán y diversos materiales de envoltura flexibles (papel, aluminio, láminas de metal, películas flexibles, etc.).

Sin embargo, la Corte no tomó en cuenta que la empresa investigada era un monopolista en la fabricación de papel celofán y, por lo tanto, los niveles de precios vigentes en el mercado eran tan altos que los consumidores incluirían como sustitutos a productos que por características y usos no serían naturales sustitutos del celofán. Mientras más se eleve el precio de un producto resulta lógico que la demanda de éste se torne más elástica<sup>56</sup>. La lección que se extrae de la "falacia del celofán" es que la sustituibilidad debería ser calculada suponiendo un precio competitivo del bien analizado y no ampliando el mercado en función de los altos niveles de precios impuestos por un monopolista.

73. Para el análisis de sustituibilidad entre productos, a efectos de verificar qué productos sustitutos deben ser incluidos en el mercado relevante, la autoridad de competencia podrá utilizar la estimación de elasticidades de demanda y elasticidades cruzadas.

74. La elasticidad de demanda expresa el cambio porcentual en la cantidad demandada de un producto a consecuencia de un cambio en su precio. Si se encuentra una alta elasticidad de demanda (demanda elástica) será probable que el producto analizado tenga, por lo menos, un importante sustituto, aquel al que los consumidores migraran ante el incremento del precio del producto bajo análisis. Caso contrario, una baja elasticidad de demanda (demanda inelástica) denotará la cuasi inexistencia de sustitutos cercanos<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Ver: *US v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (351 U.S. 3777, 399-400 (1956)).

<sup>56</sup> En tal sentido Landes y Posner señalan que: "*Puede parecer paradójico que el monopolista maximizador de utilidad afronte una demanda elástica sin importar la magnitud de su monopolio. Después de todo, mientras más elástica es la demanda, menor es el poder de mercado de una empresa —¿por qué entonces dicho poder no maximiza utilidades cuando una demanda es inelástica? Es verdad que si una empresa afronta una demanda inelástica elevará el precio, y mientras más inelástica es la demanda que enfrenta, más elevará su precio. Ésta continuará elevando su precio hasta que alcance una región de la curva de demanda donde la demanda es elástica. Tarde o temprano cualquier curva de demanda en el mundo real debe tener una región elástica —de lo contrario, el precio maximizador de utilidad podría crecer hasta el infinito.*" LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 140, nota 11.

<sup>57</sup> "*El que un bien tenga una demanda más o menos elástica, depende fundamentalmente de la cantidad y calidad de sustitutos que estén a disposición del consumidor. Si el bien en cuestión*"  
24/129

75. Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda mide cuál sería el efecto en la cantidad demandada de un producto ante una variación en el precio de otro, que se intuye es sustituto del primero. Si dos bienes, digamos, "a" y "b", son sustitutos entre sí, un aumento en el precio de "a" debería traer como consecuencia un aumento en la cantidad demandada de "b" (ya que el consumidor comprará menos de "a" y más de "b"). Inversamente, una reducción en el precio de "a" debería causar una reducción en la cantidad demandada de "b" (los consumidores migrarían de "b" hacia "a").<sup>58</sup>
76. Como se señaló anteriormente, es un problema común para las agencias de competencia a nivel mundial y, en particular, para aquellas de países en desarrollo, la realización de estimaciones de elasticidades puesto que se enfrenta a una escasez de información estadística que permita una adecuada utilización de dichas herramientas económicas.
77. En complemento a los criterios cuantitativos para la determinación del mercado de producto relevante, o en su reemplazo, ante la ausencia de información estadística suficiente, la autoridad de competencia deberá analizar aspectos cualitativos como la comparación de las características, usos, aplicaciones y preferencias de los consumidores. Para ello deberá recurrir a la recolección de información de los consumidores y productores a través de entrevistas, encuestas o formularios que den cuenta de la predisposición de los consumidores a modificar sus patrones de consumo ante variaciones pequeñas, significativas y no transitorias del bien que vienen consumiendo.
78. Asimismo, la evolución histórica de los patrones de consumo de la población podrían dar cuenta de la existencia de sustituibilidad entre dos o más productos, si es el caso que se verifica en el pasado que, ante alguna variación de las condiciones del mercado, los consumidores viraron su consumo de un bien hacia el consumo de otros bienes (sustitutos).
79. Por otro lado, la presencia o ausencia de una significativa correlación en los movimientos de precios de dos o más productos por un periodo significativo de tiempo podría indicar que dichos productos pertenecen o no,

*tiene muchos sustitutos de precio y calidad semejantes, su demanda tenderá a ser más elástica que otro bien con pocos o ningún sustituto. Así, por ejemplo, a menos que el consumidor tenga una preferencia demasiado marcada por el agua mineral San Antonio, su demanda tenderá a ser elástica, dado que si sube el precio de este producto y las otras aguas minerales no cambian de precio, el consumidor puede reemplazar total o parcialmente el consumo de San Antonio por otros bienes sucedáneos como San Luis, Socosani, San Mateo, Seltz, entre otros. En cambio, la energía eléctrica tiene una demanda inelástica porque los bienes sucedáneos, como las velas, los lamparines a ron o kerosene, la leña, el carbón entre otros, son mucho más caros y de inferior calidad". FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge. Microeconomía: teoría y aplicaciones. Tomo I. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 2000, págs. 217 y 218.*

<sup>58</sup> FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge. *Ibidem*; RUIZ DÍAZ, Gonzalo. *Definición de mercado relevante y políticas de competencia*. En: *Thémis - Revista de Derecho*. Segunda Época. Año 17, No. 41. Lima, diciembre de 2000, pág. 298.

respectivamente, a un mismo mercado de producto. En efecto, dos o más productos sustitutos o intercambiables generalmente presentarán movimientos paralelos en sus precios, dado que de presentarse diferencias considerables en aquéllos los consumidores únicamente adquirirían el producto de menor precio y no el sustituto de aquél, presionando a la baja al precio de éste. Por lo tanto, se debe esperar que productos que pertenecen a un mismo mercado relevante presenten o un mismo precio o un mismo patrón de conducta de aquéllos a lo largo del tiempo<sup>59</sup>.

80. Ahora bien, en el análisis de correlaciones de precios la agencia de competencia deberá descartar que determinados movimientos paralelos de precios, lejos de demostrar la existencia de sustituibilidad entre dos productos, encuentren explicación en correlaciones engañosas, como por ejemplo debido al incremento de precios de un insumo en común y/o la existencia de inflación entre otros, las que no demuestran sustituibilidad entre productos.

81. Adicionalmente, al determinar la sustituibilidad entre dos bienes deberá tomarse en cuenta los costos de cambio (*switching costs*) en los que deberá incurrir el consumidor para sustituir el bien en cuestión. En efecto, aun cuando dos bienes sean funcionalmente sustituibles, la presencia de altos costos de cambio podría impedir que un bien sea sustituido por otro por parte de los consumidores<sup>60</sup>.

82. Si bien es cierto que la principal fuente en la determinación del mercado de producto relevante es la sustitución desde el punto de vista de la demanda, es decir, a la luz de los gustos y preferencias de los consumidores que productos resultan sustituibles o intercambiables, también existe jurisprudencia internacional que señala que resulta posible introducir la sustituibilidad por el lado de la oferta en la determinación del mercado de producto relevante.

83. La sustituibilidad de oferta o sustituibilidad en la producción está referida a la existencia de empresas de otros mercados que sin ser productoras del producto materia de controversia, con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo (dada por ejemplo, su disponibilidad de

<sup>59</sup> La correlación se puede medir a través del coeficiente de correlación que tomará valores entre -1 y 1 dependiendo si se tiene un movimiento de precios inverso o denota una alta correlación de precios entre dos productos presumiblemente sustitutos.

<sup>60</sup> Así, Conrath ha señalado que "...a pesar de que dos productos pueden ser funcionalmente intercambiables, es importante evaluar qué extensión de los costos de transacción en los cuales tendrían que incurrir los compradores con el fin de reequipar, reempacar y adaptar su mercadeo, incumplir un contrato de suministro, aprender nuevos procedimientos, etc., son suficientes para dar este cambio en respuesta a un incremento de precio significativo y no transitorio". Ver: CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, pág. 10. Traducción libre del siguiente texto: "notwithstanding that two products may be functionally interchangeable, it is important to asses the extent to which the transaction costs which buyers would have to incur in order to retool, repackage, adapt their marketing, breach a supply contract, learn new procedures, etc., are likely to be sufficient to render switching unlikely in response to a significant and nontransitory price increase".

tecnología o activos productivos) pueden empezar a producirlo y, por lo tanto, deberían ser consideradas como parte del mercado relevante. En particular, al considerar la sustituibilidad en la producción en la determinación del mercado de producto se incluirá dentro de éste tanto al producto del supuesto dominante como aquellos de las empresas que podrían ingresar al mercado con la facilidad antes señalada.

84. De acuerdo a Landes y Posner, la sustituibilidad en la producción puede ejemplificarse de la siguiente manera:

*Supongamos que la cuota de mercado de i (empresa cuyo poder de mercado se quiere medir) del producto x es 80%, y que x e y son malos sustitutos en el consumo, pero los productores de y pueden, a un costo bajo, cambiar la producción a x. Por ejemplo, x puede representar edificios residenciales e y edificios comerciales. Los consumidores no pueden sustituir entre ambos, pero las firmas que construyen edificios comerciales tienen los equipos y habilidades necesarias para construir edificios residenciales. Por lo tanto, si la empresa i tratara de elevar el precio de los edificios residenciales sobre el nivel competitivo, los constructores de edificios comerciales sustituirán su producción hacia las construcciones residenciales. Esto hará que el incremento de precio de i sea menos beneficioso.*

*(...) el procedimiento apropiado en este caso consiste en redefinir el poder de mercado para incluir tanto la construcción comercial como residencial. Esto arrojará una cuota de mercado por debajo de 80% que será un mejor indicador (aunque no necesariamente exacto) del poder de mercado de i.<sup>61</sup>*

(Las negritas y el subrayado son nuestros).

85. De acuerdo a esta posición, es posible que la sustituibilidad de oferta pueda ser tomada en cuenta al momento de definir el mercado de producto relevante, siempre y cuando sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de utilidad para el consumidor e inmediatez de la respuesta, lo que requerirá que los productores a ser incluidos en el mercado relevante puedan pasar a fabricar el producto relevante en un plazo muy corto y sin incurrir en costos o riesgos significativos. Por ende, la sustituibilidad de oferta no se tomará en cuenta cuando implique plazos o cantidades de inversión significativos.

86. En tal sentido, el numeral 20 de la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

*La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos*

<sup>61</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit. Pág. 143.



de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. (...)

Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o un grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costes. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se adicionarán las ventas de estos productos<sup>62</sup>.

(El subrayado es nuestro).

87. En efecto, la aproximación europea continental al tema refiere la posibilidad de incorporar la sustituibilidad de oferta en la definición de mercado relevante de producto. De acuerdo a la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto, aun cuando para un grupo de consumidores esas distintas calidades no sean sustituibles, se agruparán en un único mercado de producto siempre que la mayoría de proveedores puedan ofrecer y vender esas diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de costos.

88. Por el contrario, la visión norteamericana señala que dicho análisis se deberá postergar al momento de evaluar el poder de mercado de una empresa, toda vez que la posibilidad de que empresas que no participan del mercado lo puedan hacer a bajo costo si la empresa establecida incrementa sus precios, refleja la existencia de competencia potencial que disciplinaría el comportamiento del establecido, pero ello no modifica el mercado de

<sup>62</sup> La propia comunicación ejemplifica meridianamente este razonamiento: "(e)l sector del papel constituye un ejemplo práctico del análisis de la sustituibilidad de la oferta para la definición de un mercado de producto. El papel suele suministrarse en una serie de calidades diferentes, desde el papel de escribir corriente al papel de alta calidad para su utilización, por ejemplo, en la edición de libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes calidades de papel no pueden utilizarse para un uso específico, esto es, un libro de arte o una publicación de alta calidad no pueden editarse con papel de baja calidad. Sin embargo, las fábricas de papel pueden producir diferentes calidades, y la producción puede ajustarse a un coste insignificante a corto plazo. Por ello, si no existen dificultades particulares en la distribución, los fabricantes de papel pueden competir respecto de los pedidos de diversas calidades, particularmente si éstos se efectúan con antelación suficiente para permitir modificar los planes de producción. En tales circunstancias, la Comisión no define un mercado distinto para cada calidad de papel y uso respectivo. Las diversas calidades de papel se incluyen en el mercado de referencia y sus ventas se suman para estimar el valor y el volumen total del mercado". *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 22.



producto relevante que permanecería siendo el del producto de la establecida y sus sustitutos desde el punto de vista de la demanda.

89. Adicionalmente, cabe resaltar que aun en aquellas economías en donde la agencia de competencia acepta la utilización de la sustituibilidad de la oferta en la definición de mercado de producto relevante, dicha evaluación se realiza con carácter extraordinario<sup>63</sup>. En efecto, al ser generalmente menos inmediatos y requerir de mayor información, factores como la sustituibilidad de oferta no se tienen en consideración para la definición del mercado relevante y su análisis se posterga a una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición del denunciado en el mercado relevante y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia<sup>64</sup>.

90. Por lo tanto, la discusión se reduce a en qué momento del análisis se incorporan los efectos de la elasticidad de oferta, si en la determinación del mercado de producto relevante (visión europea) o en la determinación de existencia de poder de mercado (visión norteamericana). En efecto, en todo análisis de posición de dominio o poder de mercado, tarde o temprano, deberá considerarse la posibilidad de que la supuesta capacidad de actuación independiente por parte de una empresa puede ser disciplinada por terceros agentes que ante un incremento de precios ingresen al mercado.

91. Al respecto, Conrath ha señalado que:

*Hay una diferencia técnica entre los enfoques norteamericano y europeo de los temas de sustituibilidad de oferta. Ambos la consideran una pregunta importante, pero la consideran en distintas etapas del proceso. Estas diferencias podrían ser significativas en algunos casos, pero normalmente conducirán a que se hallen los mismos factores competitivos, sólo que en un diferente orden.*

*La definición de mercado europea tiende más a considerar el lado de la oferta al definir el mercado de producto. La definición de mercado*

<sup>63</sup> Así, el numeral 13 de la Comunicación sobre Mercado de Referencia señala que: "Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los proveedores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutos o recurrir a proveedores situados en otro lugar. Básicamente, para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los proveedores".

<sup>64</sup> DIEZ ESTELLA, Fernando. Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU., pág. 10. Disponible en: <http://www.nebrija.com/fundacion/COnebrija/archivos/articulos/DefinicionMercadoRelevante.pdf>. (Visitada el 24 de marzo de 2003).

norteamericana tiende más a considerar el lado de la oferta al determinar qué firmas están en el mercado<sup>65</sup>.

92. En el mismo sentido, Hovenkamp ha señalado que:

*El análisis de mercados en casos de libre competencia toma en cuenta una alta elasticidad de oferta en dos formas diferentes. En primer lugar, para incluir en el mercado relevante a aquellas firmas capaces de cambiarse fácilmente al mercado de la empresa denunciada en respuesta a un aumento de precios de esta última. En segundo lugar, para definir el mercado más estrechamente, pero a la vez concluyendo que las barreras a la entrada son bajas. Si las elasticidades de oferta son altas en ambos casos, la empresa denunciada no tiene un poder de mercado significativo, por lo que ambas alternativas pueden ser consideradas como intercambiables<sup>66</sup>.*

93. En efecto, como se vio anteriormente, el objetivo último de la definición del mercado relevante y el cálculo de la cuota de mercado es determinar la existencia de posición de dominio o poder de mercado de la empresa en cuestión, para ello la evaluación de la elasticidad de oferta, sea en el momento correspondiente a la definición de mercado de producto y/o en el momento de analizar la existencia de competencia potencial resulta necesaria. Por el contrario, el no considerar la elasticidad de oferta en ninguno de los dos momentos mencionados denotaría un defecto en el análisis de existencia de posición de dominio o poder de mercado.

94. De acuerdo a lo descrito y en consonancia con la jurisprudencia internacional, en el Perú se privilegiará la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda a efectos de definir los mercados relevantes de producto, salvaguardando la posibilidad de incorporar una evaluación de la sustituibilidad de oferta en ese momento del análisis de manera extraordinaria y si las condiciones particulares del mercado lo requieren.

<sup>65</sup> CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, pág. 6. Traducción libre del siguiente texto: "There is a technical difference between the North American approach and the European approach to supply substitution issues. Both consider it to be an important question, but they consider it at different stages of the process. These differences could have substantive significance in some cases, but normally result in the assesment of the same competitive factors, only in a different order. European market definition is most likely to consider the supply side in defining the prodcut market. North American market definition is most likely to consider the supply side in determining what firms are in the market".

<sup>66</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Segunda edición. West Group, Minnesota; 1999, pág. 112. Traducción libre del siguiente texto: "Antitrust market analysis accounts for high supply elasticity in two different ways. First, it can include in the market definition those firms easily able to switch to the defendant's market in response to principal firm's price increase. Second, it can define the market more narrowly, but conclude that entry barriers are low. If supply elasticities are high under either measure, the defendant's lacks substantial market power, so in this sense the two alternatives can be regarded as interchangeable".

### 3.1.2.2. Mercado geográfico relevante

95. El mercado geográfico relevante estará definido en función del área geográfica en donde se encuentren las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los consumidores. Para definir el mercado geográfico relevante es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.
96. El análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de adquirir en el lugar analizado el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar cuál es la oferta que satisface las necesidades de los consumidores del producto relevante.
97. De acuerdo a los *Merger Guidelines*, a efectos de definir el mercado geográfico relevante, la autoridad de competencia se preguntará a qué otras fuentes de aprovisionamiento acudirán los consumidores de imponérseles un incremento de precios "pequeño pero significativo y no transitorio" del producto relevante en la zona donde lo venían consumiendo. Aquella zona en donde un "hipotético monopolista" pueda imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio sin perder un número significativo de consumidores tal que haga no rentable su conducta será el área geográfica relevante. En términos de los *Merger Guidelines*, deberá preguntarse: "¿qué tan lejos irían los consumidores para ahorrar cinco por ciento?".
98. Por otro lado la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que el mercado geográfico se define de la siguiente manera:

*El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.*

99. En sentido similar a los *Merger Guidelines*, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* señala que:

*... si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia [otras] ... zonas hasta que el conjunto de ... zonas geográficas sea*



tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos<sup>67</sup>.

(El subrayado es nuestro).

100. En el caso peruano, el Tribunal ha señalado que analizar el mercado relevante implica:

... determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo<sup>68</sup>.

(El subrayado es nuestro).

101. En similar sentido, el mismo Tribunal ha señalado que:

... para determinar el mercado relevante debe examinarse las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador puede acudir, teniendo en cuenta cuales son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre productos y considerando los costos de las alternativas que tiene el proveedor<sup>69</sup>.

(El subrayado es nuestro).

102. Como se aprecia, delimitar geográficamente un mercado implica establecer cuál es el área geográfica donde se encuentra la oferta real y potencial que satisface la demanda que los consumidores locales realizan del producto relevante.

103. En particular, el criterio de homogeneidad de condiciones de competencia utilizado por la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* da cuenta de que en un mercado geográfico relevante, donde interactúan ofertantes y demandantes de un mismo producto, todos ellos enfrentarán condiciones de competencia similares y de existir zonas aledañas con diferentes condiciones de mercado probablemente dichas zonas deberán ser excluidas de la delimitación de mercado relevante.

104. Al respecto, un instrumento adecuado para verificar la existencia de zonas geográficas contiguas que, por presentar condiciones similares, podrían ser parte de un mismo mercado relevante, resulta ser el análisis de correlaciones de precios entre distintas zonas. De similar forma que para la delimitación del mercado de producto, una alta correlación de precios del

<sup>67</sup> *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 17.

<sup>68</sup> Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, antes citada (ver nota 65).

<sup>69</sup> Ver: Resolución N° 117-97-TDC del 5 de mayo de 1997, recaída en el procedimiento iniciado por la empresa Fundición de Metales Bera del Perú S.A. contra la empresa Minsur S.A. (Expediente N° 007-97-CLC).

producto relevante en dos zonas distantes podría señalar que ambas zonas participan de un único mercado geográfico relevante.

105. La delimitación del mercado geográfico implica verificar la posibilidad de abastecerse del producto relevante desde otra zona geográfica, para ello se deberá analizar la viabilidad de realizar operaciones de importación desde dicha área. Por lo tanto, si se desea averiguar si el mercado geográfico relevante excede las fronteras de un país se deberá analizar la posibilidad de realizar importaciones del producto relevante desde terceros países. En dicho análisis deberá considerarse la existencia de restricciones al ingreso del producto relevante al país en donde se encuentran los consumidores supuestamente afectados por una práctica abusiva. En particular, deberá tomarse en cuenta las barreras legales al comercio existentes, tales como aranceles, para-aranceles, cuotas de importación, entre otros<sup>70</sup>. En materia de comercio internacional se deberá tomar en cuenta tanto la existencia de barreras legales al comercio como el costo del seguro y los fletes del transporte.
106. Sobre esto último, tanto si se analiza la posibilidad de trasladar el producto relevante desde otros países como si el análisis se refiere al traslado desde una región al interior del propio país, se deberá tener en cuenta los costos de transporte. En efecto, si es el caso que, cuando se produce un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio a nivel local, por los altos costos de transporte desde otras zonas los consumidores no tienen otra alternativa que pagar dicho incremento de precios, el mercado geográfico relevante no incluirá a dichas zonas diferentes a la local.
107. Los costos de transporte juegan un rol preponderante en el análisis del mercado geográfico relevante en la medida que, cuanto más elevado sea el costo de transporte del producto, desde la zona de origen a la de destino, las posibilidades para el consumidor de abastecerse de un proveedor distinto se ven limitadas o incluso se anulan. Los costos de transporte estarán asociados positivamente a la distancia entre el proveedor y el consumidor, el peso del producto, si éste es perecible<sup>71</sup> o no, entre otros.
108. Cuando se trata de bienes de escaso precio con relación a su volumen o peso, el costo de transporte tiene una incidencia mayor sobre el valor del producto, delimitándose por lo general mercados geográficos de ámbito más restringido. Por el contrario, cuando se trata de mercancías de alto precio por unidad de volumen, los mercados geográficos tienden a ser más amplios. Generalmente se asume que, si el precio del producto en un mercado distante al local más los costos de transporte (de llevar el producto desde el área distante hasta el área local) exceden significativamente al

<sup>70</sup> RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Op. Cit., pág. 302.

<sup>71</sup> Por ejemplo, frutas o vegetales.



precio del producto en el mercado local, entonces el área distante no debe ser incluida como parte del mercado geográfico relevante.

109. Adicionalmente a la baja incidencia de los costos de transporte con respecto a bienes de alto valor, se considera que los consumidores al momento de gastar sus recursos monetarios en bienes de alto valor estarán dispuestos a buscar e identificar dónde realizar su mejor compra entre distintas áreas geográficas, por lo tanto el mercado geográfico en dichos casos tenderá a ser más amplio.
110. Un aspecto importante en la delimitación de mercados geográficos se refiere al análisis del patrón de comportamiento de los flujos comerciales inte-regionales. Si bien éste es un indicador estático que no muestra cuál podría ser el patrón de comportamiento del flujo futuro de comercio, resulta útil por cuanto permite apreciar la presencia de productos de otras zonas geográficas que develen, de ser significativa dicha presencia, la existencia de competencia proveniente de otras áreas geográficas.
111. Para la medición del patrón comercial basta con considerar al menos dos zonas. Si existe un amplio tráfico comercial entre ambas zonas, entonces dichas zonas deben ser consideradas parte de un mismo mercado geográfico. En este sentido, el origen de las importaciones y el destino de las exportaciones puede ser un indicador útil que delimite el territorio al momento de definir el mercado geográfico relevante.
112. Un *test* de medición del patrón de comportamiento de los flujos comerciales ha sido desarrollado por Elzinga y Hogarty<sup>72</sup> mediante el uso de dos índices: LIFO (*little in from outside*) y LOFI (*little out from inside*). Según el *test*, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella. Esto es, no más del 10% de las ventas son transportadas desde fuera del área y no más del 10% de la producción del área es transportada fuera de la misma.
113. De no cumplirse estas condiciones, el mercado geográfico debe ampliarse a otras áreas hasta que se obtenga un área en la que la demanda sea satisfecha en un alto porcentaje con producción local y, a la vez, esta última sea consumida en un alto porcentaje en dicha área.
114. Pese a constituir una referencia útil, el *test* de Elzynga-Hogarty omite indagar la posible reacción de los consumidores ante un aumento en el precio. Por eso se le ha criticado que:

<sup>72</sup> ELZINGA, Kenneth G. y Thomas F. HOGARTY. *The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits*. En: *Antitrust Bulletin*. No. 18 (1973). Pág. 45 y ss.



*De la ausencia de comercio entre dos regiones, es erróneo deducir la existencia de dos mercados geográficos. Aun cuando en un lapso prolongado de tiempo, no haya existido comercio entre dichas regiones, es posible que las elasticidades cruzadas entre productos provenientes de éstas sea alta, y que ante aumentos pequeños en precios en alguna de las regiones, el comercio se produzca.<sup>73</sup>*

115. De acuerdo a lo anterior y como se ha señalado previamente, el mercado geográfico relevante deberá incluir aquellas zonas en donde se encuentren proveedores alternativos a los cuales sea factible recurrir ante un incremento de precios, a pesar de que en el pasado no hayan realizado ventas en el área local.
116. Por otro lado, la asignación gubernamental de territorios exclusivos o el hecho de que sea una práctica común en determinada industria la segmentación de territorios exclusivos (por ejemplo: en el mercado de bebidas gaseosas, la asignación de distribuidores exclusivos) podría condicionar la definición de mercados geográficos relevantes limitando el área relevante a aquélla donde se superponen diversos territorios otorgados en exclusividad, tanto de manera gubernamental como privada.
117. Adicionalmente, factores tales como las preferencias de los consumidores, la disponibilidad de infraestructura de transporte, la necesidad de inversión en publicidad, costos de cambio (*switching costs*), autorizaciones municipales o regionales, entre otros podrían influir en la delimitación del mercado geográfico relevante.

### 3.1.2.3. Determinación de la posición de dominio

118. Una vez definido el mercado relevante tanto en su ámbito de producto como en el ámbito geográfico, a efectos de estimar una posible posición de dominio o tenencia de poder de mercado por parte de una empresa partícipe del mercado relevante definido, se deberá analizar, en primer lugar, la cuota (o participación) de mercado de dicha empresa. Posteriormente la cuota de mercado de la supuesta dominante deberá ser contrastada con la existencia de competencia real o potencial que discipline un posible ejercicio de poder de mercado. Ambos aspectos se desarrollan a continuación.
119. La primera aproximación a la determinación de la existencia o no de una posición dominante debe provenir de la evaluación de las cuotas de mercado dentro del mercado relevante. Resulta más probable que, por ejemplo, una empresa con 80% del mercado pueda comportarse de manera independiente de competidores, proveedores y consumidores a que dicho comportamiento lo realice una empresa con 20% del mercado. En un mercado con una empresa con 80% de cuota de mercado y dos más pequeñas con 10% cada una, si la primera de ellas implementa prácticas en

<sup>73</sup> RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Op. Cit., pág. 302.

perjuicio de sus clientes, éstos no tendrán alternativa de virar sus compras a otro proveedor, caso contrario sería si la que implementa dichas prácticas es una de las empresas con sólo 10% del mercado<sup>74</sup>.

120. Sin embargo, no hay unanimidad en la literatura económica acerca de una cuota de mercado mínima para considerar a una empresa dominante en el mercado<sup>75</sup>. Una cuota que *a priori* parecería conceder poder de mercado (digamos, 90%) puede no ser determinante si el mercado, por ejemplo, presenta una alta sustituibilidad de oferta o tiene barreras de entrada relativamente bajas. De otro lado, una empresa con una cuota de mercado baja (digamos, 30%) podría tener un poder de mercado significativo si el segmento competitivo que enfrenta está constituido de muchas empresas pequeñas de limitada capacidad o si el mercado presenta altas barreras a la entrada.
121. La evaluación de cuotas de mercado resulta de mayor importancia en mercados con barreras a la entrada y/o condiciones de oferta inflexibles que determinan la imposibilidad del ingreso de nuevos ofertantes y/o el incremento de la producción y ventas de los agentes ya establecidos. Asimismo mientras mayor sea la participación de mercado de una empresa mayor será la confianza en este indicador como evidencia de la existencia de una posición dominante.
122. Las participaciones de mercado, dependiendo de la disponibilidad de la información estadística necesaria y de las características propias de cada mercado, podrán medirse en función de la capacidad productiva de la empresa, el volumen de producción, el volumen de ventas o el valor de estas últimas.
123. Como se ha señalado, la cuota de mercado, aunque importante, no es el único factor determinante de la posición de dominio de una empresa. En efecto, concluir la existencia de poder de mercado en base únicamente a la cuota de mercado puede ser engañoso.<sup>76</sup>
124. Al respecto, la autoridad de competencia deberá evaluar la cuota de mercado de la supuesta empresa dominante a la luz de la posibilidad de que su comportamiento sea disciplinado competitivamente por terceras

<sup>74</sup> La jurisprudencia internacional ha utilizado el análisis de las participaciones de mercado de los otros competidores y el número de ellos para reforzar la utilización de las participaciones de mercado en la determinación de la existencia de posiciones dominantes. Para mayor detalle, ver los ejemplos citados en el tratamiento de participaciones de mercado en la jurisprudencia europea y americana en: CONRATH. W, Craig. Op. Cit., Sección 5, págs. 4 a 6.

<sup>75</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 141, nota 15; SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Op. Cit., pág. 28.

<sup>76</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 143. En la misma línea de pensamiento, Sullivan y Harrison sostienen que "la cuota de mercado es sólo uno de los factores del poder de mercado". SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Op. Cit.

empresas, ya sea por (i) aquellas que representan el segmento competitivo<sup>77</sup>, (ii) aquellas que virarían su producción hacia el producto relevante (sustituibilidad por el lado de la oferta) u (iii) otras que decidan ingresar al mercado.

125. En efecto, un factor que debe tomarse en cuenta al momento de interpretar la cuota de mercado de una empresa, a efectos de determinar si ostenta posición de dominio, es la presencia de competencia potencial. De acuerdo a la Comisión Europea, se considera como competencia potencial a aquellas empresas que ante un aumento pequeño y permanente de los precios serían capaces y posiblemente realizarían las inversiones suplementarias o los gastos de adaptación necesarios para entrar al mercado relevante.

126. La competencia potencial está representada tanto por agentes económicos que, ante un aumento en el precio, se ven incentivados a entrar al mercado ("potenciales entrantes"), como por aquellas empresas que, estando en mercados relacionados, pueden cambiarse a producir el producto relevante a bajo costo (sustituibilidad en la producción).<sup>78</sup>

127. A continuación se desarrollan cada uno de los supuestos mencionados:

(i) Competencia del segmento competitivo

128. El segmento competitivo del mercado podría disciplinar el comportamiento de una empresa que ostente una alta cuota de mercado de tal manera que determine la ausencia de posición de dominio por parte de ésta.

129. Nos explicamos, si las empresas partícipes del mercado que tienen una cuota de mercado reducida poseen, al mismo tiempo, una alta capacidad instalada ociosa estarán en capacidad de responder competitivamente a incrementos de precios de la supuesta empresa dominante. Por lo tanto, esta última no podrá elevar su precio puesto que si lo hiciese las empresas del segmento competitivo podrán hacer uso de su capacidad instalada y captar a aquellos consumidores que no estén dispuestos a pagar el incremento de precios de la supuesta dominante, con lo que ésta no ostentaría poder de mercado. Lo anterior reflejaría la existencia de una alta

<sup>77</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 141. Utilizamos el término "segmento competitivo" para referirnos al conjunto de empresas que, sin tener poder de mercado significativo, compiten contra una o más empresas con mayor poder de mercado.

<sup>78</sup> La diferencia entre ambos tipos de empresas sería que en el segundo de los casos, las empresas ya no tendrían que asumir los "costos hundidos" en los que debe incurrirse para entrar en un mercado. El concepto de costo hundido alude a un costo que, por definición, es irrecuperable. Una tecnología muy particular, por ejemplo, puede ser irrecuperable ya que no puede utilizarse en otra industria. En cambio, un terreno puede ser de utilidad para otros propósitos, de manera que la pérdida, en caso la incursión en un mercado sea fallida, no resultará igual al total del costo en el que originalmente se incurrió.

elasticidad de oferta del segmento competitivo que, a su vez, determinaría una alta elasticidad de demanda de la empresa y, por lo tanto, un bajo o nulo poder de mercado.

130. Si los competidores de la empresa denunciada son capaces de expandir su producción como respuesta a un precio alto, podrán satisfacer la demanda de los consumidores que opten por cambiarse de proveedor y, en consecuencia, el poder de mercado de la supuesta dominante será menor al que su cuota de mercado pueda aparentar<sup>79</sup>.

(ii) Sustituibilidad por el lado de la oferta

131. La existencia de empresas de otros mercados que sin ser productoras del producto relevante con una baja inversión y en un corto plazo (dada por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos) pueden empezar a producirlo, resultará también una fuente que discipline el poder de mercado de una empresa con una alta cuota de mercado.

(iii) Entrada de un nuevo competidor

132. Si la entrada de un nuevo competidor al mercado es relativamente fácil, una alta cuota de mercado por parte de una empresa presuntamente dominante no resultará determinante para concluir la tenencia de posición de dominio por parte de ella. En efecto, si dicha empresa dispone la elevación de sus precios producirá inmediatamente el ingreso de nuevas empresas al mercado. En este caso una alta cuota de mercado será un pobre indicador de la tenencia de posición de dominio.

133. Al respecto, la "teoría de los mercados contestables"<sup>80</sup> señala que en un mercado donde no existen ni barreras a la entrada ni a la salida sustanciales, las empresas establecidas no incrementarán significativamente sus precios, ya que la existencia de competencia potencial limitará su poder de mercado. De acuerdo a la mencionada teoría, cualquier aumento del precio sobre el costo marginal es una "irresistible oportunidad de entrada" al mercado. Aquellas empresas que ante un aumento en el precio por parte de una firma supuestamente dominante son capaces y están dispuestas a entrar en el mercado en cuestión son las denominadas "potenciales entrantes", éstas deben ser tomadas en cuenta al analizar la posición de dominio de la empresa investigada.

134. En tal sentido un elemento importante a analizar como parte de la evaluación de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa, es la presencia o ausencia de barreras a la entrada para el ingreso de

<sup>79</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 144.

<sup>80</sup> Ver: BAUMOL, William J. *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. En: American Economic Review. Vol. 72, No. 1. Marzo de 1982, págs. 4 y 5.



nuevos competidores al mercado. Las barreras a la entrada<sup>81</sup> son factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades. Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o dificultan a las empresas nuevas ingresar a un determinado mercado.

135. Las barreras a la entrada pueden ser estructurales (económicas o legales) o estratégicas, dependiendo de si están o no relacionadas a acciones directas de la empresa establecida, respectivamente.
136. Las barreras económicas se relacionan a las ventajas absolutas en costos, la presencia de economías de escala y de ámbito significativos, las características de la tecnología requerida, la existencia de facilidades esenciales y los costos hundidos o irrecuperables en que debe incurrir una empresa para ingresar a una industria.
137. Las barreras legales y/o administrativas se refieren a políticas públicas o regulaciones estatales que interfieren de manera directa en la entrada o permanencia de los agentes participantes en el mercado.
138. Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos empresariales que restringen o disuaden a las empresas a entrar en la industria. Las empresas establecidas pueden llevar a cabo diversas prácticas con el objetivo de influir negativamente sobre los beneficios esperados del o los entrantes. El éxito de dichas prácticas dependerá, entre otros aspectos, de que las amenazas resulten creíbles para la empresa entrante así como de que puedan mantenerse en el tiempo sin que existan prácticas alternativas más convenientes para la empresa establecida. Estas prácticas pueden estar orientadas a la reducción o eliminación de los beneficios esperados de la empresa entrante o a elevar los costos de entrada u operación en el mercado. Son ejemplos de barreras estratégicas: los precios límite, la sobre-inversión en capacidad, la diferenciación de productos, los subsidios cruzados, la integración y restricciones verticales, el incremento de los costos de los rivales, los precios predatorios, etc.
139. En cualquier caso las barreras a la entrada deben ser evaluadas en términos del costo y del tiempo relativo que tomará a las empresas el entrar al mercado, y en función a la probabilidad de que las firmas estén dispuestas a correr con el costo y riesgo que ello implica.

<sup>81</sup> Se suele utilizar el término "barrera a la entrada" para denominar a cualquier obstáculo que debe enfrentar un entrante para lograr ingresar al mercado. Stigler nos ofrece una definición más precisa al señalar que una barrera de entrada es "una condición que impone a los entrantes costos de producción de largo plazo más altos que los soportados por las empresas que ya están en el mercado". Así, las barreras a la entrada surgen de la existencia de diferenciales de costos entre las empresas establecidas y las entrantes. Ver: STIGLER, George J. *Barriers to entry, economies of scale and firm size*. Citado por: POSNER, Richard A. Op. Cit., pág. 74.



140. En caso el mercado en cuestión sea uno con barreras de entrada relativamente bajas, incluso una empresa con una alta cuota de mercado podría no gozar de un poder de mercado sustancial. Esto porque ante un aumento del precio, será fácil que nuevos competidores ingresen al mercado. Viceversa, inclusive una empresa con una relativa baja cuota de mercado podría gozar de un sustancial poder de mercado si las barreras de ingreso son muy altas.
141. Respecto a la contrastación de las cuotas de mercado con otros factores, Landes y Posner<sup>82</sup> proponen la "corrección" de las cuotas de mercado encontradas mediante la incorporación de criterios que considerasen en el cálculo de aquéllas la sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta. En el Cuadro N° 1 a continuación se presentan algunas de dichas propuestas:

**Cuadro N° 1**  
**Algunas "correcciones" a la estimación de cuota de mercado**

Condiciones de mercado	Existen sustitutos cercanos	Existen empresas competidoras que pueden fácilmente incrementar sus niveles de producción	Existen empresas que sin participar en el mercado podrían hacerlo a muy bajo costo	Existe la posibilidad de ingreso de nuevos competidores
Carácter económico	Alta elasticidad de demanda del mercado	Alta elasticidad de demanda de la empresa	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta
"Corrección"	Incluir a esos sustitutos como parte del mercado relevante	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la capacidad de las empresas del segmento competitivo	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción de las empresas que podrían participar del mercado	No es fácil de ajustar. Se podría buscar evidencia de ingreso reciente y significativo

Fuente: LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *El poder de mercado en casos de libre competencia*.

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

142. La inclusión como parte del mercado de sustitutos cercanos es una práctica común en la metodología de definición de mercados de producto, utilizada ampliamente por las agencias de competencia a nivel mundial.
143. Asimismo, la existencia de una alta elasticidad de oferta podría ser utilizada para incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción y/o la capacidad de producción de otras empresas<sup>83</sup>. De esta manera la cuota de

<sup>82</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit.

<sup>83</sup> Así, por ejemplo, Sullivan y Harrison han señalado que: "Podría haber firmas que produzcan bienes que no sean sustitutos razonables, pero que empleen mano de obra y capital que fácilmente pueda ser adaptado para producir el mismo bien que la empresa denunciada. Si es así, la elasticidad de oferta con respecto a dichas firmas puede ser lo suficientemente alta para que éstas sean consideradas como competidoras y su producción potencial debe ser añadida al denominador de la ecuación de la cuota de mercado". SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. 40/129



mercado sería un mejor indicador de la existencia de posición de dominio o poder de mercado.

144. Por otro lado, la concentración del mercado también podría ser tomada en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio. La concentración del mercado es una función del número de empresas en el mercado, relacionada a sus respectivas cuotas de mercado. A efectos de calcular la concentración del mercado, los *Merger Guidelines* utilizan el Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI). El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes elevadas al cuadrado<sup>84</sup>. En general, dependiendo del grado de concentración, los mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ( $HHI < 1000$ ), moderadamente concentrados ( $1000 < HHI < 1800$ ) o altamente concentrados ( $1800 < HHI$ )<sup>85</sup>. A mayor concentración del mercado se incrementa la probabilidad de tener una o más empresas con poder de mercado.

145. Finalmente cabe señalar que factores tales como ventajas competitivas que puedan tener las empresas por razones de *know how*, tecnología, respaldos financieros (*deep pocket*), la existencia de externalidades de red en el mercado o la concentración de éste deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio o poder de mercado.

### 3.1.3. El abuso de una posición de dominio

146. Un abuso de posición de dominio se da cuando una empresa que ostenta dicha posición realiza prácticas comerciales restrictivas con el fin de desplazar a sus competidores del mercado o impedir de modo alguno la entrada de nuevos competidores.

147. En ese sentido, la jurisprudencia del sistema comunitario europeo ha definido el abuso de posición de dominio como la "... conducta por parte de tal empresa [con posición de dominio] que tiene el efecto de poner en peligro el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado, o el incremento de tal competencia..."<sup>86</sup>

HARRISON. Op. Cit., pág. 32 y 33. Traducción libre del siguiente texto: "*There may be firms that produce goods that are not reasonable substitutes but employ labor and capital that are easily adaptable to the production of the defendant's good. If so, the elasticity of supply with respect to these firms may be high enough for them to be regarded as competitors and their potential output should be added to the denominator of the market-share equation*".

<sup>84</sup> Así por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro firmas A, B, C y D con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20% respectivamente, tiene un Índice HHI de 2600 ( $30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$ ).

<sup>85</sup> *Merger Guidelines*, numeral 1.5.

<sup>86</sup> Asunto 85/76 Hoffman – La Roche c. Comisión (1979); citado en BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, pág. 504.



148. En nuestro ordenamiento jurídico, el 5 del Decreto Legislativo 701 señala lo siguiente:

**Artículo 5°.-** *Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.*

*Son casos de abuso de posición de dominio:*

- (a) *La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.*
- (b) *La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;*
- (c) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- (d) *(Derogado)*
- (e) *(Derogado)*
- (f) *Otros casos de efecto equivalente.*

149. De lo estipulado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 se entiende que aquellos actos o conductas merecedores de ser calificados como abusos de posición de dominio necesariamente tienen que estar orientados a obtener un beneficio económico y causar perjuicio a otros, donde estos "otros" pueden ser tanto competidores reales o potenciales como consumidores.

150. El objetivo económico último de un abuso de posición de dominio es el cobro de precios monopólicos por parte de la firma infractora, esto es, una firma que ejerce de manera abusiva su posición de dominio lo hace con la

intención de eliminar a su competencia para luego poder cobrar precios monopólicos<sup>87</sup> por sus productos.

151. La doctrina y jurisprudencia internacional en materia de libre competencia, distingue dos grandes tipos de conductas empresariales que pueden ser consideradas como prácticas de abuso posición de dominio: las conductas explotativas y las conductas exclusorias.<sup>88</sup>

152. Las conductas explotativas son aquellas que representan el ejercicio (o uso) directo del poder de mercado de la empresa dominante mediante la elevación de los precios por encima del nivel de competencia y la reducción del nivel de producción. Este tipo de conductas no tiene como objetivo lesionar a los competidores actuales o potenciales sino que su objetivo es "explotar" directamente a los consumidores y usuarios, reduciendo su producción e imponiéndoles mayores precios respecto de los niveles vigentes en un mercado competitivo.

153. Por su parte, las conductas exclusorias son aquellas que, a través de un abuso de posición de dominio, tienen como objeto y efecto desplazar a los competidores del mercado o impedir el acceso de nuevos competidores al mismo. Dicha exclusión no se realiza en función del desempeño eficiente de la empresa dominante ni de su éxito dentro del proceso competitivo, sino que se da en función de un comportamiento anticompetitivo. El objetivo final de la práctica exclusoria es reforzar una posición dominante y en el extremo crear un monopolio.

154. Como se aprecia ambos tipos de conductas son sustancialmente diferentes, mientras una de ellas usa el poder de mercado en perjuicio de los consumidores y usuarios (explotativa), la otra tiene el efecto de restringir, limitar o dañar la competencia y a los competidores (exclusoria). Tanto en el objeto como en el efecto las conductas explotativas resultan diferentes a las exclusorias.

155. De modo particular, las prácticas anticompetitivas dirigidas a los competidores potenciales se caracterizan por entorpecer, desalentar o evitar la entrada de éstos al mercado, donde la realización de dichas prácticas equivale a establecer barreras de entrada al mercado. Estas barreras, sin embargo, también afectan al competidor que ya ingresó al mercado.

156. Si bien en ambos casos el resultado final buscado es el de eliminar la competencia, los propósitos son distintos para cada uno de ellos. Cuando el

<sup>87</sup> El beneficio de la firma en un mercado monopólico es máximo con relación al resto de estructuras de mercado, y el precio monopólico es el precio que maximiza el beneficio en el mercado monopólico.

<sup>88</sup> En particular la legislación y jurisprudencia de origen europeo continental considera como un abuso de posición de dominio tanto las conductas explotativas como las exclusorias. Sin embargo, la legislación norteamericana únicamente considera como un abuso de posición de dominio aquellas conductas que tienen carácter exclusorio.



competidor ya se encuentra en el mercado el objetivo es excluirlo, haciendo insostenible su permanencia. Cuando aún no ha ingresado el objeto es impedir su ingreso, haciendo más costoso su acceso al mercado.

### 3.1.4 Negativa Injustificada de trato

157. En ejercicio de su libertad contractual, en principio las empresas pueden decidir libremente con quién y cuándo contratar. Asimismo, también pueden decidir libremente no contratar, sin necesidad de expresar la causa o justificación para ello.<sup>89</sup>

158. Sin embargo, pese a ser fundamental para el funcionamiento de una economía social de mercado, la libertad de contratación debe desenvolverse en un marco en el que coexisten diversos principios rectores que resultan también necesarios para el desarrollo del referido régimen económico. Uno de estos principios rectores, y quizá el más importante, es el de la libre competencia, entendido como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre ellos con el fin de obtener las preferencias de los consumidores.

159. En consecuencia, la libertad de contratación debe ejercerse sin restringir o distorsionar la libre competencia. En efecto, la propia Constitución Política establece que los derechos de propiedad privada y libre contratación deben ejercerse de acuerdo a los límites previstos en la ley<sup>90</sup>, por lo que estos derechos deben ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701, que precisamente viene a ser la legislación de desarrollo constitucional del principio rector de la libre competencia.

160. En particular, una de las limitaciones que establece la normativa de libre competencia a la libertad de contratación es la prohibición de las negativas injustificadas de trato<sup>91</sup>. Así, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701, que tipifica el abuso de posición de dominio, señala en su literal a) lo siguiente:

<sup>89</sup> Ver: ALPA, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: AA.VV. *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. ARA, Lima, 2003, pág. 149.

<sup>90</sup> **Constitución Política.-**  
**Artículo 62°.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato...

**Artículo 70°.-** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley...

(El subrayado es nuestro).

<sup>91</sup> En el presente informe se hará referencia únicamente a las negativas injustificadas de trato o negociación llevadas a cabo de manera unilateral, es decir, a aquellos casos en los que la negativa es llevada a cabo por una sola empresa o un conjunto de empresas (con posición de dominio). Cuando la negativa se da por parte de un conjunto de vendedores o compradores se trata de una *negativa concertada e injustificada*, práctica tipificada en el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

**Artículo 5.-** Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior [que ostentan posición de dominio], actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.

(...)

161. Como puede apreciarse de la norma citada, para que se configure una negativa injustificada de trato, la empresa a la que se imputa tal práctica debe tener posición de dominio. En ese sentido, el ordenamiento jurídico consagra el derecho a la negativa de trato sin expresión de causa como regla general, siendo la excepción que las empresas con posición de dominio en el mercado sólo pueden negarse a contratar si cuentan con una razón justificada para ello. Así, puede afirmarse que:

*Al igual que como ocurre con otras prácticas, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monopsonio) o con un cliente (en el caso de un monopolio)<sup>92</sup>.*

(El subrayado es nuestro).

162. Al pronunciarse sobre las negativas injustificadas de trato que podrían ser castigadas en virtud de la *Sherman Act*<sup>93</sup>, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha consagrado lo que se conoce como la "Doctrina Colgate"<sup>94</sup> al señalar que:

<sup>92</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio*. En: Themis – Revista de Derecho. N° 36, 1997, pág. 83.

<sup>93</sup> 15 U.S. Code, Sección 2 (1976). La *Sherman Act*, promulgada en 1889, es la norma que prohíbe la monopolización y las prácticas restrictivas de la competencia en los Estados Unidos de América. Para una reseña histórica de su aplicación por parte de las autoridades norteamericanas, puede verse: CASES PALLARES, Lluís. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 449 y ss.

<sup>94</sup> Ver: *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919).



ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley [refiriéndose a la Sherman Act] no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o productor de decidir libremente con quien contrata en sus transacciones privadas<sup>95</sup>.

163. Así, puede afirmarse que una negativa de trato será ilícita sólo cuando sea realizada por una empresa que ostente posición de dominio (o que espere obtenerla mediante tal conducta) con la intención de monopolizar el mercado<sup>96</sup>. En el mismo sentido, se ha señalado que la ley permite a las empresas negarse a contratar con otras "a menos que la negativa esté destinada a apoyar otra restricción ilegal o constituya un intento de monopolización"<sup>97</sup>.
164. En línea con la Doctrina Colgate antes expuesta, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América declaró ilegal la negativa de un periódico, el *Lorain Journal*, a publicar avisos de aquellos anunciantes que también hayan contratado avisos de una radio local<sup>98</sup>. Al analizar el caso, la Corte consideró que *Lorain Journal*, publicado en la ciudad de Lorain, Ohio, gozaba de posición de dominio en el mercado de publicidad al cubrir el 99% de familias de la localidad. En 1948, sin embargo, la instalación de una estación de radio, WEOL, introdujo la competencia en el mercado de avisos publicitarios. En respuesta al ingreso al mercado de dicha radio, la referida publicación empezó a condicionar la colocación de avisos en sus páginas al hecho de que los anunciantes no contraten los espacios publicitarios ofrecidos por WEOL. La Corte consideró que dicha conducta resultaba contraria a la normativa de libre competencia, pues interpretó que la negativa era un medio para mantener su monopolio en el mercado de medios publicitarios de la ciudad de Lorain.
165. En este punto cabe señalar que en Estados Unidos de América se ha desarrollado, al analizar casos de negativas injustificadas de trato, lo que la literatura legal y económica denominan la "doctrina de las facilidades esenciales".
166. Una "facilidad esencial" es una instalación, infraestructura, servicio o insumo que cumple con las siguientes condiciones<sup>99</sup>:

<sup>95</sup> Traducción libre del siguiente texto: "In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal".

<sup>96</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Second edition. St. Paul, Minnesota, 1999, pág. 565.

<sup>97</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*. Segunda edición. Free Press, New York, 1993, pág. 344.

<sup>98</sup> *Lorain Journal Co. vs. U.S.* 342 U.S., 143 (1951).

<sup>99</sup> LIPSKY, Abbott B. Jr. y J. Gregory SIDAK. *Facilidades esenciales*. En: *Ius et Veritas*. Año XIV, No. 27. Lima, diciembre de 2003, págs. 143 y ss.

- (i) Se trata de un recurso indispensable para la realización de determinada actividad, de modo tal que una empresa no puede concurrir en el mercado sin acceso a él.
  - (ii) Su reproducción es, sino imposible, sumamente difícil por razones técnicas y/o económicas.
167. Adicionalmente a las condiciones enunciadas, es inherente al concepto de "facilidad esencial" que el titular de la supuesta facilidad tenga posición de dominio. Esto porque sin posición de dominio no habría base para aplicar al titular de la facilidad las normas de libre competencia y porque, además, es precisamente el control de un recurso esencial lo que le concederá al titular un poder de mercado suficiente para considerar que ostenta posición de dominio.
168. Las facilidades esenciales son generalmente "cuellos de botella", una "vía" por la que necesariamente hay que transitar para poder concurrir en determinado mercado<sup>100</sup>. Son ejemplos claros de facilidades esenciales: la red portadora, en el caso de la telefonía fija; ciertas facilidades portuarias (por ejemplo, el muelle) o aeroportuarias (por ejemplo, la pista de aterrizaje), en el caso de infraestructura de transporte de uso público, etc.
169. En opinión de esta Secretaría Técnica, no necesariamente el bien al cual se solicita acceso debe ser una "facilidad esencial" para que se configure una negativa de trato en los casos de libre competencia. Tal como ha afirmado la Comisión en pronunciamientos anteriores, basta que el recurso sea importante o constituya una ventaja competitiva "relevante"<sup>101</sup>. En este último caso, deberá evaluarse las eficiencias generadas derivadas del uso compartido de un recurso, por contraposición a posibles efectos negativos tales como el desincentivo a la inversión.
170. Como puede apreciarse de lo expuesto hasta aquí, el criterio general en virtud del cual la jurisprudencia norteamericana evalúa una negativa de trato responde a la intención de la empresa investigada de "crear o mantener un monopolio". Sin embargo, este criterio (básicamente, el establecido en la Doctrina Colgate) puede resultar ambiguo<sup>102</sup> toda vez que toda empresa que

<sup>100</sup> LIPSKY, Abbott B. Jr. y J. Gregory SIDAK. Op. Cit., pág. 137.

<sup>101</sup> Así por ejemplo, la Comisión ha señalado que "... la negativa de acceso a una organización indispensable o sustancialmente importante para operar en el mercado podría constituir una barrera a la entrada que lesiona la competencia (potencial) en el mercado. Dicha negativa podría ser considerada como una infracción a las normas de libre competencia, siempre que la misma no tenga justificación de tipo económico o legal" (el subrayado es nuestro). Resolución N° 010-2004-CLC, del 10 de marzo de 2004, pág. 29.

<sup>102</sup> Tal, por ejemplo, es la opinión de Posner, al señalar que "determinada práctica puede ser a la vez exclusiva y eficiente". POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Segunda edición. Chicago University Press, Chicago, 2001, pág. 80. Traducción libre del siguiente texto: "a practice may be at once exclusionary and efficient".



concorre en el mercado tiene por finalidad obtener un monopolio. La esencia misma de la competencia implica que las empresas traten de desplazar a sus competidoras del mercado.

171. En opinión de esta Secretaría Técnica, un criterio en función al cual se debería determinar la legalidad de una negativa de venta (y, en general, de cualquier práctica de abuso de posición de dominio) debería ser el de los medios empleados por la empresa investigada para excluir a sus competidores. Si la negativa de trato encuentra justificación en la generación de mayores eficiencias (reducción de costos, innovación tecnológica, entre otras) será perfectamente lícita a la luz de la normativa de libre competencia.
172. Así por ejemplo, si la empresa "A" se niega a vender el producto "x" a la empresa "B" debido a que, por ejemplo, atender sus demandas involucra mayores costos (supongamos, costos de transporte) la negativa será lícita. Del mismo modo, si la empresa "A" se niega a vender el mismo producto a la empresa "B" debido a que ya tiene su producción comprometida con la empresa "C", tal podría ser también una justificación válida.
173. En un caso bastante ilustrativo, la Corte Suprema estadounidense encontró responsable de violar la *Sherman Act* a una de las empresas que se negó a permanecer en un *joint venture* (conformado por las empresas Aspen Skiing Company y Aspen Highlands Skiing Corporation) por el que se compartían los ingresos derivados de la venta de un pase múltiple (denominado All-Aspen Ticket) en virtud del cual los esquiadores podían utilizar cualquiera de los cuatro complejos para esquiar de ambas empresas<sup>103</sup>. Al resolver la controversia, la Corte consideró que:

*La evidencia apoya la inferencia de que Ski Co. [en referencia a Aspen Skiing Company, la empresa denunciada] no estuvo motivada por razones de eficiencia y que estuvo dispuesta a sacrificar ingresos en el corto plazo y goodwill en beneficio del consumidor a cambio del impacto de largo plazo esperado en su competidor más pequeño<sup>104</sup>.*

(El subrayado es nuestro).

174. En el caso de la Unión Europea, las autoridades de competencia se han limitado a establecer que las empresas con posición de dominio deben tener una "justificación objetiva" para poder negarse a proveer un bien o servicio

<sup>103</sup> *Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation*. 472 U.S. 585 (1985). Cabe precisar que ésta decisión ha sido muy criticada debido a que la Corte no consideró, al evaluar la legalidad de la conducta de la empresa denunciada, las mayores eficiencias que se hubieran podido generar en una situación de mayor competencia entre ambas empresas (es decir, si no colaboran en el All-Aspen Ticket). Ello, sin embargo, no invalida el criterio de interpretación defendido por la Corte norteamericana.

<sup>104</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*Thus the evidence supports an inference that Ski Co. was not motivated by efficiency concerns and that it was willing to sacrifice short-run benefits and consumer goodwill in exchange for a perceived long-run impact on its smaller rival*".

válidamente. Así, en la decisión Polaroid/SSI Europa la Comisión Europea declaró:

*... como principio general es una infracción del artículo 86 que una empresa que tenga una posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada a servir un pedido...*

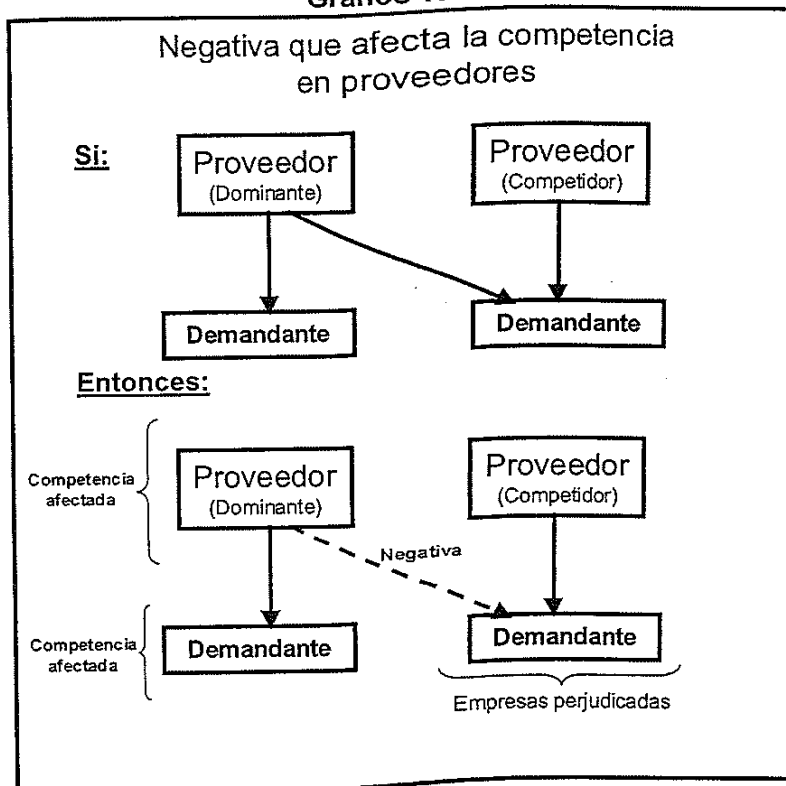
175. Este criterio —al igual que la doctrina Colgate— ha sido criticado debido a su ambigüedad. Así, se ha señalado que “lo que será precisamente una ‘justificación objetiva’ no está claro”<sup>105</sup>. En opinión de esta Secretaría Técnica el criterio que debe primar es el de la eficiencia. En tal sentido, una negativa de trato se considerará justificada si responde a razones de eficiencia productiva, tal como se ha señalado en los ejemplos propuestos en los párrafos anteriores.
176. A continuación se analiza algunas formas en las que podrían presentarse los casos de negativa injustificada de trato:
177. Un primer supuesto se configura cuando la empresa con posición de dominio o dominante en determinado mercado “aguas arriba” se niega a prestar un servicio o vender un producto a una empresa demandante “aguas abajo” a menos que ésta cese de comprar a un competidor de la empresa dominante. Tal actuar de parte de la empresa dominante tiene por objeto proteger su poder monopólico. Estas prácticas son consideradas inherentemente anticompetitivas (ver Gráfico N° 2).

*[Handwritten signature]*

<sup>105</sup> BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. *Derecho de la Competencia en el mercado común*. Civitas, Madrid, 1992, págs. 533 y 534.



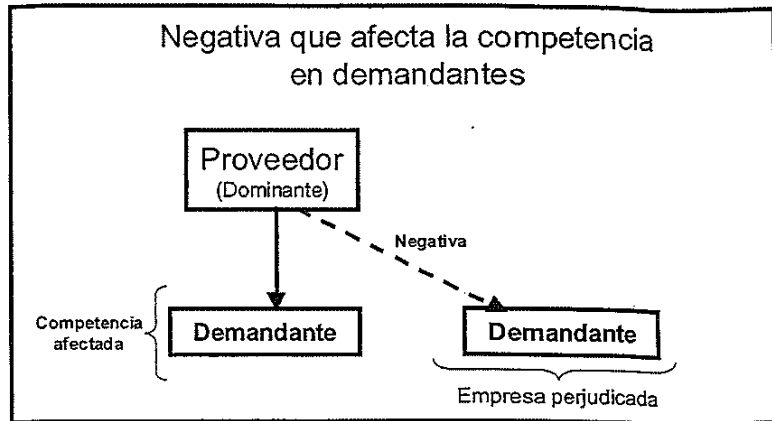
Gráfico N° 2



Elaboración: ST-CLC/INDECOP-I

178. Un segundo supuesto toma forma en aquellos casos en los que la empresa demandante en el mercado "aguas abajo" tiene la necesidad de utilizar un producto o servicio provisto por otra empresa, dominante en el mercado "aguas arriba", con el objeto de continuar compitiendo con ella u otra empresa vinculada a ésta en el mercado "aguas abajo". Si, en dicho supuesto, la empresa dominante en el mercado "aguas arriba" se niega a tratar con la empresa demandante con el fin de restringir la competencia en el mercado "aguas abajo" en el que también participa, la práctica deberá ser declarada ilícita. En tal caso, el objeto del actuar de la empresa dominante es utilizar su posición de dominio en el mercado "aguas arriba" para obtener o mantener su posición de dominio en el mercado "aguas abajo" (ver Gráfico N° 3).

**Gráfico N° 3**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

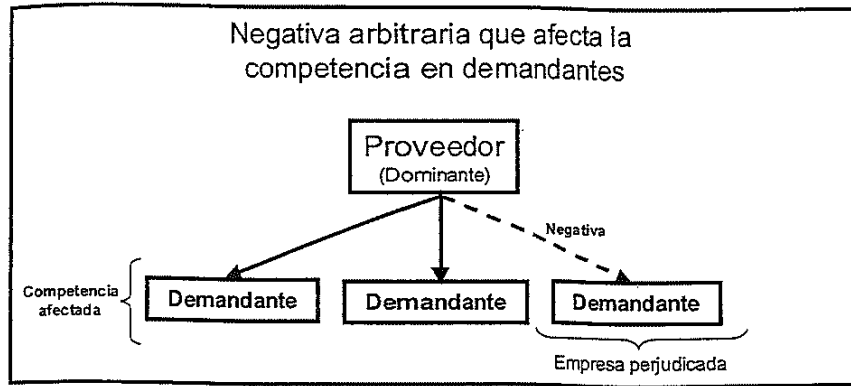
179. Un tercer supuesto se presenta cuando una empresa dominante se niega arbitrariamente (sin motivo aparente) a mantener una relación comercial con una (o varias) empresa demandantes, sin que ello le signifique el preservar o extender su posición de dominio y por ende obtener un beneficio de su accionar (Ver Gráfico N° 4). Ello en principio no se ajustaría plenamente a lo consignado en el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, donde se considera que existe un abuso de posición de dominio, entre otros, cuando la conducta cuestionada se da con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, esto es, que la empresa dominante perciba algún beneficio derivado su acción, y que ella cause perjuicio a la empresa demandante.

*Handwritten signature*



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705025  
 Lloyd's Register Quality Assurance

Gráfico N° 4



Elaboración: ST-CLC/INDECOP

180. En los dos primeros casos se sanciona la conducta cuando no existe una justificación comercial válida para la negativa de trato. Una empresa dominante puede justificar la negativa de trato por razones técnicas o económicas, entre las que se cuentan: calidad de sus productos, plazos, limitación técnica de producción, incumplimientos en el pago, violación a derechos de propiedad intelectual, entre otras.

181. En el caso de las negativas arbitrarias, esta Secretaría Técnica considera que tales conductas podrían ser analizadas por la Comisión siempre y cuando tengan un efecto restrictivo de la competencia. Tal como se ha señalado:

*... si bien las negativas arbitrarias no generan un beneficio para quien se niega a contratar, en algunos casos pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia sin necesidad de que esa haya sido la intención de la empresa dominante<sup>106</sup>.*

182. En anteriores procedimientos, la Comisión ha emitido diversos pronunciamientos respecto a los alcances del literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701. Así por ejemplo, en el procedimiento iniciado por la Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca (ENACO) ante una supuesta negativa injustificada de venta de hoja de coca de esta última, la Comisión analizó la posición de dominio de dicha empresa y determinó que ENACO tenía el monopolio del acopio, la comercialización y la industrialización de la hoja de coca al ser el "Organismo Funcional" encargado de adquirir y tomar posesión de la totalidad de la cosecha de hojas de coca en cumplimiento de tratados internacionales sobre la materia. Se comprobó, además, que ENACO competía con Comercial Holguín en el mercado de comercialización de mate de coca (mercado "aguas abajo") y que se negaba a venderle la

<sup>106</sup> QUINTANA, Eduardo. *Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?* En: *Ius et Veritas*, Año XII, N° 25. Lima, 2002, pág. 387.



coca a dicha empresa, por lo que era factible suponer que ENACO tenía la intención de excluir a su competidor del mercado y extender su monopolio a la comercialización de mate de coca. En consecuencia, la Comisión declaró fundada la denuncia, ya que la negativa no se encontraba justificada por una razón válida.<sup>107</sup>

183. Por otro lado, respecto de la denuncia presentada por Roberto Bergerman Acosta y Walter Barboza Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita, la Comisión determinó que se había negado injustificadamente el acceso al mercado de Santa Anita al producto "Arroz Super Extra Molino del Rey" comercializado por los denunciantes.

El mercado de Santa Anita contaba con posición de dominio, toda vez que a través de él se comercializaba el 50% de la producción nacional de arroz y contaba además con una amplia capacidad de recepción. Abastecía a ciudades de provincia y ofrecía servicios complementarios, como seguridad y agencias bancarias que otros mercados no ofrecían. La Comisión tomó en cuenta que las negativas de ingreso al mercado de Santa Anita ocurrieron con posterioridad a la denuncia presentada ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI por uno de los denunciantes contra un miembro de la Asociación denunciada, debido al uso indebido de la marca "Molino del Rey" que era de propiedad del denunciante. Finalmente, señaló que la negativa restringía la competencia en el mercado de comercialización de arroz en tanto se limitaban las opciones de los consumidores y se excluía a un competidor del mercado relevante.<sup>108</sup>

184. Adicionalmente, en la denuncia presentada por Cab Cable (empresa que prestaba servicios de televisión por cable) contra Electrocentro (empresa de distribución de energía eléctrica), la Comisión determinó que la empresa demandada se había negado injustificadamente a alquilar sus postes de tendido eléctrico para que el denunciante instalara sus cables de transmisión de señales de televisión en la ciudad de Huancayo.

Dicho caso fue tratado como una negativa de trato arbitraria, dado que las empresas no eran competidoras entre sí. En este caso, la Comisión determinó que el mercado relevante era el servicio de alquiler de postes en los distritos donde Cab Cable obtuvo su concesión (la ciudad de Huancayo). De acuerdo a lo anterior, la Comisión definió que Electrocentro S.A. tenía posición de dominio porque el medio alternativo que tenía Cab Cable para transmitir su señal, es decir, utilizando los postes de Telefónica, era limitado, por cuanto la infraestructura de esta última no incluía postes en ciertas zonas en las que Electrocentro sí contaba con ellos. Asimismo, la Comisión concluyó que la negativa era injustificada toda vez que los argumentos expresados por Electrocentro, como son el proceso de privatización de la

<sup>107</sup> Resolución N° 016-94-CLC, de fecha 24 de julio de 1994.

<sup>108</sup> Resolución N° 002-99-CLC, de fecha 19 de marzo de 1999.

empresa, la norma técnica de calidad y el desconocimiento comercial de la empresa Cab Cable, no constituían motivos económicos suficientes para justificar la negativa denunciada.<sup>109</sup>

185. Como consecuencia de todo lo expuesto, para que se configure una negativa injustificada de trato se deberá verificar:

- (i) Que la empresa investigada ostente posición de dominio;
- (ii) Que se compruebe una efectiva negativa en la provisión de un bien o servicio; y,
- (iii) Que dicha negativa no tenga como justificación una mayor eficiencia y tenga como efecto restringir la competencia.

### 3.1.5. Barreras a la entrada.

186. La teoría económica caracteriza a la empresa como un agente maximizador de beneficios económicos<sup>110</sup>. Dicha maximización se da en función al aprovechamiento que haga la empresa de las ventajas que posee o que el entorno le ofrece, y en función a que elimine, disminuya o atenúe las desventajas que posee o que el entorno le impone, tanto las actuales como las futuras. Este actuar de la empresa derivado de ponderar sus ventajas y desventajas, presentes y futuras, es conocido como comportamiento estratégico.

187. El comportamiento estratégico tiene como fin maximizar el beneficio económico presente y futuro, ponderando las pérdidas y ganancias de un periodo respecto de las pérdidas y ganancias de otros; además, orienta las acciones de la empresa para intentar influir el entorno del mercado en el cual se desempeña.

188. El comportamiento estratégico de la empresa respecto de sus competidores se puede dar de forma cooperativa o no cooperativa. La determinación del tipo de relación con sus competidores (cooperativa o no cooperativa) guarda relación directa con los beneficios esperados, presentes y futuros. Así pues, una relación cooperativa se desprende del hecho de que la cooperación acarrea mayores beneficios que el enfrentamiento, y una relación no cooperativa se deriva del hecho de que la competencia disminuye los beneficios descontados (presentes y futuros).

189. Si la mejor opción resulta ser una relación no cooperativa con sus competidores, la empresa realizará acciones que le permitan competir en

<sup>109</sup> Resolución N° 011-00-CLC, de fecha 09 de octubre del 2000.

<sup>110</sup> El beneficio económico es entendido como la diferencia entre el ingreso económico que recibe la empresa y todos los costos en que incurre. VARIAN, Hall. *Análisis Microeconómico*, Editor Antoni Bosch, Barcelona, 1992. Pág. 29

mejores términos o condiciones, lo que en el caso específico de potenciales competidores, la llevará a realizar acciones para prevenir la competencia en su mercado. Una de las formas de prevenir la competencia es el establecimiento de barreras estratégicas a la entrada.

190. Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas a ingresar en un determinado mercado. Las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas; las barreras estructurales no dependen de la acción directa de la empresa establecida<sup>111</sup>, mientras que las barreras estratégicas sí.

### 3.1.5.1. Barreras estratégicas

191. Las barreras estratégicas o de conducta, tienen como objetivo evitar que un nuevo competidor ingrese al mercado. Para ello resulta necesario convencer al posible entrante de que los beneficios producto de su incursión en el mercado serán menores que los esperados, nulos o negativos.

192. Las empresas establecidas pueden llevar a cabo diversas prácticas con el objetivo de influir negativamente sobre los beneficios esperados del o los entrantes. El éxito de dichas prácticas dependerá, entre otros aspectos, de que las amenazas resulten creíbles para la empresa entrante así como de que puedan mantenerse en el tiempo sin que existan prácticas alternativas más convenientes para la empresa establecida. Estas prácticas pueden estar orientadas a la reducción o eliminación de los beneficios esperados de la empresa entrante una vez ya ingresada al mercado, o pueden estar orientadas a elevar los costos de entrada u operación en el mercado.

#### a) Reducción o eliminación de los beneficios esperados

193. Entre las prácticas destinadas a reducir o eliminar el beneficio esperado de la empresa entrante se pueden considerar las que la literatura económica ha definido como<sup>112</sup>:

##### a.1) Precios límite

194. Los precios límite consisten en la fijación de precios por parte de la empresa establecida, a niveles que provocan que los beneficios esperados por parte del entrante sean negativos o nulos si éste considera que la empresa establecida mantendrá sus niveles de producción inalterados luego de su ingreso<sup>113</sup>. Así, la empresa establecida podrá protegerse de la entrada

<sup>111</sup> Las barreras estructurales pueden ser de tipo económico o legal.

<sup>112</sup> Para un desarrollo más exhaustivo de las barreras o comportamientos estratégicos, consultar: VISCUSI, Kip, VERNON, John y HARRINGTON, Joseph. *Economics of Regulations and Antitrust*. MIT Press editions, London, 1998. Capítulo 6.

<sup>113</sup> En la literatura económica esto se conoce como el postulado Bain-Sylos. El entrante cree que en respuesta a su entrada la empresa establecida continuará produciendo al mismo nivel que producía antes del ingreso.



de un potencial entrante, escogiendo un precio lo suficientemente bajo que haga que el beneficio esperado del entrante sea negativo. Existen algunas críticas que se han formulado al modelo de precios límite relacionadas con la dependencia de sus resultados de algunos supuestos que pueden considerarse altamente restrictivos.<sup>114</sup>

195. Sin embargo, durante los últimos años, algunos autores<sup>115</sup> han señalado que el modelo de precios límite puede reflejar situaciones en las que los potenciales entrantes no cuentan con información perfecta acerca de las características de las empresas establecidas.

### a.2) Sobre-inversión en capacidad

196. La sobre-inversión en capacidad puede permitir a las empresas establecidas la utilización del exceso de capacidad como una señal disuasiva frente a la posibilidad de entrada de terceras empresas. En efecto, el exceso de capacidad, en principio, hace posible que ante el ingreso de un competidor al mercado la empresa establecida haga uso de dicha capacidad, reduciendo los beneficios del entrante. Dicha posibilidad de expandir la producción en el corto plazo, tiene el efecto de disuadir la entrada del potencial competidor.<sup>116</sup>

### a.3) Diferenciación de productos

197. Por lo general, las empresas buscan diferenciar sus productos del resto de competidores a través de diversos tipos de estrategias como el mercadeo, desarrollo de productos, la inversión en investigación y desarrollo, entre otras. Dichas estrategias parten del principio de que un mayor grado de diferenciación en sus productos confiere a las empresas un poder de mercado también mayor. Dicho poder de mercado se deriva del hecho que, desde la perspectiva del consumidor, el producto ofrecido cuenta con atributos y características únicas que lo distinguen del resto de bienes y servicios en el mercado y, en esa medida, lo hacen "menos sustituible" por otros.
198. La diferenciación de productos y la marcada preferencia de un consumidor hacia determinados tipos de bienes (su "fidelidad" a

<sup>114</sup> Las principales críticas son las siguientes: i) la estrategia de precios límite sólo podría funcionar cuando existen economías de escala, por lo tanto, la barrera real sería la existencia dichas economías, (ii) el compromiso para mantener el nivel de producción es la barrera decisiva, y (iii) se requiere que la amenaza de mantenimiento del nivel de producción sea creíble. SCHMALENSEE, Richard and WILLING. *Handbook of Industrial Organization*. Robert Editors: North-Holland, 1998, 5th Edition. Capítulo 8.

<sup>115</sup> Por ejemplo: MILGROM, P. y ROBERTS, P. *Limit Pricing and Entry Under Incomplete Information*. *Econometría*, Vol. 50 (2), págs.443 a 466.

<sup>116</sup> DIXIT, A. *The role of investment in entry deterrence*. *Economic Journal*, 90, March 1980, págs. 95 a 106

determinadas marcas), en ciertas industrias, puede hacer más costoso el ingreso de un nuevo producto al mercado.

199. Por otro lado, cuando la diferenciación es vista como una característica estructural del mercado, genera que la entrada sea menos amenazadora para el establecido. La mayor variedad que brinda la nueva empresa expande la demanda del mercado. Más aún, debido a que los productos no son idénticos, la competencia post-entrada será menos intensa. En estos casos, la entrada no ocasiona que los precios se reduzcan significativamente<sup>117</sup>.

200. Adicionalmente, se ha sostenido que la diferenciación de productos puede ser utilizada por las empresas establecidas con la finalidad de agotar o reducir las posibilidades de diferenciación de sus rivales, estrategia conocida como la proliferación de marcas<sup>118</sup>.

201. Finalmente, los gastos en los que la empresa incurre para diferenciar sus productos del resto pueden ser considerados costos hundidos, en la medida que a través de dichos gastos se impone a los potenciales entrantes, que deseen alcanzar niveles de diferenciación comparables a los del producto ofrecido por la empresa establecida, la necesidad de realizar inversiones de similar magnitud. Por ello, un indicador de la diferenciación de productos puede ser la existencia de marcas reconocidas por los consumidores y/o niveles de publicidad elevados<sup>119</sup>.

#### a.4) Subsidios cruzados

202. Con la finalidad de lesionar los beneficios esperados de la empresa entrante, la empresa establecida que opera en dos mercados diferentes realiza el subsidio del producto con el cual la empresa entrante desea competir.

203. Esta estrategia resulta creíble en la medida que el margen dejado de percibir en el mercado del producto subsidiado se compense con lo ganado en los otros mercados, y que los beneficios descontados del conjunto de acciones de subsidiar sea mayor que el beneficio de dejar entrar y competir.

<sup>117</sup> En efecto, en mercados con productos diferenciados, los productores tienen cierto poder de mercado sobre los consumidores en tanto que cuentan con la posibilidad de incrementar sus precios sin que esto ocasione necesariamente una reducción significativa en la demanda, ya que ciertos consumidores continuarán consumiendo el producto a pesar de las diferencias de precios existentes con productos similares. En tal sentido, al ser diferenciados, los productos son vistos por el consumidor como sustitutos imperfectos con lo que la amenaza de entrada o la entrada en sí misma no disciplina necesariamente a las empresas establecidas.

<sup>118</sup> VISCUSI y otros, Op. cit. Capítulo 6.

<sup>119</sup> SUTTON, John. *Sunk costs and market structure: price competition, advertising, and the evolution of concentration*. Massachusetts Institute of Technology, 1991. Capítulo 3.



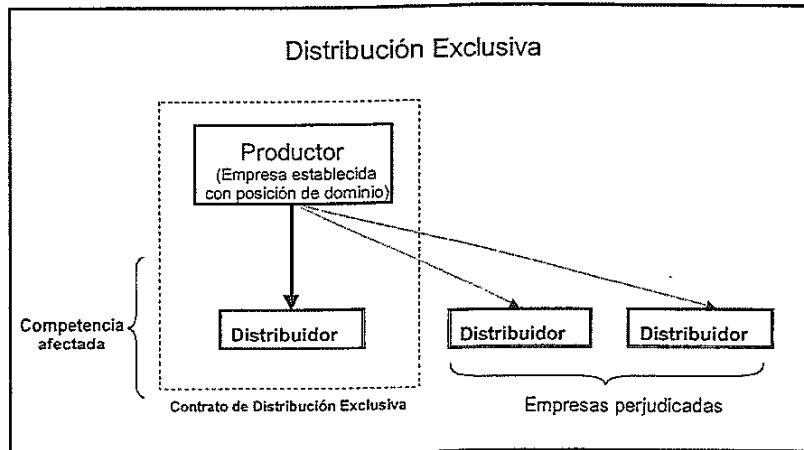
**a.5) Integración y restricciones verticales**

204. La integración vertical o las restricciones verticales por parte de las empresas establecidas pueden dificultar la entrada de competidores al mercado, toda vez que condicionan a la empresa entrante a realizar mayores esfuerzos de coordinación con los mercados aguas arriba o aguas abajo.

205. Dentro de las diversas relaciones entre agentes de distintos niveles de la cadena de comercialización, se encuentran los relacionados a la distribución exclusiva y a la compra exclusiva.

206. La distribución exclusiva es realizada entre una empresa aguas arriba que tiene posición de dominio, y un distribuidor que compite con otros en su mercado aguas abajo. El contrato de distribución exclusiva implica que el productor únicamente proveerá al distribuidor elegido, para que luego éste a su vez traslade los productos al siguiente eslabón de la cadena de comercialización; el resultado de ello es que la empresa dominante traslade su posición de dominio al distribuidor elegido aguas abajo y ponga en desventaja a los competidores del mismo, lesionando con ello la competencia en el mercado del distribuidor<sup>120</sup>. Por lo tanto, un potencial entrante (en el mercado aguas abajo) se verá obligado a acceder a fuentes de aprovisionamiento alternativas o, en el extremo, desarrollar su propia línea de producción de insumos. En tal sentido, la integración o restricción vertical podría ser un mecanismo utilizado para excluir a competidores del mercado (ver Gráfico N° 5)

**Gráfico N° 5**

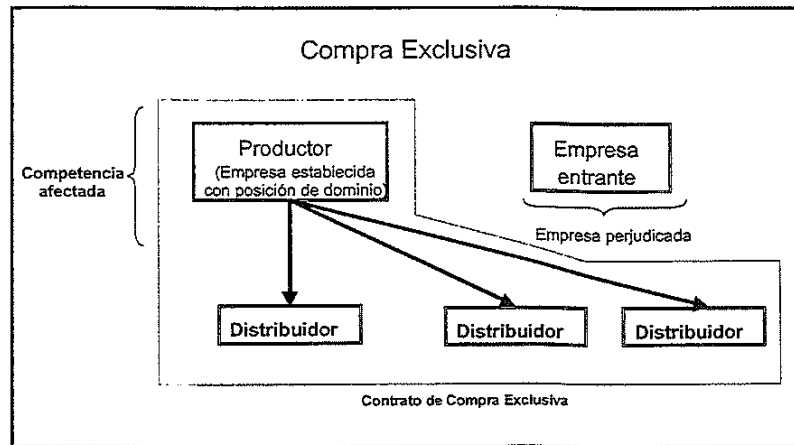


Elaboración: ST-CLC/INDECOP

<sup>120</sup> Este mecanismo se conoce en la literatura económica como la teoría del *market foreclosure* o exclusión del mercado.

207. De otro lado, la compra exclusiva se da cuando una empresa establecida puede decidir controlar a todos o gran parte de los distribuidores del producto a través de la suscripción de contratos de compra exclusiva, obligando a los potenciales entrantes o incluso a otras empresas ya establecidas a incurrir en gastos asociados a la creación de redes de distribución paralelas. En tal sentido, dicho comportamiento podría constituirse en una barrera a la entrada si incrementa injustificadamente el nivel de los costos hundidos requeridos o los requerimientos de capital necesarios para acceder al mercado (ver Gráfico N° 6).

Gráfico N° 6



Elaboración: ST-CLC/INDECOP

208. Ambos contratos serán ilegales en tanto sean establecidos por una empresa que cuenta con posición de dominio, no tengan una justificación comercial válida, tengan carácter exclusivo respecto de los competidores (actuales o potenciales) en el mercado aguas arriba y sus efectos negativos sean superiores a sus efectos positivos sobre la competencia y el mercado.
209. Si bien en ambos casos se establece una rigidez a la relación comercial entre agentes de la cadena de comercialización, el potencial efecto anticompetitivo se percibe en mercados distintos. Los acuerdos de distribución exclusiva podrían limitar la competencia aguas abajo, esto es, el efecto exclusivo se siente entre los agentes que distribuyen el producto, mientras que los acuerdos de compra exclusiva podrían limitar la competencia aguas arriba, esto es, el efecto exclusivo se evidencia entre los productores.

**b) Incremento de los costos de entrada u operación**

210. Entre las prácticas destinadas a incrementar el costo de ingreso y operación en el mercado, se pueden mencionar:



**b.1) Elevación de costos de cambio de producto (*switching costs*)**

211. En el caso de productos que requieren guardar compatibilidad con determinados estándares, una empresa dominante establecida puede hacer más costosa la sustitución de productos por parte de sus competidores, modificando dichos estándares de forma tal que sus competidores no puedan adecuar a costos bajos su tecnología a dichos cambios.
212. Un ejemplo de ello lo pueden constituir los programas de computación, donde la empresa dominante puede variar periódicamente compatibilidad de sus productos, ocasionando que sus potenciales competidores incurran en sobrecostos al intentar competir en algún segmento de dicho mercado; además, desalienta la sustitución por parte de los usuarios que muchas veces buscan programas que se compatibles con otros.

**b.2) Incremento del costo de los medios de producción y comercialización**

213. Una empresa que utiliza una tecnología de producción diferente a la de sus rivales, puede tener capacidad para elevar el costo de un insumo para todas las empresas en la industria. Por ejemplo, una empresa intensiva en capital puede elevar artificialmente sus salarios de tal forma que cause incrementos generales de las remuneraciones con el objetivo de que dicho incremento afecte en mayor magnitud a empresas competidoras intensivas en mano de obra.

**b.3) Gestión de intereses para establecer reglamentos**

214. A través de la gestión de intereses (*lobby*), la empresa establecida busca que la autoridad reglamente o regule los procesos requeridos para el desarrollo de la actividad comercial, de forma tal, que éstos guarden similitud con los utilizados por ella (la empresa establecida); lo que puede incrementar el costo de operación de la empresa entrante si ésta ya hubiera invertido en el establecimiento o conocimiento de procesos distintos al de la empresa establecida, o también a través del incremento del costo de búsqueda por la posible reducción en el número de proveedores.

**b.4) Acumulación de patentes**

215. La adquisición de patentes tanto de procesos como de productos constituye una forma de impedir o desalentar el ingreso de nuevos competidores. La idea detrás de adjudicarse una patente por parte de la empresa establecida es restringir el uso o elaboración de determinados productos o procesos, con lo cual se restringen las posibilidades de ingreso al mercado.

**b.5) Costo de litigar**

216. La amenaza por parte de la empresa establecida de litigar con la empresa entrante respecto a diversos aspectos relacionados a la operación

60/129



Certificación de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

u establecimiento de ésta, eleva los costos de ingreso al mercado. La participación en procesos de litigios requiere de la utilización de recursos, lo cual incrementa los costos de entrada u operación, además también influye en los beneficios esperados, toda vez que es imposible conocer previamente el resultado del litigio; todo esto restringe y condiciona la decisión de ingreso al mercado.

#### b.6) Negativa de trato para el acceso a un insumo fundamental

217. Un insumo fundamental es aquel que resulta necesario para la operación en el mercado de la empresa que lo utiliza, con lo que, la carencia de este insumo, en el caso particular de un potencial entrante, impide el desarrollo futuro de su objeto social.
218. Dentro del proceso productivo, las empresas requieren de diversos insumos para llevar a cabo su objeto social, algunos de ellos fundamentales, sin los cuales no sería posible llevar a cabo el proceso productivo, y otros adicionales, que sirven para caracterizar su producto. La ausencia de un insumo fundamental impide a una empresa llevar a cabo su proceso productivo y con ello limita su desarrollo comercial.
219. Por lo tanto, en el caso de un potencial entrante, una negativa de trato que le impida acceder a un insumo fundamental para desarrollar su proceso productivo, se constituye en una barrera a la entrada al mercado.

### 3.2. El origen de la probable infracción

#### 3.2.1. Un potencial operador

220. En julio de 1999 el Estado peruano entregó a Fetrans en concesión el mantenimiento, rehabilitación y explotación de la infraestructura y el equipo ferroviario del FSO (ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica) así como el derecho para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria y la prestación de servicios de transporte ferroviario<sup>121</sup> y de servicios complementarios<sup>122</sup> en el área matriz. El Contrato de Concesión entró en vigencia el 20 de setiembre de 1999 (fecha de cierre<sup>123</sup>).

<sup>121</sup> Según lo establecido en la cláusula 6.3 del Contrato de Concesión, el Concesionario puede prestar servicios de transporte ferroviario con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga no requiriendo de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el Concedente. En tal sentido, el Concesionario puede desarrollar las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, mantenimiento de material tractivo y/o rodante, operaciones vinculadas con la señalización, telecomunicaciones, entre otras, que sean posibles desarrollar para la explotación de servicios de transporte ferroviario.

<sup>122</sup> Según lo establecido en la cláusula 6.4. del Contrato de Concesión, se entiende como servicios complementarios todas aquellas actividades económicas que sean posibles de desarrollarse, siempre que no afecten el desarrollo de los servicios de transporte ferroviario.

<sup>123</sup> La Fecha de Cierre es el día y la hora que serán fijados y comunicados por el Comité Especial en el que, luego de que se cumplan todas y cada una de las condiciones exigidas por las Bases, el Concedente aceptará la oferta presentada por el adjudicatario, suscribirá el Contrato de Concesión  
61/129



221. En su condición de Concesionario, Fetrans tiene, entre otros, los siguientes derechos:

- (i) Explotar los bienes de la concesión mediante el cobro de tarifas por el uso de la vía férrea y de rentas del alquiler por el uso del material tractivo y rodante.
- (ii) Prestar servicios de transporte ferroviario (operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, entre otros<sup>124</sup>), con excepción del transporte de pasajeros y/o carga, no requiriendo para tal efecto de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el concedente.
- (iii) Explotar servicios complementarios, como hospedaje y comercio dentro de la vía matriz (en un ámbito de 50 Km. por cada lado de la vía).

222. Si bien el Contrato de Concesión prohíbe a Fetrans, como empresa que administra la infraestructura ferroviaria, participar directamente como operador de trenes de carga y pasajeros, dicho contrato administrativo permite —y obliga— al concesionario a participar de manera excepcional e indirecta a través de una empresa vinculada, en las actividades de operación de ferrocarriles, con el propósito de asegurar la continuidad de los servicios.<sup>125</sup>

223. Así, con el objeto de asegurar la continuidad en la prestación del servicio de transporte ferroviario en el FSO, [ ]<sup>126</sup> Fetrans

y entregará al Concesionario un ejemplar, todo bajo certificación notarial. Es a partir de dicho momento en el que el Contrato de Concesión entrará en vigencia y el Concesionario adquirirá la condición de tal. (Ver: cláusula 1 del Contrato de Concesión – Definiciones y Reglas de Interpretación)

<sup>124</sup> En el Contrato de Concesión se entiende por servicios de transporte ferroviario no sólo al servicio de transporte de carga y pasajeros sino también a los servicios estrechamente vinculados a éste último, como es el caso del servicio de embarque y desembarque, carga y descarga, entre otros.

<sup>125</sup> Con relación a las definiciones y reglas de interpretación, en la Cláusula Primera del Contrato de Concesión se entiende por Operador de Servicios de Transporte Ferroviario a 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. Asimismo, se establece que, de acuerdo a lo previsto en la Circular N° 17, en la Fecha de Cierre, el Concesionario deberá contratar con una persona jurídica que actúe como operador de servicios de transporte ferroviario.

<sup>126</sup> [

] –Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.



suscribió con su empresa vinculada (Perurail)<sup>127</sup> un Contrato de Arrendamiento del material tractivo y rodante por un período de diez (10) años. Este contrato se caracteriza por lo siguiente:

(i) [ ]<sup>128</sup> [ ]

(ii) [ ]<sup>129</sup>

(iii) [ ]<sup>130</sup>

<sup>127</sup> Ver: Informe N° 027-03-GRE-OSITRAN de mayo de 2003 expedido por la Gerencia de Regulación del Ositran.

<sup>128</sup> [ ] -Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>129</sup> Se detallan a continuación:

TARIFA [ ]	Dólares
[ ]	[ ]
[ ]	[ ]
[ ]	[ ]
[ ]	[ ]

Política de aplicación de tarifas en función al [ ]:

[ ]	[ ]	[ ]
[ ]	[ ]	[ ]
[ ]	[ ]	[ ]

Nota: Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada

<sup>130</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada





224. El numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión prescribe lo siguiente:

**7.6 Equidad en Servicios:** *el concesionario no podrá discriminar entre los operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las leyes aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la Libre Competencia o el libre acceso a la línea férrea. Las partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este contrato, facultando al concedente a aplicar lo previsto en la cláusula vigésima de este contrato.*

Además de las personas *directamente* legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN, están legitimados para iniciar ante INDECOPI, en caso consideren que el concesionario está infringiendo la regulación legal de la Libre Competencia en el desarrollo de sus actividades.

Como puede verse, si bien el Contrato de Concesión permite de manera excepcional que Fetrans otorgue en arrendamiento a una empresa vinculada el material tractivo y rodante para prestar servicios de transporte ferroviario, dicho contrato administrativo también establece que dada su condición de Concesionario no puede discriminar entre operadores de servicios ferroviarios que soliciten sus servicios, pues ello podría configurar una infracción a las normas de defensa de la libre competencia, cuya tutela compete a la Comisión.

225. Conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo 027-99-MTC<sup>131</sup>, para que una empresa obtenga el respectivo permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros, debe presentar lo siguiente:

- (i) Copia del Registro Único de Contribuyente.
- (ii) Copia simple de la escritura pública de constitución y de los estatutos vigentes de la persona jurídica, debidamente inscritos en los Registros Públicos. Los estatutos deberán contemplar de manera expresa que el objeto social del solicitante consiste en la prestación de servicios de transporte ferroviarios de carga y/o de pasajeros.
- (iii) Declaración jurada en la que se señale expresamente la denominación o razón social y domicilio del solicitante así como el

<sup>131</sup> Aprueban Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento de permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario, publicado el 13 de julio de 1999.



nombre y domicilio de su representante legal. Asimismo, deberá indicarse la naturaleza y objeto de la(s) operación(es) a realizar.

- (iv) Copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en la prestación de servicios ferroviarios de carga y/o de pasajeros, según el tipo de permiso solicitado. A efectos de cumplir con este requisito, el solicitante podrá presentar la información de cualquiera de sus empresas matrices o subsidiarias.
- (v) Copia de la proforma de cobertura emitida por una compañía de seguros, la que deberá tener un plazo de vigencia equivalente al periodo de duración del permiso de operación.

226. En el presente caso, Fersimsac habría cumplido con presentar la información detallada en el numeral anterior, toda vez que mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002 el MTC le otorgó el respectivo permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros en la vía del FSO (ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica) por el periodo de un año.

No obstante, en el resuelve segundo de dicha resolución el MTC dispuso que Fersimsac tenía que presentar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de otorgado el Permiso de Operación, copia de las pólizas de seguros emitidas en el país<sup>132</sup> y copia del contrato vigente de derecho de acceso a la línea férrea suscrito con el concesionario Fetrans.

Sobre el particular, el artículo 13 del Decreto Supremo 027-99-MTC señala de manera expresa que la obtención del permiso de operaciones no faculta a su titular a prestar servicios de transporte de carga y pasajeros en las vías férreas de propiedad del Estado, en tanto no cumpla con informar al MTC y al Ositrán que ha celebrado y mantiene vigente un contrato de derecho de acceso a la vía férrea con el concesionario operador de la infraestructura ferroviaria respectiva.

227. Es así que mediante Carta N° GG/GG-010-FC. Santuario-2003 del 17 de enero de 2003 Fersimsac solicitó a Fetrans el alquiler de material tractivo y rodante y el acceso a las estaciones ferroviarias de esta empresa con la finalidad de operar<sup>133</sup> en la ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica<sup>134</sup>, tal como se detalla a continuación:

<sup>132</sup> Para cobertura de daños y perjuicios a terceros y contra riesgo de destrucción parcial de la infraestructura ferroviaria y, adicionalmente, pólizas por cobertura de daños a pasajeros que incluye invalidez o muerte.

<sup>133</sup> Es decir, prestar el servicio de transporte ferroviario.

<sup>134</sup> Ver: Anexo 2 del presente informe para el detalle de lo solicitado por Fersimsac.



Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, a fin de oficializar el requerimiento (adjunto al presente) del parque tractivo y rodante y estaciones ferroviarias para nuestra operación; en calidad de alquiler para operar entre Cusco - Machupicchu - Hidroeléctrica...

228. Posteriormente, según se desprende de la Resolución de Consejo Directivo 003-2003-CD/OSITRAN del 19 de marzo de 2003<sup>135</sup>, mediante Carta N° GG/GG-011-FC.Santuario del 24 de enero de 2003 Fersimsac solicitó formalmente a Fetrans la suscripción de un contrato de derecho de acceso a la línea férrea del FSO (ruta Cusco - Machupicchu - Hidroeléctrica).

229. En atención a ello, mediante Carta N° 013-GL/FETRANS 2003 del 24 de enero de 2003 Fetrans contestó a Fersimsac que no poseía material tractivo y rodante disponible, toda vez que este material (otorgado en virtud del Contrato de Concesión) había sido arrendado en su integridad a su empresa vinculada Perurail. Así, Fetrans señaló expresamente lo siguiente:

*...Queremos informales que no tenemos dicho material tractivo y rodante disponible. Todo el material tractivo y rodante proporcionado al Concesionario según los términos del Contrato de Concesión ha sido arrendado a PeruRail S.A. de acuerdo a los términos y condiciones del Contrato de Arrendamiento, que fuera oportunamente presentado al OSITRAN...*

Adicionalmente, Fetrans manifestó que había tomado conocimiento que el Permiso de Operación otorgado a Fersimsac estaba condicionado a la presentación de las respectivas pólizas de seguros, motivo por el cual remitió a Fersimsac un borrador del contrato de derecho de acceso a la línea férrea<sup>136</sup>, solicitándole la presentación de la siguiente documentación:

- (i) Copia de las pólizas de seguro por daños a terceros.
- (ii) Cobertura contra riesgo de destrucción parcial de la infraestructura ferroviaria.
- (iii) Cobertura por daños a personas para el servicio de pasajeros.
- (iv) Evidencia de su estructura financiera y de la de sus accionistas.
- (v) La capacidad de proporcionar garantías financieras.
- (vi) El detalle de los empleados, en especial de aquellos que serán responsables de la seguridad, mantenimiento y operación.
- (vii) El detalle del material tractivo y rodante que proponen utilizar.

<sup>135</sup> Resolución mediante la cual el Consejo Directivo del Ositran dictó un mandato de acceso temporal a favor de Fersimsac respecto de la vía ferroviaria dada en concesión a Fetrans.

<sup>136</sup> El que habría sido presentado a Ositran en lo referente a otros operadores.



230. De acuerdo al Contrato de Concesión, el operador de la línea o infraestructura férrea sólo puede impedir el ingreso de un operador de servicios de transporte ferroviario en caso de que<sup>137</sup>:

- (i) No cuente con el respectivo permiso de operación vigente extendido por el MTC; o,
- (ii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las leyes aplicables; o<sup>138</sup>,
- (iii) Exista un impedimento técnico u operativo al no mantener en buen estado su material tractivo o rodante o sus instalaciones, de modo que no sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos establecidos en el Contrato de Concesión. Ello de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7 de la cláusula séptima del contrato (condiciones del servicio de transporte ferroviario).

231. Mediante Carta N° GG/GG-016-FC.Santuario-2003 del 12 de febrero de 2003 Fersimsac contestó lo solicitado por Fetrans mediante Carta N° 013-GL/FETRANS-2003 del 24 de enero de 2003<sup>139</sup>, indicando:

- (i) Que cumplió con remitir al MTC las pólizas de seguros exigidas.
- (ii) Que las evidencias económicas solicitadas se encuentran en las referidas pólizas de seguros.
- (iii) Que adjuntaba un borrador del "Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea" a efectos de que Fetrans lo revise y señale día y hora para su firma.

Adicionalmente, en dicha comunicación Fersimsac adjuntó la relación de sus empleados, las frecuencias e itinerarios solicitados y la descripción del

<sup>137</sup> Ver: Numeral 12.2 de la Cláusula Decimasegunda del Contrato de Concesión: Obligaciones del Concesionario.

<sup>138</sup> Las coberturas mínimas para el seguro contra daños y perjuicios así como daños a terceros para los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros y de carga, se encuentran estipulados en la Cláusula Vigesimaprimer a y en el Anexo N°10 del Contrato de Concesión.

<sup>139</sup> En dicha comunicación Fetrans señaló que:

- Estaban esperando recibir copia de las pólizas de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Supremo 027-99-MTC.
- Era necesario que presenten evidencias de su estructura financiera, de sus accionistas, de su capacidad de proporcionar ciertas garantías financieras que respalden las obligaciones establecidas en el Contrato de Acceso a la vía y de sus empleados.
- No existía material tractivo y rodante disponible, pues todo el que recibió en concesión ha sido arrendado a Perurail.
- El material tractivo y rodante que obtengan deberá ajustarse a los estándares exigidos en el Contrato de Concesión.



material tractivo y rodante que pensaba utilizar para el desarrollo de sus actividades.

232. En respuesta a lo anterior, mediante Carta N° 33-GL-2003/FETRANS del 24 de febrero de 2003 Fetrans comunicó a Fersimsac que era necesario que proporcione mayor detalle sobre los servicios que iba a prestar, los horarios y frecuencias en que serían prestados y su capacidad financiera para asumir la garantía a favor del concesionario de la vía férrea (Fetrans); asimismo, manifestó la necesidad de realizar una inspección técnica del material tractivo y rodante que sería operado.
233. Considerando el plazo originalmente otorgado por el MTC para absolver los requerimientos antes mencionados y lo dilatado de las negociaciones con Fetrans, mediante Carta GG/GG-017-FC-Santuario-2003 del 17 de febrero de 2002 Fersimsac solicitó a la Dirección de Caminos y Ferrocarriles del MTC una ampliación del plazo, pues aún no había logrado suscribir un contrato de derecho de acceso a la línea férrea con Fetrans.
234. Mediante Resolución Directoral N° 016-2003-MTC/14 del 25 de febrero de 2003 el MTC atendió el pedido formulado por Fersimsac, resolviendo otorgar a esta empresa una prórroga de treinta (30) días adicionales para cumplir con lo requerido mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14.<sup>140</sup>
235. Mediante Carta N° 042-GL-2003/FETRANS del 4 de marzo 2004<sup>141</sup> Fetrans manifestó a Fersimsac que la suscripción del contrato de derecho de acceso a la línea férrea estaba supeditada a la subsanación de las observaciones que le efectuara mediante Carta N° 33-GL-2003/FETRANS del 24 de febrero de 2003<sup>142</sup>, siendo ello de su entera responsabilidad.

<sup>140</sup> La ampliación del plazo se fundamentó en el Informe Técnico N° 007-2003-MTC/14.05.FGF y en el Informe Legal N° 004-2003-MTC/14.05-JFCCH, ambos del 20 de febrero de 2003 expedidos por la Dirección de Fiscalización Vial del MTC.

<sup>141</sup> Esta comunicación daría respuesta a la Carta N° GG/GG-020-FC.Santuario-2003 del 28 de febrero de 2003.

<sup>142</sup> En dicha misiva, Fetrans señaló:

- Respecto del material tractivo y rodante, es necesario que se presente información de su procedencia y los informes técnicos que sustenten que el material a utilizar cumple con los estándares exigidos.
- Que se coordine fecha y lugar para que los técnicos de Fetrans puedan hacer efectiva la inspección del material.
- Es necesario que la información de horarios y frecuencias remitidos cuente con el detalle de los servicios a prestar 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.
- 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 027-99-MTC es el de presentar el detalle de la tripulación.
- Las pólizas de seguros están siendo evaluadas por el Broker de Fetrans.
- Es necesario que demuestren la capacidad financiera para asumir las garantías en favor de Fetrans.



236. Debido al entrapamiento de las negociaciones con Fetrans, mediante Carta N° GG/GG-025-FC.Santuario-2003 del 10 de marzo 2003 Fersimsac solicitó al Consejo Directivo del Ositran que dicte un mandato de acceso temporal de acuerdo a lo previsto en el artículo 63 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público<sup>143</sup> (en adelante, RMAITUP), argumentando que dicho mandato le permitiría cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 13 del Decreto Supremo 027-99-MTC<sup>144</sup> y, en consecuencia, continuar con los trámites necesarios para la prestación efectiva del servicio de transporte ferroviario.

237. Atendiendo al pedido de Fersimsac, mediante Resolución N° 003-2003-CD/OSITRAN del 24 de marzo de 2003 el Consejo Directivo del Ositran resolvió dictar un Mandato de Acceso Temporal por un periodo de seis (6) meses, con la finalidad de que dicha empresa continúe los trámites correspondientes para la prestación efectiva del servicio.

238. Posteriormente, mediante Resolución Directoral N° 034-2003-MTC/14 del 8 de mayo de 2003<sup>145</sup>, el MTC resolvió ampliar el plazo hasta el 30 de junio de 2003 a efectos de que Fersimsac cumpla con lo requerido mediante las Resoluciones Directorales números 009-2002-MTC/14 y 016-2003-MTC/14.

239. Mediante Carta N° 146-GL-2003/FETRANS del 10 de julio de 2003 Fetrans comunicó a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC que, a dicha fecha, Fersimsac no había prestado el servicio de transporte ferroviario de pasajeros o carga, pese a que habían transcurrido

<sup>143</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado por Resolución del Consejo Directivo 034-2001-CD-OSITRAN, publicada el 31 de diciembre de 2001.

<sup>144</sup> Decreto Supremo 027-99-MTC.-

**Artículo 13.- Otros requisitos para prestar el servicio de transporte.-**

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 con informar a la Dirección General de Circulación Terrestre y al Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – 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 contrato con el MTC. El Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea será considerado como uno de "Doy para que des" y podrá incluir la prestación de otros servicios o derechos por parte del concesionario a favor del respectivo operador ferroviario.
- 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 presente Decreto Supremo.

La información a que aluden los incisos b), c) y d) precedentes, también deberá ser puesta en conocimiento del concesionario que haya suscrito contrato con el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

<sup>145</sup> Esta resolución fue expedida sobre la base del contenido de los Informes números 019-2003-MTC/14.05.FGF y 024-2003-MTC/14.05-JFCCH del 24 de abril de 2003 del MTC.

más de seis (6) meses desde que fuera notificada con la Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 por medio de la cual se le otorgó el Permiso de Operaciones para prestar el mencionado servicio. Por lo tanto, a criterio de Fetrams, Fersimsac se encontraba dentro de los alcances de la causal de caducidad prevista en el literal c) del artículo 10 del Decreto Supremo 027-99-MTC<sup>146</sup>, norma que regula los procedimientos para el otorgamiento de permisos de operaciones del servicio de transporte ferroviario.

240. Mediante Carta GG/GG-063-FC.Santuario 2003 del 20 de junio de 2003 Fersimsac dio respuesta al Oficio N° 435-2003-MTC/14 por medio del cual el MTC le requirió la presentación del contrato de acceso a la línea férrea suscrito con Fetrams o el mandato de acceso definitivo expedido por Ositran. Al respecto, Fersimsac manifestó que:

(i) El Mandato de Acceso Temporal otorgado por el Consejo Directivo de Ositran mediante Resolución N° 003-2003-CD/OSITRAN del 19 de marzo de 2003, confirmada mediante Resolución N° 004-2003-CD-OSITRAN del 23 abril de 2003, es título suficiente para dar cumplimiento a la exigencia contenida en el literal a) del artículo 13 del Decreto Supremo 027-99-MTC<sup>147</sup> y, por lo tanto, sustituye al contrato de derecho de acceso a la línea férrea.

(ii) El artículo 18 del RMAITUP señala que las condiciones y cargos de un contrato de acceso pueden ser establecidos por tres vías: (i) negociación entre la entidad prestadora y el usuario intermedio, (ii) subasta y (iii) mandato de acceso. Por lo tanto, al no establecerse una diferencia entre un mandato de acceso definitivo y uno de acceso temporal, no habría razón para distinguir donde la ley no distingue. Asimismo, señaló que

<sup>146</sup> Decreto Supremo 027-99-MTC.-

**Artículo 10.- Caducidad de Permiso de Operaciones:**

El Permiso de Operaciones quedara sin efecto, quedando el titular impedido de prestar servicios de carga y/o de pasajeros en las vías férreas de propiedad del Estado, en los siguientes supuestos:

(...)

c) En caso de no prestar servicios de transporte de pasajeros y/o de carga por un plazo mayor de seis (6) meses.

(...)

<sup>147</sup> Decreto Supremo 027-99-MTC.-

**Artículo 13.- Otros requisitos para prestar el servicio de transporte.-**

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 con informar a la Dirección General de Circulación Terrestre y al Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – 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 contrato con el MTC. El Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea será considerado como uno de "Doy para que des" y podrá incluir la prestación de otros servicios o derechos por parte del concesionario a favor del respectivo operador ferroviario.

(...)

mediante Resolución N° 004-2003-CD/OSITRAN el Consejo Directivo de Ositran reconoció expresamente que el mandato de acceso temporal sustituía la suscripción del contrato de acceso a la línea férrea<sup>148</sup>, por lo que con ello se daba cumplimiento al requisito contenido en el literal a) del artículo 13 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

- (iii) La principal razón por la que Fersimsac no había iniciado sus operaciones era por la omisión de Fetrans en definir las frecuencias de operación de la empresa solicitante, a pesar de que esta última había cumplido con alcanzar el cuadro detallado de los horarios propuestos.
- (iv) Solicitaba una ampliación del plazo contenido en el segundo artículo resolutivo de la Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 por un período de seis (6) meses adicionales, a fin de poder cumplir con presentar el mandato definitivo.

241. Mediante Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14<sup>149</sup> del 14 de julio de 2003 el MTC resolvió declarar la caducidad del permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros otorgado a Fersimsac, por la causal prevista en el literal c) del artículo 10 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

242. Con escrito del 17 de julio de 2003 Fersimsac interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14, sobre la base de los argumentos presentados en su Carta GG/GG-063-FC.Santuario 2003 del 20 de junio de 2003.

243. Finalmente, mediante Resolución Vice Ministerial N° 275-2003-MTC/02 del 26 de agosto de 2003 el MTC declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por Fersimsac, agotando así la vía administrativa.

### 3.3. El probable abuso de posición de dominio

#### 3.3.1. Análisis de los hechos

244. A fines del año 2002 Fersimsac inició los procedimientos correspondientes para prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO, debiendo cumplir para ello con los requisitos establecidos en la normatividad del sector.

<sup>148</sup> Fersimsac indicó que en el numeral 5 del acápite C.2.2 de la Resolución N° 004-2003-CD/OSITRAN, relativo a las condiciones para el dictado del mandato de acceso temporal, Ositran manifestó que: "... 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".

<sup>149</sup> Este pronunciamiento se basó en el Informe N° 044-2003-MTC/14.05.JFCCH del 14 de julio de 2003 de la Dirección de Fiscalización Vial del MTC.



245. Sobre el particular, a efectos de prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO se requiere contar, entre otros, con los siguientes requisitos: (i) el permiso de operaciones correspondiente, (ii) la suscripción del contrato de acceso a la línea férrea con la empresa concesionaria, (iii) estaciones de embarque y desembarque o carga y descarga (según se trate de transporte de pasajeros o de carga) y (iv) material tractivo y rodante.

246. El acceso a bienes y servicios necesarios para la prestación efectiva del servicio de transporte ferroviario en el FSO puede ser clasificado de la siguiente manera:

- (i) El acceso a bienes, servicios o infraestructura de transporte de uso público conforme a lo establecido en el Decreto Supremo 027-99-MTC (norma que regula los procedimientos para el otorgamiento de permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario), el RMAITUP y el Contrato de Concesión; dispositivos jurídicos que, según el caso, se encuentran bajo el ámbito de competencia del MTC o del Ositrán.
- (ii) El acceso a bienes y servicios prestados en competencia bajo el principio de equidad.

247. Conforme a lo anterior, el acceso al mercado que se encuentra especialmente regulado es:

- (i) El permiso de operaciones para prestar el servicio de transporte de carga y/o pasajeros, establecido en el Decreto Supremo 027-99-MTC, cuya expedición corresponde al MTC.
- (ii) El acceso a la línea férrea, regulado en el RMAITUP y bajo la supervisión del Ositrán.
- (iii) El horario de uso de la línea férrea, normado en el Contrato de Concesión y bajo la supervisión del Ositrán.

Cualquier controversia relacionada con los tres temas antes mencionados no se encuentra bajo el ámbito de competencia de la Comisión, pues, o se trata del ejercicio de funciones administrativas, o siendo actividad económica, se encuentra bajo la esfera de competencias de un organismo regulador. En consecuencia, dichos temas no son materia de análisis en el presente informe.

248. Cosa distinta ocurre con el acceso al material tractivo y rodante. En este caso, el acceso al mercado se encuentra regulado por el principio de equidad previsto en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión y por las reglas de libre competencia (libre interacción de la oferta y la demanda), por lo que la competencia de la Comisión resulta

72/129

evidente. En consecuencia, el presente informe, relativo a la identificación de un presunto abuso de posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de contratar, centra su análisis en el acceso al material tractivo y rodante.

249. El numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión obliga al concesionario a tratar con equidad a los operadores del servicio de transporte ferroviario que soliciten cualquiera de sus servicios, lo cual incluye el acceso al uso del material tractivo y rodante. La negociación del acceso al material tractivo y rodante corresponde al Concesionario y al operador ferroviario (usuario intermedio) que solicite dicho acceso, debiendo el segundo ser tratado con equidad por el primero respecto de otros operadores ferroviarios.
250. En tal sentido, si en su condición de Concesionario, Fetrans efectúa prácticas discriminatorias o se niega injustificadamente a contratar, en ambos casos respecto del acceso al material tractivo y rodante, esta Secretaría Técnica y la Comisión serán competentes, pues dichas situaciones podrían constituir casos de abusos de posición de dominio, tal como lo reconoce el propio Contrato de Concesión.
251. En el presente caso, si bien la negativa de Fetrans respecto del alquiler de material tractivo y rodante fue dirigida únicamente a Fersimsac, los argumentos esgrimidos por el Concesionario serían aplicables a casos similares que se den en el futuro, lo cual podría afectar el desarrollo de la competencia en este mercado. En efecto, en el caso hipotético de que cualquier otro agente económico decidiera ingresar a operar en el FSO y solicitara a Fetrans el alquiler del material tractivo y rodante, resultaría lógico suponer que obtendría de éste la misma respuesta que le fue dada a Fersimsac.
252. De ahí la importancia de que a través de una investigación preliminar esta Secretaría Técnica analice si existen indicios razonables de la realización de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de alquilar material tractivo y rodante por parte Fetrans en perjuicio de Fersimsac. De ser afirmativa la respuesta, se recomendará a la Comisión iniciar formalmente un procedimiento de oficio contra el Concesionario del FSO, esto es, Fetrans.
253. Para dichos efectos, corresponde previamente determinar la existencia o no de indicios razonables que permitan afirmar que Fetrans tiene posición de dominio. Al respecto, como se ha señalado, la posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos. En consecuencia, para determinar si Fetrans goza de posición de dominio en el mercado es necesario determinar cuál es el mercado relevante, esto es, cuál es el mercado de producto o servicio relevante y cuál el área geográfica relevante donde se habría efectuado la presunta práctica.

73/129



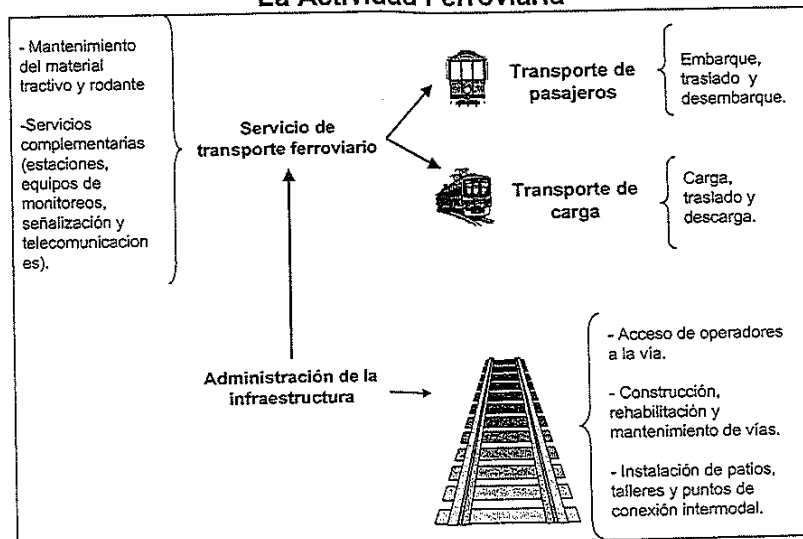
### 3.3.2. El mercado relevante

#### 3.3.2.1 El transporte ferroviario

254. La actividad ferroviaria consiste en el uso del ferrocarril como medio de transporte para el traslado de personas y mercancías desde un punto geográfico hacia otro; de ahí que la demanda por este tipo de transporte pueda considerarse, en términos generales, una demanda derivada<sup>150</sup> por parte de usuarios que desean trasladarse con la finalidad de obtener algún beneficio (demanda de servicios turísticos, por ejemplo) o trasladar carga con fines productivos (materias primas, por ejemplo).

255. Básicamente en dicha actividad se distinguen dos tipos de negocios: (i) la administración de la infraestructura ferroviaria y (ii) el servicio de transporte ferroviario (Gráfico N° 7).<sup>151</sup> Ambos tipos de negocio son complementarios debido a que el servicio de transporte requiere necesariamente el uso de la infraestructura ferroviaria.

Gráfico N° 7  
La Actividad Ferroviaria



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

<sup>150</sup> BUTTON, Kenneth. *Transport Economics*. Edward Elgar Publishing Limited. 2nd Edition, 1993, pág. 4.

<sup>151</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF. *Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur*. Editor: Jorge H. Kogan, Caracas, 2004, págs. 216, 217 y 235.

256. La infraestructura ferroviaria está conformada por la línea férrea, las estaciones y los andenes<sup>152</sup>; los sistemas de señalización y comunicaciones; los patios de maniobras y desvíos; así como terrenos y demás instalaciones que permitan la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga.
257. La administración de dicha infraestructura comprende los siguientes servicios: (i) el otorgamiento de acceso a la vía férrea a operadores ferroviarios, mediante el cual se les permite a estos últimos la entrada y utilización de la vía para brindar el servicio de transporte ferroviario; (ii) la programación y coordinación de los horarios durante los cuales podrá recorrer la vía el material tractivo y rodante<sup>153</sup> manejado por los operadores ferroviarios; (iii) la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas, los terrapienes<sup>154</sup>, puentes, túneles, rieles y durmientes<sup>155</sup>; y (iv) la instalación de infraestructura complementaria que comprende patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal<sup>156</sup>.
258. Por su parte, el servicio de transporte ferroviario puede ser de dos tipos: de pasajeros y de mercancías. El servicio de transporte de pasajeros o mercancías consiste principalmente en el traslado de personas o mercancías (y de ser el caso el embarque o carga y desembarque o descarga), desde un punto geográfico de origen hacia otro de destino, y requiere necesariamente del uso de material tractivo y rodante.<sup>157, 158</sup>

<sup>152</sup> Especie de acera a lo largo de la vía, más o menos ancha, y con la altura conveniente para que los viajeros entren en los vagones y se apeen de ellos, así como también para cargar y descargar equipajes y efectos. Ver: <http://www.rae.es/>, portal web de la Real Academia Española.

<sup>153</sup> El material tractivo es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros. Está conformado por locomotoras, autovagones y autovías. Por su parte, el material rodante es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros. Está conformado por coches de pasajeros, vagones de carga y jaulas para carga.

<sup>154</sup> Macizo de tierra con que se levanta para hacer una defensa o un camino. (Esta definición es aplicada a puentes). Ver: <http://www.geocities.com/iescud2000/lospuentes/glosario.htm>

<sup>155</sup> Se llaman durmientes o traviesas a las piezas que se colocan transversalmente sobre el balasto (cierta clase de material, tal como piedra triturada, grava, escoria o cenizas, que se coloca sobre el camino sin pavimentar) para proporcionar a los rieles de la vía un soporte adecuado. Los durmientes no solo soportan los rieles sino que proporciona un medio para que los rieles se conserven con seguridad a la distancia correcta del escantillón (plantilla que sirve para trazar las líneas y fijar las dimensiones según las cuales se han de labrar las piezas en diversos artes y oficios mecánicos). La mayor parte de los durmientes que se emplean en los ferrocarriles son de madera. También existen los durmientes de concreto, metal, concreto con piezas de metal o de madera insertadas. Ver: [http://construaprende.com/caminos/ferr/ff1/ff1\\_p3.htm](http://construaprende.com/caminos/ferr/ff1/ff1_p3.htm).

<sup>156</sup> La realización de dichos servicios requiere equipos especiales, tales como cambiadores de durmientes, rameadores, niveladores, equipo de encarrilar, lubricadores de rieles, perforadores de durmientes, tirafoneras, ajustadores, entre otros. Ver: Cláusula Primera del Contrato de Concesión de Ferrocarriles: Definiciones y Reglas de Interpretación.

<sup>157</sup> Locomotoras, autovagones, vagones, coches de pasajeros, jaulas de carga, entre otros.

<sup>158</sup> El transporte ferroviario requieren de una serie de servicios complementarios para el normal funcionamiento de sus operaciones, tales como: (i) el mantenimiento del material tractivo y

### 3.3.2.1.1. Características del transporte ferroviario

259. Al igual que todas las demás actividades de transporte, el servicio de transporte ferroviario se sustenta en una industria de redes<sup>159, 160</sup>. Como toda industria de red, la infraestructura ferroviaria es considerada un monopolio natural. En efecto, la infraestructura ferroviaria se identifican fuertes subaditividades de costos<sup>161</sup>, originadas fundamentalmente en la presencia de economías de escala<sup>162</sup> y de diversificación<sup>163</sup>.

260. Como se ha señalado, en la industria ferroviaria se distinguen dos grandes actividades, la explotación de la infraestructura ferroviaria (vías férreas y estaciones, entre otros) y el transporte (de carga y de pasajeros). La infraestructura ferroviaria se caracteriza por la presencia de altos costos hundidos<sup>164</sup> y por la presencia de subaditividad de costos. De otro lado, el

rodante, para que éste opere en las condiciones adecuadas y se eviten o minimicen las fallas técnicas; (ii) equipos de monitoreo y señalización, que permitan el óptimo y seguro recorrido del material tractivo y rodante sobre la vía férrea y se eviten congestiones y accidentes; (iii) estaciones para la partida y arribo de pasajeros; y (iv) equipos especiales para la carga y descarga de las mercancías a ser transportadas (por ejemplo, grúas o fajas).

<sup>159</sup> ECONOMIDES, N. *The Economics of Networks*. International Journal of Industrial Organization, 1996, Vol. 14, N°2.

<sup>160</sup> Una red se compone por un conjunto de nodos conectados entre sí mediante líneas de enlace. Los nodos pueden ser emisores, receptores, o emisores y receptores al mismo tiempo. Según la literatura de economía de redes, la industria ferroviaria pertenece al tipo de red de "doble dirección o bidireccional", y es la característica de complementariedad entre sus componentes de red la que determina que la industria exhiba retornos crecientes a escala o externalidades de red. Dependiendo del tipo de red, la externalidad puede ser positiva o negativa. Por ejemplo, en el caso de las redes de telefonía (red bidireccional) un consumidor adicional genera una externalidad positiva a los consumidores ya existentes en la red, pues se incrementan las posibilidades de comunicación. En el caso de las redes ferroviarias (red bidireccional), una línea de enlace (un tramo) adicional generaría una externalidad positiva a los consumidores ya existentes así como a los nuevos usuarios del nuevo tramo, puesto que se incrementan las posibilidades de transporte.

<sup>161</sup> El concepto de subaditividad de costos hace referencia a una situación en el que, dentro del tramo de demanda relevante para una industria, una firma es capaz de producir la cantidad que se demanda del bien a un costo menor o igual al que exhibirían dos o más firmas. Ello puede estar relacionado tanto con la existencia de economías de escala como con la existencia de economías de diversificación, dentro del tramo relevante de la curva de demanda.

<sup>162</sup> Las presencia de economías de escala implica que, a medida que se incrementa el número de pasajeros o de carga transportada, los costos unitarios tienden a reducirse.

<sup>163</sup> En cuanto a las economías de diversificación, éstas se originan en el hecho de que existen activos de la actividad ferroviaria que pueden ser utilizados para el servicio de transporte de carga o de pasajeros, por lo que los costos de prestar un servicio adicional para una empresa que ya presta alguno de los servicios mencionados, resulta menor que el que enfrentaría una empresa interesada en especializarse en sólo uno de estos mercados.

<sup>164</sup> Por ejemplo, después de instalados, los rieles de las vías del tren tienen un valor de inversión nulo en cualquier otra aplicación distinta del transporte ferroviario. Inclusive, es probable que el costo de reasignar dichos activos sea mayor a su valor de chatarra.

En: PAREDES, V. *Privatización y política de competencia en servicios ferroviarios*. Informe Anual 1997 de la Comisión Federal de Competencia de México, 1997, pág. 2.

76/129



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

servicio de transporte ferroviario requiere de la utilización de material tractivo y rodante, activos que al ser de carácter específico involucran costos hundidos.

261. Hasta mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, en muchos países la industria ferroviaria era una actividad sujeta a regulación estatal, concebida como un monopolio natural y operada por un único propietario que integraba todos los negocios de la actividad (infraestructura y operación), sea a nivel estatal o privado. La OECD (1988)<sup>165</sup> muestra que en Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Holanda y Japón, durante los años ochenta el desempeño de la industria bajo ese esquema demostró ser deficiente, motivando un creciente interés por la privatización y desregulación como mecanismos tendientes a mejorar dichos resultados.

En ese sentido, desde principios de la década anterior distintos gobiernos han iniciado la transferencia de la administración de la infraestructura y la operación del servicio de transporte al sector privado<sup>166</sup>, a través de procesos que promuevan la introducción de competencia en la industria ferroviaria, como las concesiones, contratos de gestión y privatizaciones<sup>167</sup>.

262. La experiencia internacional muestra que la mayoría de los países que ha reorganizado su sector ferroviario lo han hecho sobre la base de dos grandes modelos: separación vertical e integración vertical.<sup>168</sup>

#### a) El modelo de separación vertical

263. En este modelo se separa la operación del servicio de transporte y la administración del servicio de infraestructura, los cuales deben ser realizados necesariamente por empresas no vinculadas entre sí. Así, en el marco de este modelo, por lo general ha resultado necesario separar cada

---

<sup>165</sup> OECD. *Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. Committee On Competition Law And Policy. Railways: Structure, Regulation and Competition Policy.* DAF/CLP (98)1, 1998, pág. 7.

<sup>166</sup> La mayoría de países que implementaron reformas en el sector ferroviario a partir de mediados de la década de los ochenta del siglo pasado han continuado manteniendo la propiedad bajo titularidad del Estado.

<sup>167</sup> Hacia finales de 1997 catorce (14) países habían transferido la operación ferroviaria del sector público al sector privado. (ver cuadro).

En: Ositran – Copri. *El proceso de concesión de la infraestructura ferroviaria en el Perú.* 2000, pág. 24.

<sup>168</sup> Cabe resaltar que, en el presente informe, los conceptos de separación o integración vertical se referirán exclusivamente a la integración o separación de la administración de las actividades de explotación de la infraestructura y prestación del servicio de transporte, y no a la propiedad de los activos.

actividad, mediante la celebración de contratos de concesión distintos con empresas públicas o privadas para cada etapa del negocio.

264. El principal objetivo de este modelo es permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario (pasajeros y de carga) sobre la misma infraestructura (competencia intramodal).

265. Este tipo de organización de la industria genera ventajas, en la medida que a través de la separación vertical se facilita<sup>169</sup>:

- (i) La promoción de la competencia entre una variedad de operadores (intramodal).
- (ii) La reducción de costos unitarios, toda vez que a mayor tráfico en las líneas ferroviarias menor es el costo unitario (dentro de ciertos tramos de la curva de costos).
- (iii) El mejoramiento de la calidad del servicio ofrecido. La competencia "en la vía" incentiva en los operadores la diferenciación por el servicio ofrecido.
- (iv) La especialización y segmentación de mercados.
- (v) El estímulo al aumento de la eficiencia a través de la competencia por el mercado, para promover la introducción de innovaciones y mejoras en la comercialización.

266. De otro lado, los principales problemas que puede presentar esta organización del mercado son las siguientes:

- (i) En el caso de mercados de tamaño reducido la introducción de competencia puede implicar una disminución de las economías de escala.<sup>170</sup>
- (ii) La posibilidad de una menor tasa de utilización de las maquinarias y equipos de las empresas competidoras del sector, dado que cada empresa cuenta con una menor cantidad de clientes.
- (iii) Mayores costos de coordinación para la asignación de horarios y rieles y en la planificación de inversiones.

<sup>169</sup> NASH C. y TONER J. *Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*. OECD, DAFPE/CLP(98)1, 1998, pág. 10.

<sup>170</sup> OSITRAN. *El Proceso de Concesión de la Infraestructura Ferroviaria en el Perú*. Lima, 2000, pág. 22.



267. Entre los países que aplicaron modelos de separación vertical se encuentran Inglaterra y Suecia. En el caso de Inglaterra, las actividades de administración de la infraestructura y operación del transporte (carga y pasajeros) fueron asignadas al sector privado; mientras que en Suecia, las mismas actividades se mantuvieron a cargo del sector público para luego permitir la entrada de competidores privados en la operación de los servicios.

268. Además, en el caso de Inglaterra, a pesar de las políticas diseñadas para la introducción de mayor competencia intramodal en los mercados de transporte de carga y pasajeros, no se obtuvieron los resultados esperados. En efecto, según la CAF (2002), Inglaterra ha venido registrando niveles limitados de competencia en el servicio de pasajeros y una elevada concentración en el servicio de carga.<sup>171</sup> Todo lo contrario ha ocurrido en Suecia, donde los resultados son más alentadores en lo que respecta al mantenimiento y mejoramiento de la infraestructura ferroviaria y la introducción de competencia intramodal.<sup>172</sup>

#### b) El modelo de integración vertical

269. En este caso tanto la administración de la infraestructura como la operación del servicio de transporte permanecen en manos de la misma empresa o de dos empresas vinculadas entre sí. La OECD (1998) señala que los ferrocarriles verticalmente integrados son el modelo tradicional de operaciones ferroviarias, con una organización que controla toda la infraestructura así como las funciones de operación y dirección. La propiedad puede ser pública o privada y existe la posibilidad de una separación horizontal en áreas o monopolios regionales.

270. Cabe mencionar que dentro de este modelo existen países en donde se permite la entrada de competidores al mercado de servicios de transporte y

<sup>171</sup> RAMOS, Rodolfo. *La Privatización del Ferrocarril Británico: Una visión crítica*. Universidad San Pablo-Ceu. Madrid, España, 2002.

OECD. Op.Cit, pág. 21.

<sup>172</sup> Las diferentes políticas que han venido adoptando el Parlamento de Suecia a partir de la promulgación de la Transportation Act de 1988 y su posterior reforma de 1998, han buscado introducir gradualmente la competencia en el transporte ferroviario de carga y pasajeros. Luego de la Transportation Act de 1988, se expidieron otras medidas regulatorias y la empresa Statens Jarnvagar (SJ), que estaba cargo del negocio, fue forzada a vender algunos de sus intereses en otras compañías de transporte.

Por lo tanto, como consecuencia de estas reformas, Statens Jarnvagar (SJ) fue perdiendo paulatinamente el control absoluto y la exclusividad que tenía sobre toda la red en la medida que la desregulación en los servicios de transporte de carga y pasajeros permitió la entrada gradual de compañías operadoras de trenes (ferrocarriles) que dinamizaron el sector. El mercado de transporte en Suecia ha alcanzado un alto crecimiento, ocasionando que el transporte ferroviario presente un esquema de importante competencia intramodal.

En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, Op. Cit., págs. 120 a 122.



otros, en los que se otorga la administración integrada de la infraestructura y del servicio de transporte con carácter exclusivo.

271. De otro lado, las principales ventajas que podría presentar esta organización de la industria son las siguientes<sup>173</sup>:

- (i) Permite reducir costos de transacción entre administrador de la infraestructura y operador del servicio de transporte.
- (ii) Permite la explotación más eficiente de los recursos, minimizando la capacidad ociosa en el sistema.
- (iii) Facilita el planeamiento integrado de las operaciones y de la inversión a largo plazo.

272. Uno de los principales problemas que puede enfrentar esta configuración de la industria es que la integración vertical en sí misma puede brindar al concesionario de la infraestructura una ventaja estratégica en la prestación de un servicio ferroviario frente a un potencial entrante. Para impedir que el administrador utilice la explotación de la infraestructura en favor de su empresa vinculada, mediante comportamientos estratégicos, el Estado debe introducir mecanismos regulatorios (políticas de acceso, contabilidades separadas, trato equitativo, entre otros) que garanticen que la actuación de la empresa no limite ni restrinja la competencia en el mercado de servicios de transporte.

273. Entre los países que aplicaron modelos de integración vertical se encuentran Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia y México. En Argentina, Bolivia, Colombia y México se ha asignado al sector privado el servicio de transporte de carga, mientras que en Argentina y México el servicio de transporte de pasajeros se mantiene bajo la responsabilidad del Estado. En Brasil, la responsabilidad del servicio de pasajeros es compartida por el Estado y, en menor medida, por el sector privado.<sup>174, 175</sup>

### c) Competencia intermodal e intramodal

274. Existe competencia intermodal cuando el servicio de transporte ferroviario tiene como sustitutos otros medios de transporte (transporte por carreteras, transporte aéreo o acuático). En efecto, por el lado del servicio de transporte de pasajeros puede existir la competencia de buses, aviones, barcos y autos privados; mientras que por el lado del servicio de transporte de carga, el ferrocarril puede enfrentar la competencia de camiones, barcasas, buques, aviones.

<sup>173</sup> NASH C. y TONER J. Op. Cit.

<sup>174</sup> CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, Op.Cit.

<sup>175</sup> Ver: Anexo 3 del presente informe.

275. De otro lado, la competencia intramodal en el transporte ferroviario hace referencia a la competencia de dos o más empresas que utilizan una misma infraestructura o vía férrea.
276. El hecho de que exista o no competencia intermodal e intramodal en determinados tramos de la red ferroviaria puede tener un impacto importante en la elección del modelo regulatorio a implementar, si lo que se pretende es promover una provisión eficiente del servicio.
277. En términos generales, a fin de promover una asignación eficiente de recursos, la autoridad debe agotar todas las posibilidades de generación de competencia, cuando ésta sea técnicamente viable y económicamente posible.
278. Así por ejemplo, si en un determinado tramo o vía férrea existiera la posibilidad de competencia intermodal y es factible la existencia de competencia intramodal, el Estado en principio debe promover activamente ambas formas de competencia (ver Cuadro N° 2). En otro supuesto, si en el mismo tramo, existiera competencia intermodal, pero no es posible la competencia intramodal, el Estado debe adoptar medidas tendientes a fortalecer la competencia entre distintos medios de transporte. De manera análoga, si en determinado tramo o vía férrea no fuera posible competencia intermodal pero sí la posibilidad de que exista competencia intramodal, el Estado debe promover la competencia entre los operadores en el mercado y adoptar medidas que permitan reducir las barreras existentes para el ingreso de nuevos competidores.

**Cuadro N° 2**  
**Competencia Intermodal e Intramodal y**  
**Elección de Modelo Regulatorio**

¿Existe competencia intermodal?	¿Es posible la competencia intramodal?	Modelo Regulatorio
SÍ	SÍ	Promoción de competencia intramodal e intermodal
	NO	Promoción de competencia intermodal
NO	SÍ	Promoción de competencia intramodal
	NO	Regulación económica

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

279. Finalmente, sólo en caso que se verifique que no es viable la competencia intermodal ni intramodal, se podría justificar la introducción de algún tipo de regulación económica. Esta regulación, sin embargo, debería mantenerse, mientras se mantengan las condiciones que impiden la competencia.

### 3.3.2.1.2. El transporte ferroviario en el Perú y el Ferrocarril Sur – Oriente (FSO)

#### a) El Contrato de Concesión

280. En julio de 1999, dentro del marco del proceso de promoción de la inversión privada en el sector ferroviario peruano (que entre sus objetivos incluía atraer capitales y mejorar la provisión del servicio), Ferrovías Central Andina S.A. se adjudicó la Buena Pro de la concesión del Ferrocarril del Centro, mientras que Fetrans se adjudicó la Buena Pro de la concesión de los Ferrocarriles Sur y FSO. Dichos contratos entraron en vigencia a partir del 20 de setiembre de 1999.

281. Como resultado de dichos procesos, el Estado otorgó a favor del concesionario, por un periodo de 30 años renovables cada cinco años, hasta un máximo de 60 años, la concesión para el mantenimiento, rehabilitación y explotación de los bienes de la concesión (infraestructura y equipo ferroviario), así como para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria, prestación de servicios de transporte ferroviario y servicios complementarios en el área matriz. Asimismo, los contratos contemplan el libre ingreso de operadores para la prestación de servicios de transporte de carga y pasajeros.

282. En el caso del FSO, la contraprestación por la concesión asciende al 37,25% de los ingresos brutos producidos por ella, excepto en lo relativo a la explotación de los equipos ferroviarios del Estado, cuya retribución alcanza al 50% de los ingresos brutos, excluyendo el Impuesto General a las Ventas. Por su parte, se establecieron compromisos de inversión en la vía férrea, que incluye incentivos tales como la liberación parcial del pago de las retribuciones al Estado.

283. Los bienes entregados como resultado del proceso de concesión son de tres tipos<sup>176</sup>:

- (i) Bienes de la concesión, que son propiedad del Estado y se entregan al concesionario (infraestructura ferroviaria, rieles, durmientes, etc.). Dentro de esta clasificación se incluyen las mejoras<sup>177</sup> y cualquier otro bien que deba considerarse dentro de este concepto.
- (ii) Bienes accesorios de la concesión, que son aquellos bienes del concesionario que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a la actividad ferroviaria, tales como equipos de

<sup>176</sup> OSITRAN, Op.Cit, pág. 28.

<sup>177</sup> Aquellas obras que el concesionario realice en los bienes de la concesión en el área matriz (que es el área donde se encuentra la infraestructura vial ferroviaria con todas las instalaciones e inmuebles que ella requiere para su funcionamiento).

telecomunicaciones, equipos de cómputo, material tractivo y rodante<sup>178</sup>, equipo ferroviario, sistemas de señalización, sistemas de seguridad, sistemas eléctricos y de iluminación.

- (iii) Bienes del concesionario, que son aquellos que no están relacionados directamente con la actividad ferroviaria, siendo de propiedad sólo del concesionario.

284. En cuanto a los derechos del concesionario, los principales son los siguientes:

- (i) Explotar los bienes de la concesión (cobro de tarifas de acceso por el uso de la vía férrea) y alquiler del material tractivo y rodante del Estado.

El contrato constituye título suficiente para que el concesionario pueda explotar los bienes de la concesión, teniendo por tanto el derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea a los operadores de servicios de transporte ferroviario que pretendan ingresar a dicho mercado.

- (ii) Prestar servicios de transporte ferroviario. El concesionario puede prestar servicios de transporte ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y/o carga, no requiriendo de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el concedente.

- (iii) Explotar servicios complementarios, como hospedaje y comercio, dentro de la vía matriz (en un ámbito de 50 Km. para cada lado de la vía), que podrá realizar directamente o a través de terceros con quienes contrate para tal fin.

285. Los precios de alquiler de equipos ferroviarios y servicios, así como la tarifa a los usuarios son libres, dentro de lo establecido por el Decreto Legislativo 690<sup>179</sup>. Por su parte, el concesionario deberá cobrar por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la línea férrea,

<sup>178</sup> El material tractivo es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros, así como para el traslado de personal de supervisión; está conformado por locomotoras, autovagones, autocarriles y autovías. De otro lado, el material rodante es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros.

<sup>179</sup> Norma que declara de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria, publicado el 11 de junio 1991.

**Decreto Legislativo 690.-**

**Artículo 5.-** Los operadores del servicio de transporte ferroviario están facultados para fijar libremente sus tarifas y fletes, de acuerdo a las reglas de la oferta y la demanda. Excepcionalmente, sin embargo, mientras se mantenga la situación monopólica que actualmente existe en la prestación del servicio, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones deberá aprobar tales tarifas y fletes de su vigencia.

cargada o descargada, la tarifa por uso de vía<sup>180</sup>, tal como se describe en el Cuadro N° 3.

**Cuadro N° 3**  
**Tarifas por Derecho de Uso de Vía<sup>1/</sup>**

Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente	US\$ 0,45 por Km de recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargada o descargada, que circule por la Línea Férrea en el Ferrocarril del Sur.  US\$ 3,00 por cada Km de recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargada o descargada, que circule por la Línea Férrea en el FSO
Ferrocarril del Centro	US\$ 0,45 por cada Km de recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargada o descargada.

1/ No incluye IGV.  
Fuente: Contrato de Concesión.  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

286. Dado lo anterior, los contratos de concesión prohíben que las empresas monopólicas que administren la infraestructura ferroviaria participen directamente como operadoras de trenes de carga y pasajeros, aunque se permite y obliga inicialmente su participación indirecta (a través de empresas vinculadas), con el propósito de asegurar la continuidad de los servicios.

287. Adicionalmente, con relación a los contratos suscritos con operadores de servicios de transporte ferroviario, el Contrato de Concesión también señala lo siguiente:

- (i) Debe diferenciarse la tarifa por uso de vía de cualquier otro derecho a cobro.
- (ii) El plazo de vigencia debe ser no mayor a diez (10) años renovables.
- (iii) El operador debe aceptar la subasta de cualquiera de sus horarios, en caso existiera pluralidad de interesados, de acuerdo a lo previsto en el Contrato de Concesión.

288. Con respecto de la interconexión de líneas férreas, el concesionario está obligado a permitir que cualquier red o tramo de línea férrea que se construya en el futuro se interconecte a cualquiera de las líneas férreas comprendidas en el Contrato de Concesión, ya sea que la nueva red o tramo de línea férrea se encuentre concesionada a favor de terceros, del concesionario o que sea operada por el concedente u otro organismo o entidad estatal.

<sup>180</sup> La tarifa por uso de vía se ajustará anualmente en forma automática, de acuerdo al índice de precios al consumidor del Estado de Nueva York (Estados Unidos de América); y Ositrán está a cargo de supervisar que el ajuste practicado por el concesionario se adecue a este mecanismo.



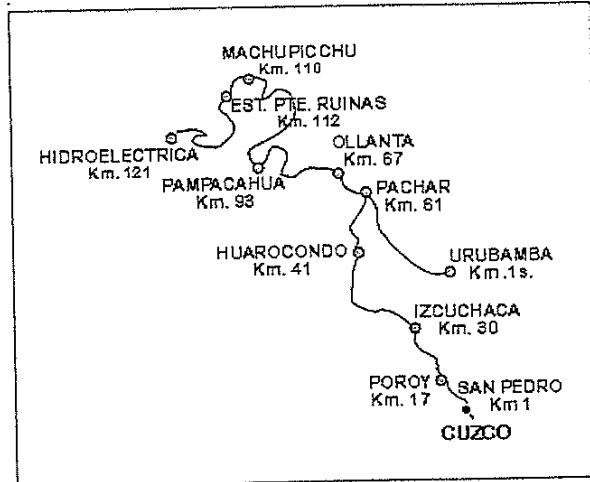


del contrato, nuevamente se produjera concurrencia de solicitudes de horarios, el concesionario deberá seguir con el procedimiento establecido en el referido numeral, salvo que el horario involucrado hubiera sido adjudicado previamente mediante el mecanismo de concurso regulado en dicha norma.

**b) Características del Ferrocarril Sur – Oriente (FSO)**

292. El FSO está conformado por una línea principal de trocha angosta (0,914 metros de ancho<sup>181</sup>) de 121,7 Km. que se inicia en la ciudad del Cusco (Km. 0,0) y termina en la Hidroeléctrica Machupicchu (Km. 121,7), y un ramal de 13 Km. que inicia en la estación de Urubamba y se une a la línea principal en la estación de Pachar (Ver Gráfico N° 8).

**Gráfico N° 8  
 Zona de Concesión del Ferrocarril del Sur – Oriente**



Fuente: Ositrán

293. Para los tramos Cusco – Ollanta (Km. 67,2) y Ollanta – Piscaycucho (Km. 82,0), existen una carretera asfaltada y una carretera rural de trocha afirmada, respectivamente, que corren paralelas a la línea férrea. De Piscaycucho hasta la Hidroeléctrica (Km. 121,7) el único medio de transporte motorizado es el ferrocarril, al margen de caminos locales para el tránsito de animales domésticos (llamas, alpacas, caballos, mulas, etc.)<sup>182</sup>.

294. Como se mencionó anteriormente, resultado del proceso de licitación, Fetrans se adjudicó el Contrato de Concesión del FSO, lo que le otorgó el derecho a administrar y usufructuar la infraestructura ferroviaria y el material

<sup>181</sup> Esta característica técnica se presenta debido a la existencia de bajos radios de curva derivados de la topografía de la zona. En: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC del 14 de agosto de 2000.

<sup>182</sup> Ibídem.

tractivo y rodante de la mencionada línea férrea. Sin embargo, el Contrato de Concesión requería que sean empresas diferentes las que administraran la infraestructura férrea y el material tractivo y rodante, por lo que Perurail S.A. (empresa vinculada con Fetrans), a través de un contrato de alquiler es quién administra el material tractivo y rodante, y es hasta la fecha la única operadora encargada de brindar los servicios de transporte de carga y pasajeros.

295. Con relación a la demanda del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, es posible distinguir dos segmentos de consumidores en función a sus necesidades de transporte<sup>183</sup>. Un primer grupo está conformado por pasajeros residentes (locales) de los poblados situados en el área de influencia del ferrocarril, que se trasladan en todo el tramo Cuzco – Hidroeléctrica y viceversa. El segundo grupo está compuesto por pasajeros turistas que se desplazan en el tramo Cuzco – Machupicchu y viceversa. A su vez, los turistas también pueden diferenciarse de acuerdo a sus disponibilidades de pago por el servicio de transporte. En efecto, dicha diferenciación es la que permite la segmentación de los diferentes servicios de transporte, lo cual se ha visto reflejado en la diversidad de ofertas realizadas por el operador, que difieren en precio y en calidad del servicio<sup>184</sup>.
296. A diferencia de los Ferrocarriles del Centro y del Sur, cuyo principal rubro de negocio lo constituye el transporte de carga, el FSO se restringe, de modo casi exclusivo, al transporte de pasajeros. Adicionalmente, mientras en el caso de los primeros ferrocarriles se enfrenta una competencia directa del transporte de vehículos automotores<sup>185</sup>, en el caso del FSO la competencia intermodal resulta casi inexistente. En efecto, según el Informe N° 003-2000-INDECOPI/CLC del 14 de agosto de 2000, a pesar de que existen alternativas al tren para trasladarse desde Cusco hacia Machupicchu<sup>186</sup>, éstas serían limitadas y no se constituyen en sustitutos cercanos del transporte ferroviario. Al respecto, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi en el Informe N° 055-2004/GEE del 18 de agosto de 2004 sostiene que no se habrían registrado cambios sustanciales en las condiciones de competencia intermodal en el mencionado tramo.

<sup>183</sup> Ibidem.

<sup>184</sup> Se presentan alternativas como Servicio Inka, Autovagon, Ferrostal, Backpacker Express, Imperial, Hiram Bingahm, entre otros. Ver: [www.perurail.com](http://www.perurail.com)

<sup>185</sup> A través de la Carretera Central en el caso del Ferrocarril del Centro y de las carreteras Cusco – Juliaca, Arequipa – Juliaca, Juliaca – Cusco, Matarani – Puno, Puno – Matarani y Mollendo – Cusco en el caso del Ferrocarril del Sur.

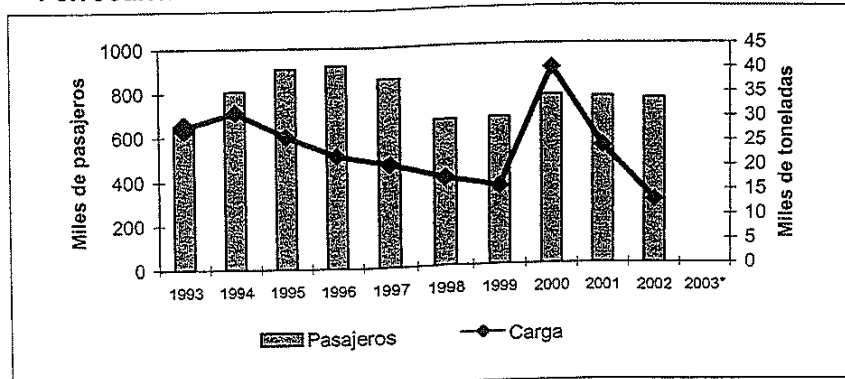
En: OSITRAN. Informe N°21-01-GEE-Ositrán: Evaluación de Desempeño Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente. Lima, setiembre de 2001.

<sup>186</sup> Tales como: (i) vía carretera (en bus) desde Cuzco a Ollanta; (ii) vía camino inka desde Ollanta a Machupicchu; y (iii) desde Cuzco a Machupicchu, ya sea en helicóptero o la alternativa bimodal (que consiste en viajar en bus hasta Ollanta y luego en tren hasta Machupicchu).



297. Por otro lado, entre 1993 y el año 2002 el volumen de carga transportada por el FSO fluctuó entre 13 000 Tm. y 40 000 Tm. Desde el año 2000, sin embargo, el volumen transportado decreció a una tasa promedio anual de [ %]<sup>187</sup>. Cabe resaltar que los principales usuarios del servicio de transporte de carga son empresas distribuidoras de productos de consumo masivo cuyo objetivo es satisfacer la demanda de los turistas que llegan a Machupicchu<sup>188</sup> (ver Gráfico N° 9).

Gráfico N° 9  
Ferrocarril del Sur – Oriente: Tráfico de Carga y Pasajeros<sup>189</sup>



\*Información de Perurail (escrito del 15 de marzo de 2004)  
Fuente: Ositrán  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

298. Con respecto al servicio de transporte de pasajeros, el número de pasajeros que utilizó el ferrocarril se incrementó de 655 000 en 1993 a [ ]<sup>190</sup> en 2003 ([ ]<sup>191</sup> más)<sup>192</sup>. En tal sentido, en la actualidad, el rubro de negocios más importante para el operador del FSO es el transporte de pasajeros.

299. Con relación a los precios de algunos servicios de transporte de pasajeros ofrecidos por Perurail, durante el periodo 1999 – 2003, el siguiente gráfico muestra que los servicios Inka, Autovagón, Ferrostal y Backpackers

<sup>187</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>188</sup> Ver: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC.

<sup>189</sup> La información correspondiente al año 2003 ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>190</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>191</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>192</sup> Según información remitida por Perurail S.A. mediante escrito del 15 de marzo de 2004.

se han venido incrementando sostenidamente a una tasa promedio anual de [ ]<sup>193</sup>, respectivamente

**Gráfico N° 10**  
**Ferrocarril del Sur – Oriente: Precios Promedio<sup>1/</sup> de algunos**  
**Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros<sup>194</sup>**

1/ No incluyen IGV.  
Fuente: Perurail (escrito del 15 de marzo de 2004).  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

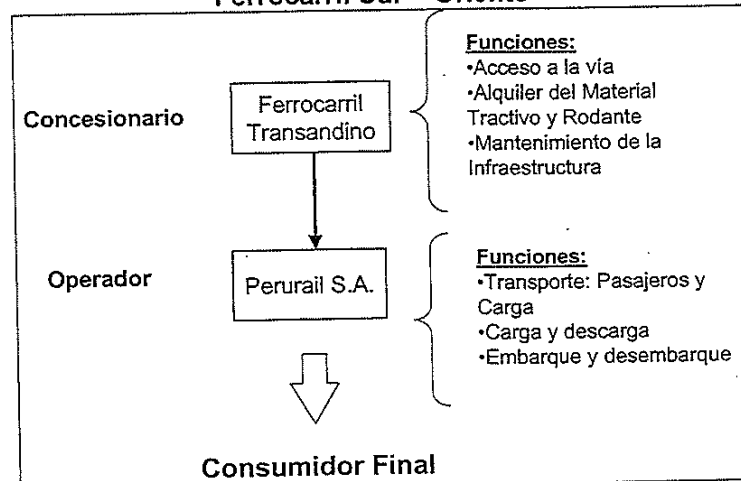
300. En general, la estructura de la industria ferroviaria en el Perú se ha caracterizado por la existencia de competencia intermodal en los tramos de los Ferrocarriles Central y Sur, en el caso particular del tramo del FSO dicha competencia es bastante limitada. En principio, si bien existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el FSO, en la práctica se ha observado que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos cuatro (4) años (ver Gráfico N° 11).

*[Handwritten signature]*

<sup>193</sup> Si bien lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada como NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC, a la fecha es susceptible de ser impugnada.

<sup>194</sup> El gráfico abajo señalado fue elaborado utilizando información que ha sido declarada como NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC, a la fecha es susceptible de ser impugnada.

**Gráfico N° 11**  
**Organización de la Industria Ferroviaria en el**  
**Ferrocarril Sur – Oriente**



Fuente: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

301. La existencia de un operador dominante en el FSO puede tener origen o verse fortalecida por la presencia de barreras a la entrada que limitan la incursión de potenciales operadores a la prestación del servicio de transporte ferroviario. Tal como fue analizado en el marco teórico, las barreras a la entrada tienen por objeto restringir la competencia a través de impedir el acceso de nuevos competidores al mercado en cuestión.

**c) Barrera a la entrada en el Ferrocarril Sur – Oriente (FSO)**

302. A continuación, se analizan las principales barreras estructurales (administrativas y económicas) y estratégicas que enfrentan los potenciales operadores del servicio de transporte ferroviario en el FSO.

**c.1) Permisos de operación**

303. El artículo 4 del Decreto Legislativo 690 establece que el servicio de transporte ferroviario puede ser prestado por cualquier persona natural o jurídica constituida o establecida en el país, siempre que cuente con el respectivo permiso de operaciones otorgado por el MTC.

304. Conforme al Decreto Supremo 027-99-MTC que regula los procedimientos para el otorgamiento de permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario, el referido permiso es la autorización de carácter administrativo que se otorga al operador ferroviario para que preste servicios de transporte de carga, de pasajeros o ambos, en las vías férreas de propiedad del Estado<sup>195</sup>. Adicionalmente se ha establecido que para contar

<sup>195</sup> Artículo 3 del Decreto Supremo 027-99-MTC  
 90/129

con la facultad de prestar servicios de transporte ferroviario, el titular del permiso de operaciones cumpla con informar al MTC y a Ositran, lo siguiente<sup>196</sup>:

- (i) Que ha celebrado y mantiene vigente un Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea con el concesionario de la infraestructura ferroviaria.
- (ii) El detalle del material tractivo y rodante a utilizar.
- (iii) El detalle de la tripulación que utilizará para la prestación del servicio.
- (iv) Copia de los respectivos certificados de cobertura de seguros vigentes que exige el Reglamento.<sup>197</sup>

305. Los operadores del servicio de transporte ferroviario de pasajeros o de carga están obligados a obtener y mantener vigente, por su cuenta y costo, pólizas de seguros emitidas en el país por una compañía de seguros con categorías A y B. La cobertura de los seguros debe ser la siguiente<sup>198</sup>:

- (i) Cobertura por daños y perjuicios a terceros, la que deberá incluir pero no limitarse a daños derivados de polución y contaminación, por un monto mínimo de cinco millones de dólares americanos (US\$ 5 000 000,00) por evento o siniestro.
- (ii) Cobertura contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros. Dicha cobertura deberá incluir pero no limitarse a los supuestos de destrucción a causa de desastres naturales, terrorismo o sabotaje y por un monto mínimo de diez millones de dólares americanos (US\$ 10 000 000,00) por evento o siniestro.
- (iii) En caso de prestar servicios de transporte de pasajeros, el operador deberá contratar, adicionalmente, pólizas por cobertura de daños a éstos, incluyendo lesiones, invalidez o muerte, por un monto mínimo de veinte mil dólares americanos (US\$ 20 000,00) por persona y por siniestro. Asimismo, la cobertura por daños o pérdida de equipaje por un monto mínimo equivalente al veinticinco por ciento (25%) de la Unidad Impositiva Tributaria por pieza de equipaje declarada.
- (iv) Las pólizas respectivas deberán contener estipulaciones que aseguren que el pago de las indemnizaciones a favor de los eventuales afectados no se vea perjudicado en ningún momento y bajo ninguna

<sup>196</sup> Artículo 13 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

<sup>197</sup> Los últimos tres puntos también deben ser puestos en conocimiento del concesionario de la infraestructura ferroviaria.

<sup>198</sup> Artículo 11 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

circunstancia, aun en los casos en que existiese discrepancias entre el operador y el concesionario respecto del siniestro ocurrido.

306. Cabe agregar que los operadores del servicio de transporte ferroviario de carga están obligados a exigir y velar que la carga a transportar se encuentre asegurada. La respectiva póliza puede ser contratada por el titular de la carga, por terceros o, en su defecto, por el propio operador ferroviario<sup>199</sup>.
307. El Reglamento de Organización y Funciones del MTC, aprobado mediante Decreto Supremo 041-2002-MTC<sup>200</sup>, establece que es la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles la encargada de normar, autorizar y fiscalizar los permisos y licencias de operación del servicio ferroviario. Con relación a ello, el trámite para la obtención, modificación o renovación del permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario es gratuito<sup>201</sup>.
308. El interesado en prestar el servicio de transporte ferroviario puede ser una persona natural o jurídica. Los requisitos para realizar dicha actividad son: (i) presentar documentación que las identifique; (ii) indicar la naturaleza y objeto de la(s) operación(es) a realizar; (iii) presentar copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en la prestación de servicios ferroviarios de carga y/o de pasajeros; y, (iv) presentar copia de la proforma de cobertura emitida por una compañía de seguros conforme a lo dispuesto en el Reglamento<sup>202</sup>.

En el caso de las personas jurídicas, sus estatutos deberán contemplar de manera expresa que el solicitante puede prestar servicios de transporte ferroviarios de carga y/o de pasajeros. Asimismo, para probar su experiencia, la persona jurídica podrá presentar la información de cualquiera de sus empresas matrices o subsidiarias.

309. El permiso de operaciones debe ser otorgado mediante Resolución Directoral. El plazo del trámite es de treinta días<sup>203</sup> y es de aplicación el silencio administrativo negativo. La vigencia del permiso de operaciones es anual, contada desde la fecha de emisión de la correspondiente Resolución Directoral.
310. El operador ferroviario puede solicitar en cualquier momento la modificación del permiso de operaciones. Salvo en el caso que el operador

<sup>199</sup> Artículo 12 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

<sup>200</sup> Publicado el 24 de agosto de 2002, modificado mediante Decreto Supremo 017-2003-MTC (publicado el 8 de abril de 2003).

<sup>201</sup> Artículo 4 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

<sup>202</sup> Artículo 5 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

<sup>203</sup> Ver: Texto Unico de Procedimientos Administrativos del MTC, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2002-MTC, publicado el 4 de marzo de 2002.

cuente con un permiso para transporte de carga y desee prestar servicios de transporte de pasajeros o ambos servicios, la modificación del permiso de operaciones será automática, con la sola presentación de la solicitud respectiva acompañada de la documentación del caso<sup>204</sup>.

311. La renovación del permiso de operaciones deberá realizarse anualmente antes de la fecha de su expiración, previa presentación de las pólizas de seguros vigentes que corresponda<sup>205</sup>.

### c.2) Costos hundidos

312. Los costos hundidos son costos irrecuperables que deben ser afrontados por las empresas entrantes durante un determinado período de tiempo, una vez que ingresan a un mercado determinado. Dichos costos, por lo general, están asociados a inversiones específicas y/o que cuentan con períodos de maduración relativamente largos. Por ello, los costos hundidos influyen de manera importante en las decisiones de entrada de una empresa, puesto que se trata de recursos que una vez invertidos sólo continúan teniendo valor si la empresa se mantiene en el mercado, lo que, a su vez, hace costosa su eventual salida de éste<sup>206</sup>. Entre los factores que pueden determinar los altos costo hundidos de una actividad son:

#### c.2.1) Especificidad de los activos

313. El hecho que la línea férrea del FSO sea de trocha angosta (0,914 m.) provoca que los interesados en operar en dicha red sólo puedan prestar el servicio con material tractivo y rodante que cumpla con las especificaciones para operar en este tipo de situaciones. Es importante señalar que en la actualidad prácticamente no existen en el mundo redes viales de trocha angosta (a excepción de Colombia, Guatemala y Alaska), lo cual hace especialmente difícil encontrar un mercado secundario de material tractivo y rodante que cumpla con estas características.

314. En los países europeos se emplean estándares técnicos distintos de los utilizados en el Perú, por lo que encargar la fabricación de material tractivo y rodante bajo las características que el sistema ferroviario peruano implicaría costos adicionales asociados a su adaptación a las especificaciones técnicas propias de la vía férrea del FSO.<sup>207</sup>

<sup>204</sup> Ibídem.

<sup>205</sup> Artículo 9 del Decreto Supremo 027-99-MTC.

<sup>206</sup> KHEMANI, S. y SHAPIRO, C. Op. Cit. Cap. 5, pág. 9.

<sup>207</sup> Según el Informe N° 055-2004/GEE, en entrevista con funcionarios de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, el señor Mario Botino, técnico de la Dirección General de Caminos de MTC, manifestó que: "los fabricantes europeos utilizan tecnologías compatibles tales que faciliten la interconexión ferroviaria entre los países de ese continente, lo cual hace más distantes las características tecnológicas entre los ferrocarriles europeos y los peruanos".

315. Según información proporcionada por el MTC, una empresa interesada en entrar al mercado de servicios de transporte en el FSO podría adquirir el material tractivo y rodante de fabricantes provenientes de China, Estados Unidos de América y/o España.<sup>208</sup>
316. En consecuencia, aquel operador que decida entrar a prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO deberá incurrir en costos adicionales de búsqueda y acondicionamiento. Por lo tanto, la necesidad de contar un activo específico para la operación en el mercado constituye en un elemento que dificulta el ingreso.

**c.2.2) Infraestructura específica**

317. Una empresa entrante, además de requerir el material tractivo y rodante para brindar el servicio de transporte de pasajeros, también requerirá contar con la infraestructura necesaria que le permita y facilite atender a los pasajeros que demandarán sus servicios.
318. Al igual que en el caso anterior, la inversión en este tipo de activos tiene un valor de reventa limitado debido a su carácter específico, por lo que en la medida que involucre costos mayores que los que debe afrontar la empresa establecida, también pueden considerarse una barrera a la entrada. Cabe señalar que el actual concesionario del FSO recibió como parte de la concesión además del material tractivo y rodante, la infraestructura relacionada con las estaciones de pasajeros y equipos de monitoreo, la cual a su vez ha sido alquilada al actual operador: Perurail.
319. En consecuencia, en el caso de que un potencial entrante no tenga acceso al alquiler de dichas instalaciones por parte del concesionario, se verá obligado a invertir en sus propias instalaciones, lo que implicará mayores costos de entrada, y que por lo específico de la inversión se constituyen en costos hundidos.

**c.2.3) Otros costos hundidos**

320. Finalmente, existe una serie de gastos necesarios en los que una empresa entrante debe incurrir tal que le permitan captar la atención de los consumidores y ofrecer sus servicios como una alternativa a los servicios prestados por la empresa existente. Dichos gastos están relacionados a las actividades de marketing, difusión (publicidad), capacitación de personal, convenios con agencias de viajes, hoteles y demás operadores turísticos.

<sup>208</sup> Por otra parte, según escrito del 15 de marzo de 2004, Perurail reporta la adquisición de material tractivo y rodante de la empresa [ ], ubicada en [ ], el cual fue adaptado de trocha estándar a trocha angosta, por un costo de aproximadamente de US\$ [ ] por cada unidad.  
- Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

### c.3) Integración Vertical

321. En el FSO, Perurail es la única empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario y, además, se encuentra vinculada con la empresa concesionaria, Fetrans. Toda vez que las mencionadas empresas pertenecen al mismo grupo económico es de suponer que toman decisiones conjuntas y se comportan como empresas verticalmente integradas.

322. Según la literatura económica, la integración vertical vista desde la perspectiva empresarial puede presentar una serie de ventajas tales como la reducción de costos de transacción, eliminación de doble marginalización, economías de ámbito, entre las más importantes. En efecto, una de las ventajas de la integración vertical por el lado de la organización corporativa, se refiere a la reducción de costos de transacción. Las empresas tienden a internalizar ciertas transacciones debido a que los costos de hacerlo a través del mercado (costos de transacción que incluyen costos de búsqueda, de negociación y de monitoreo) pueden ser mayores. Adicionalmente, en algunas industrias la integración vertical puede incrementar la eficiencia asignativa eliminando la doble marginalización y permitiendo obtener economías internas, asociadas a la existencia de costos comunes a varias actividades.<sup>209</sup>

323. Sin embargo, la integración vertical por parte de las empresas ya establecidas también puede dificultar la entrada de competidores al mercado, excluyendo a competidores potenciales tanto a nivel *upstream* como *downstream*. Por ejemplo, una empresa establecida puede decidir controlar a todos los distribuidores del producto a través de la suscripción de contratos de exclusividad obligando a los potenciales entrantes, o incluso otras empresas ya establecidas, a incurrir en gastos adicionales asociados a la creación de redes de distribución paralelas. En tal sentido, la integración vertical podría ser un mecanismo utilizado por las empresas a fin de excluir a competidores o potenciales competidores del mercado<sup>210</sup>.

324. En consecuencia, desde una primera aproximación, la integración vertical existente entre la empresa operadora, Perurail, y la empresa concesionaria, Fetrans (ambas parte del mismo grupo económico), podría constituir una barrera a la entrada de potenciales operadores al FSO.

#### 3.3.2.2. El servicio relevante

325. De lo mencionado en el acápite 3.2.1, se desprende que Fersimsac solicitó a Fetrans el alquiler del material tractivo y rodante otorgado en concesión, con el propósito de operar en el FSO como prestador del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros, consistente en el traslado de

<sup>209</sup> COASE, Ronald. *The nature of the firm*, Económica, Vol. 4, 1937, págs. 386 a 405.

<sup>210</sup> Este mecanismo se conoce en la literatura económica como la teoría del *Market foreclosure* o exclusión del mercado.



personas y/o mercancías de un punto geográfico a otro (en el caso particular del FSO, el transporte se centra principalmente en el traslado de pasajeros).

326. El material tractivo y rodante constituye un insumo fundamental para la operación ferroviaria, pues a través de éste se realiza el traslado físico de las personas o las mercancías a través de la línea férrea. Por ello, Fersimsac o cualquier otro potencial operador que desee prestar de manera efectiva el servicio de transporte ferroviario de carga y/o pasajeros en el FSO requiere, necesariamente, contar con dicho material.
327. Dado que en el presente caso la solicitud de Fersimsac se centra en el alquiler de material tractivo y rodante para operar en el FSO, podría considerarse de manera preliminar que el servicio relevante demandado por Fersimsac es el aprovisionamiento de dicho material.
328. Si bien podrían existir distintas fuentes de aprovisionamiento de material tractivo y rodante; no todas ellas se encuentren disponibles de forma efectiva para Fersimsac o para cualquier otro potencial operador. Por esta razón, corresponde profundizar el análisis relativo a tales fuentes de aprovisionamiento con el objeto de determinar cuáles de ellas constituyen, en principio, alternativas viables o idóneas para la obtención del material tractivo y rodante.
329. Al respecto, conviene señalar que las particularidades técnicas del FSO (trocha angosta) restringen el número de fuentes reales de aprovisionamiento, pues según lo manifestado por el MTC<sup>211</sup>, una empresa interesada en operar en el FSO sólo puede adquirir material tractivo y rodante de proveedores ubicados en la República Popular China, Estados Unidos de América y/o España. Es así que una alternativa de aprovisionamiento lo constituye la compra de dicho material a precios que fluctúan entre US\$ 70 000,00 por un vagón tolva y US\$ 2 700 000,00 por una locomotora<sup>212</sup>.
330. Otra alternativa de aprovisionamiento lo constituye el alquiler de material tractivo y rodante. Con relación a esta posibilidad, según información proporcionada por Perurail, actual y único operador del FSO, el monto promedio anual de los últimos 4 años pagado a Fetrans por el alquiler de la totalidad de material tractivo y rodante asciende a US\$ [ ]<sup>213</sup>, lo que

<sup>211</sup> En respuesta mediante correo electrónico a la solicitud de información realizada mediante Carta N° 002-2004/GEE-INDECOPI del 18 de febrero de 2004 de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

<sup>212</sup> Ver: Anexo 4 del presente informe.

<sup>213</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

equivale a un pago promedio anual simple de US\$ [ ]<sup>214</sup> por cada unidad de material tractivo y rodante.

De la información proporcionada durante la investigación preliminar por el MTC, Ositran, Perurail, Fetrans, Fersimsac y la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi, no se ha constatado la existencia de otras alternativas de aprovisionamiento distintas a las mencionadas previamente.

331. Con relación a las dos opciones de aprovisionamiento, se aprecia una diferencia considerable en inversión entre la compra de material tractivo y rodante y su arrendamiento, lo que a priori podría suponer una desventaja para el operador entrante que decida comprar el material en lugar de alquilarlo. Sin embargo, esta decisión podría variar dependiendo de la estrategia comercial y los beneficios esperados.

332. En el presente caso, según lo señalado en el Informe 055-2004/GEE, la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento, toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material —alquilándolo— a un costo mucho menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado.

El precio de una locomotora para trocha angosta de un proveedor de la República Popular China ascendería a US\$ 1 400 000,00<sup>215</sup>, cifra muy superior a los US\$ [ ]<sup>216</sup> de pago anual por alquiler que realiza el operador establecido. Por su parte, el precio de una locomotora en los Estados Unidos de América ascendería a US\$ 2 700 000,00, caso en el cual además se tendría que incurrir en costos adicionales para convertir el material de trocha estándar en trocha angosta.<sup>217</sup>

333. En la medida en que los activos que pretenda adquirir Fersimsac, o cualquier otro potencial operador, tengan un valor de reventa limitado debido a su carácter especializado o específico, y no exista un mercado desarrollado para este tipo de material, la entrada a este mercado involucra la existencia de altos costos hundidos.

<sup>214</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>215</sup> Ver: Anexo 4 del presente informe.

<sup>216</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>217</sup> Por ejemplo, para el caso de la adaptación de un coche a ser utilizados en trocha angosta, el costo adicional a los US\$ 70 000,00 (adquirido de Estados Unidos) estaría en el rango de US\$ [ ] a [ ] (según precios referenciales adjuntados por Perurail S.A., en su escrito del 15 de marzo de 2004). – Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.–

334. Tomando en cuenta que los costos hundidos derivados de la compra de material tractivo y rodante pueden ser superiores a los costos que enfrenta el operador establecido (Perurail) derivados del alquiler de dicho material a Fetrans (concesionario del FSO), es posible afirmar que la especificidad de los activos y los costos hundidos asociados a su adquisición representan una barrera a la entrada.
335. En líneas generales, las barreras a la entrada pueden constituirse en una estrategia empresarial mediante la cual los agentes establecidos en el mercado impiden o dificultan el ingreso de nuevas empresas. En este escenario, incrementar los costos de ingreso de una empresa, obligándola a incurrir en elevados costos hundidos, configura una estrategia que tiene por objeto desincentivar o impedir el ingreso de un potencial competidor y, por lo tanto, susceptible de lesionar el proceso competitivo.
336. En el presente caso, la existencia de elevados costos en los que tendría que incurrir Fersimsac o cualquier otro que desee operar en el FSO a través de la compra de material tractivo y rodante, podría constituir una barrera a la entrada que favorezca al operador establecido (Perurail) y que por ende podría limitar o restringir la competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
337. Por lo tanto, dadas las particularidades técnicas y comerciales existentes (trocha angosta de la línea férrea, empresas integradas, bajos costos de alquiler para el operador establecido, entre otros), la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento para Fersimsac o cualquier otro potencial operador, pues el operador establecido (Perurail) se aprovisiona arrendando dicho material de su empresa vinculada (Fetrans, concesionaria del FSO) a un bajo costo. Esta situación resta la posibilidad de entrada a Fersimsac o a cualquier otro potencial operador que desee participar competitivamente en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.
338. En consecuencia, el alquiler es la única alternativa real y viable de aprovisionamiento de material tractivo y rodante para una empresa ferroviaria que pretenda operar en el FSO, por lo que, en principio, el servicio relevante para efectos de delimitar el mercado producto relevante es el alquiler de material tractivo y rodante.

### 3.3.2.3. El mercado geográfico

339. Para establecer el mercado relevante se debe determinar las fuentes geográficas alternativas de aprovisionamiento, a las cuales Fersimsac o cualquier otro potencial operador podría recurrir con el objeto de alquilar material tractivo y rodante de trocha angosta, en similares condiciones a las recibidas por el operador establecido (Perurail), para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajero en el FSO.

340. Determinar las fuentes de aprovisionamiento alternativas desde el punto de vista geográfico o, lo que es lo mismo, determinar el mercado geográfico, equivale a establecer el área geográfica en donde se encuentran las fuentes a las que los usuarios del servicio relevante, en este caso el alquiler de material tractivo y rodante, podrían acudir si el precio de éste (el alquiler) se incrementara.
341. El análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de contratar el servicio relevante analizado, con otra fuente aprovisionamiento proveniente de otra área geográfica, de manera tal que esta fuente satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar la oferta que satisfaga las necesidades de los demandantes del servicio relevante a niveles competitivos, incluyendo a los proveedores de distintas locaciones geográficas.
342. En el caso en particular, se deben determinar los lugares geográficos a los cuales Fersimsac o cualquier otro potencial operador podría acudir para alquilar el material tractivo y rodante que le permita prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, en condiciones similares a las que Fetrans ofrece a Perurail. Para ello, corresponde identificar todas las probables fuentes geográficas de aprovisionamiento, además de Fetrans, que ofrezcan arrendar material tractivo y rodante, para luego, identificar cuáles constituyen alternativas competitivas de aprovisionamiento<sup>218</sup>.
343. Sin embargo, de la información proporcionada por el MTC, Ositrán, Fetrans, Perurail, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi y otros en el marco de la investigación preliminar, no se observa la existencia de un mercado de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO, a excepción del material otorgado en concesión a Fetrans (arrendado a Perurail).
344. En atención a ello, es posible afirmar que existen indicios razonables que permiten suponer que Fetrans es la única fuente de aprovisionamiento de material tractivo y rodante que puede operar en el FSO y, por ende, posiblemente la única alternativa a la que podría acceder Fersimsac o cualquier otro potencial operador.
345. Por lo tanto, el mercado geográfico queda delimitado a aquel material tractivo y rodante concesionado a Fetrans ubicado en la Región Cusco (Perú).

### 3.3.3. La presunta posición de dominio de Fetrans

346. Conforme a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, se entiende que una empresa goza de posición de dominio, cuando tiene

<sup>218</sup> Similares condiciones de mercado a las ofrecidas por Fetrans a Perurail.

capacidad de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, es decir, cuando puede establecer condiciones comerciales sin preocuparse por una eventual disminución en su participación de mercado.

347. En el presente caso, a efectos de determinar la existencia de indicios razonables respecto de la posición de dominio de Fetrans en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante para el FSO en la Región Cusco, corresponde analizar si el concesionario puede actuar de forma independiente de sus competidores, es decir, si puede establecer condiciones comerciales, por ejemplo de valor y volumen, sin preocuparse porque su demanda se vea afectada.
348. Cabe señalar que cuando la norma menciona a los competidores está haciendo referencia a los competidores actuales y/o potenciales que se puedan instalar en el mercado, es decir, aquellos que prestan servicios en el mercado y aquellos que fácilmente podrían ingresar a él para prestar el mismo servicio.
349. Dado que Fetrans es la única empresa que presta el servicio de alquiler de material tractivo y rodante para el FSO en la Región del Cusco (como se señaló en la sección anterior), es decir, que no posee competidores actuales en el mercado, corresponde únicamente determinar a continuación si posee competidores potenciales que puedan ingresar al mercado sin mayor dificultad. En ese sentido, corresponde verificar los posibles otros agentes del mercado que se encuentran en la capacidad de ofrecer en alquiler material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO.
350. Con relación a lo anterior, cabe señalar que son pocos los ferrocarriles en el mundo (Colombia, Guatemala y Alaska) que comparten la particularidad técnica del FSO (trocha angosta), siendo pocas las unidades en uso que operan bajo este sistema<sup>219</sup>. Por lo tanto, si alguna empresa que posee material tractivo y rodante susceptible de operar en el FSO decidiera ingresar al mercado de alquiler de dicho material, enfrentaría, entre otras, las siguientes restricciones:
- (i) El traslado del material a la vía férrea del FSO.
  - (ii) El acondicionamiento del material a la particularidades geográficas de la zona (humedad, altura, declives, etc).
  - (iii) El acondicionamiento del material a las particularidades de uso (frecuencia de uso, pasajeros, mercancías, mantenimiento de vías, etc.).
  - (iv) La desatención de la demanda en el mercado donde actualmente opera (costo de oportunidad).
  - (v) La temporalidad del contrato de arrendamiento (tiempo de alquiler).

<sup>219</sup> Según Informe N° 055-2004/GEE, en esos lugares no existen más de 5 locomotoras que cuenten con dichas especificaciones.

351. En consecuencia, resulta poco razonable suponer que existan potenciales entrantes o competidores en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante que puedan operar en el FSO, pues existen aspectos técnicos y económicos que dificultan el ingreso al mercado. En consecuencia, Fetrans sería el único prestador actual y potencial del servicio relevante, lo que lo convertiría en el monopolista de dicho servicio y, por lo tanto, en la empresa con posición de dominio en el mercado relevante.

### 3.3.4 El presunto abuso de posición de dominio de Fetrans

352. En el acápite anterior se ha determinado la existencia de indicios razonables que permiten afirmar que Fetrans ostenta posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante susceptible de operar en el FSO. En este sentido, corresponde analizar a continuación si su actuación podría constituir o no un supuesto abuso de posición de dominio, vale decir, si, al haberse negado a arrendar a Fersimsac el material tractivo y rodante, Fetrans habría cometido una infracción a las normas de defensa de la libre competencia.

353. Como se ha señalado, el alquiler del material adjudicado a Fetrans mediante el Contrato de Concesión es la única alternativa efectiva que tiene Fersimsac o cualquier otro potencial operador para aprovisionarse de material tractivo y rodante. Toda vez que la prestación competitiva del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO depende del alquiler de dicho material, la negativa de Fetrans constituiría una barrera de acceso al mercado. En concreto, la conducta de Fetrans constituiría una barrera a la entrada en la modalidad de negativa de acceso a un insumo fundamental<sup>220</sup>.

354. Fetrans ha sustentado su negativa argumentando que la totalidad del material tractivo y rodante (adjudicado a su favor por el Estado) se encontraba arrendado a su empresa vinculada Perurail, por lo que a la fecha de la solicitud de Fersimsac, el Concesionario no disponía de material para alquilar.

355. Ciertamente el Contrato de Concesión no previó el acceso inicial —al material tractivo y rodante— de usuarios intermedios de transporte de carga y pasajeros a través de un concurso público, sino que planteó la posibilidad de que Fetrans contratara con un operador vinculado a efectos de que la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros no se viera afectada: en tanto servicio de interés público, su prestación continua debe ser asegurada.

<sup>220</sup> La imposibilidad de poder acceder a un insumo fundamental impide a la empresa llevar a cabo su proceso productivo. La negativa de acceso a este insumo es también una limitación a la posibilidad de desarrollar su actividad. En particular, la negativa de alquilar material tractivo y rodante por parte de Fetrans constituiría un impedimento para que Fersimsac, o cualquier otro potencial operador, preste el servicio de transporte ferroviario, por lo que, de manera preliminar, dicho accionar podría constituir una barrera a la entrada.

356. Por tal razón, si bien es propósito del Contrato de Concesión que los agentes que administren la vía férrea e inmuebles involucrados sean distintos de los que presten el servicio de transporte, con el fin de garantizar la continuidad del servicio Fetrans tuvo el derecho y deber de alquilar la totalidad del material tractivo rodante a su empresa vinculada Perurail, la cual ha sido autorizada a [ ]<sup>221</sup> a partir del [ ]<sup>222</sup> de entrada en vigencia del contrato.
357. Al ser Fetrans y Perurail empresas pertenecientes al mismo grupo económico que realizan actividades en dos eslabones continuos de la cadena de valor, resulta lógico suponer que se comportan materialmente como una sola empresa que realiza actividades verticalmente integradas.
358. La literatura económica<sup>223</sup> sugiere que en determinadas circunstancias la celebración de un contrato determinado constituye una restricción vertical que puede devenir en una barrera estratégica a la entrada, en la medida que impida el acceso de un competidor a la compra o al uso de un bien que resulta esencial a efectos de participar en el mercado. Ahora bien, determinar si la barrera estratégica materializada en dicho contrato es anticompetitiva requiere de la evaluación de las posibles eficiencias derivadas de este tipo de contrato y contrastar estas eficiencias con los efectos restrictivos que pudieran generarse sobre la competencia en el mercado.
359. Determinar si el contrato de arrendamiento suscrito entre Fetrans y Perurail constituye una barrera estratégica, requiere evaluar previamente si éste restringe la libertad de decisión de las partes que lo suscriben, es decir, si de alguna manera impide que alguna de éstas contrate con terceros el alquiler del material tractivo y rodante. Sobre el particular, a criterio de esta Secretaría Técnica, al ser Fetrans y Perurail empresas pertenecientes al mismo grupo económico, así como podrían celebrar "contratos"<sup>224</sup> que constituyan barreras a la entrada de potenciales competidores, también podrían dejar sin efecto tales contratos o modificarlos a efectos de permitir

<sup>221</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>222</sup> Lo consignado entre corchetes es información sensible que obra en un expediente de investigación preliminar la cual en principio es reservada.

<sup>223</sup> AGHION y BOLTON (1987) demostraron que la suscripción de contratos de largo plazo entre una empresa vendedora de un insumo y otra empresa compradora del mismo, genera una barrera de entrada que restringen el acceso al mercado de nuevos abastecedores.

En: AGHION, P. y BOLTON, P. *Contracts as a Barrier to Entry*. American Economic Review, 1987, Vol. 77, págs 338 a 401.

Otro trabajo que se encuentra en la misma línea. En: SIMPSON J. y WICKELREN A. *The Use of Exclusive Contracts to Deter Entry*., Federal Trade Commission, June 2001.

<sup>224</sup> No existen prestaciones recíprocas efectivas que en la práctica puedan prestarse dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, toda vez que ello sería como si una misma persona traspasara una moneda de su mano izquierda a su mano derecha.

una sana competencia y cumplir con el principio de equidad establecido en el Contrato de Concesión.

360. En efecto, desde el punto de vista económico, Fetrans y Perurail son una sola empresa, por lo que la existencia de un contrato entre ellas (susceptible de ser resuelto o modificado a muy bajo costo) no podría ser oponible para el resto de competidores reales o potenciales, en la medida que los efectos restrictivos de la competencia de dicho acto jurídico sean mayores a sus eficiencias productivas.
361. En ese sentido, un factor importante a efectos de facilitar la entrada de terceros habilitados para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros sería la modificación de los términos iniciales del contrato de arrendamiento del material tractivo y rodante suscrito entre Fetrans y Perurail. Esta modificación implicaría que tanto el potencial entrante como Perurail tengan la posibilidad de competir equitativamente por el alquiler del material tractivo y rodante, lo cual podría redundar en una mejor asignación social de los recursos. Ello sería además consistente con el objetivo inicial de la privatización del FSO, esto es, otorgar el control de la infraestructura ferroviaria a una sola empresa en tanto monopolio natural, incentivando la generación de condiciones de competencia en los segmentos competitivos de la industria, como es la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
362. De lo anterior se puede inferir que la barrera estratégica a la entrada no es el contrato de alquiler en sí mismo —acto jurídico fácilmente modificable por estar suscrita por dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico— sino la integración vertical existente entre Fetrans y Perurail, que a su vez sirve de medio facilitador del real acto anticompetitivo que es la negativa del primero a otorgar el acceso a un tercero de un insumo fundamental para la prestación del servicio de transporte ferroviario.
363. En el supuesto de que Fetrans alquile el material tractivo y rodante, concesionado por el Estado, a su operador vinculado Perurail y a otras empresas prestadoras del servicio de transporte ferroviario, se reflejaría adecuadamente lo establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión referido a la equidad en el servicio<sup>225</sup>, según el cual “...el concesionario no podrá discriminar entre los Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes.”

<sup>225</sup> En dicho numeral se menciona que “El concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las leyes aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la Libre Competencia o el libre acceso a la línea férrea.” ... “Además, las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN, están legitimados para iniciar ante INDECOP, en caso consideren que el concesionario está infringiendo la regulación legal de la Libre Competencia en el desarrollo de sus actividades.”

(el subrayado es nuestro)



Bajo dicho supuesto, la diligencia de Fetrans por cumplir el principio de equidad en el servicio podría ser más explícita, a través de una licitación pública para el alquiler del material tractivo y rodante, donde Perurail competiría con otras empresas.

364. En el extremo, Fetrans incluso podría acordar que su empresa vinculada no participe en la licitación pública, conducta que estaría acorde con la reforma regulatoria llevada a cabo por el Estado en el sector ferroviario, reforma que implica principalmente la separación entre las actividades con características de monopolio natural (v.g. administración de la línea férrea) y las que se encuentran en el segmento competitivo (v.g. prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros), que fue dejada de lado sólo con el objeto de asegurar la continuidad del servicio.

365. La conducta de Fetrans reflejaría una violación al principio de equidad establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión, toda vez que como Concesionario estaría discriminando a Fersimsac en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y de pasajeros en el FSO, en contraste a su comportamiento frente a su empresa vinculada Perurail a la que le alquila el íntegro de dicho material. En otras palabras, no obstante que las prestaciones que solicitan Fersimsac y Perurail podrían ser equivalentes (el alquiler de material tractivo y rodante), Fetrans estaría dando un trato discriminatorio a Fersimsac al negarse a contratar con esta empresa el alquiler del referido material, alquilándolo íntegramente a Perurail (pese a que el contrato de alquiler podría ser renegociado a bajo costo por tratarse de empresas que constituyen un grupo económico).

366. En consecuencia, en el presente caso se podría observar un concurso ideal de infracciones por el cual una misma conducta puede calificar en más de un supuesto típico de infracción administrativa<sup>226, 227</sup>. En efecto, la conducta de Fersimsac no sólo podría constituir un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante para la operación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO sino que, además, dicha

<sup>226</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*. Editorial Temis, Bogotá, 1990. "Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concursos ideal o formal".

<sup>227</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

(...)

conducta implicaría una inobservancia al principio de equidad previsto en el Contrato de Concesión por lo que podría constituir un abuso de posición de dominio en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante susceptible de operar en el FSO.

### 3.3.5 Las probables acciones a adoptar

367. En general, se podrían presentar diversas alternativas que permitirían a un potencial entrante acceder al material tractivo y rodante y, por ende, competir con Perurail (empresa vinculada del Concesionario de dicho material) en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
368. Si una empresa entrante solicitara a Fetrans que le alquile el material tractivo y rodante para operar en el FSO, se podrían dar las siguiente alternativas:
- (i) Que se resuelva el contrato entre Fetrans y Perurail y permitir así el arrendamiento de la totalidad del material tractivo y rodante a un potencial entrante, de manera tal que se separe en los hechos la administración de la infraestructura férrea y la prestación del servicio de transporte. Esta alternativa sería acorde con la separación de las actividades en la industria ferroviaria comprendida en la reforma regulatoria que el Estado impulsó en la década pasada. Sin embargo, esta alternativa no promovería la competencia en el alquiler del material tractivo y rodante ni en la prestación del servicio de transporte. En rigor, se sustituiría un monopolio por otro.
  - (ii) Licitación la totalidad del material tractivo y rodante concesionado por el Estado, permitiendo que Perurail compita con el potencial operador por la adjudicación en alquiler de tales materiales. Esta opción no permitirá la competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario, pero sí permitirá fomentar la competencia en su adjudicación.
  - (iii) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante concesionado. Una parte sería alquilada a la empresa vinculada de Fetrans. La otra sería entregada directamente en alquiler al potencial entrante. Esta opción no permitirá la competencia en la adjudicación del material tractivo y rodante, pero sí en la prestación del servicio de transporte.
  - (iv) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante administrado por Fetrans. Una parte quedaría en alquiler de su empresa vinculada. La otra sería licitada entre todos potenciales entrantes que tengan la intención de operar en el FSO. Esta opción permitirá, en una primera etapa, la competencia en el alquiler del material tractivo y rodante, y en una segunda, la competencia en la prestación del servicio de transporte.

**Cuadro N° 4**  
**Alquiler del material tractivo y rodante con un potencial entrante**

			Empresa Vinculada	Potencial Entrante
No participación del vinculado			0%	100%
Participación del vinculado	Licita	Todo	100% ó 0%	0% ó 100%
		Parte	50%	50%
	Divide		50%	50%

Cabe mencionar que en todas las alternativas antes señaladas, cuando se contempla la posibilidad de licitar, resulta factible incorporar dentro de los instrumentos de evaluación de la licitación la "oferta de menor precio del pasaje o flete bajo el cumplimiento de determinados estándares técnicos". Esta opción, además de posibilitar la competencia en la adjudicación del material tractivo y rodante, originará un menor precio por el servicio de transporte ferroviario.

369. En el caso de que sean dos los potenciales entrantes que soliciten a Fetrans el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado por el Estado, se podría optar por:

- (i) Resolver el contrato suscrito entre Fetrans y Perurail, dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante y arrendar directamente cada parte a cada uno de los potenciales operadores. Esta opción no permitirá la competencia en la adjudicación de dichos materiales, pero sí en la prestación del servicio de transporte; además, separaría las actividades de administración de la infraestructura férrea y las de prestación del servicio de transporte, de conformidad con la reforma regulatoria impulsada por el Estado en la década pasada.
- (ii) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante adjudicado a Fetrans, induciendo a que Perurail y los potenciales operadores compitan por adjudicarse el alquiler del material dividido. Esta opción permitirá la competencia en el alquiler del material tractivo y rodante y en la prestación del servicio de transporte ferroviario.
- (iii) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante. Una parte sería operada por Perurail. La otra se licitaría entre los dos potenciales entrantes y sería otorgada en alquiler al ganador. Esta opción permitirá la competencia en la adjudicación del material tractivo y rodante y en la prestación del servicio de transporte ferroviario.
- (iv) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante concesionado a Fetrans. Una parte sería operada Perurail. La otra sería licitada entre todos los potenciales entrantes que tengan la intención de

operar en el FSO, entre los que se incluiría a los dos solicitantes. Esta opción permitirá en una primera etapa la competencia en el alquiler del material tractivo y rodante, y en una segunda, la competencia en la prestación del servicio de transporte.

- (v) De ser posible, dividir en tres partes equivalentes el material tractivo y rodante adjudicado. Una parte quedaria en alquiler de la empresa vinculada a Fetrans. Las otras partes dos serían alquiladas directamente a los potenciales entrantes. Esta opción no permitirá la competencia en la adjudicación del material tractivo y rodante, pero sí en la prestación del servicio de transporte.

**Cuadro N° 5**  
**Alquiler del material tractivo y rodante con**  
**dos potenciales entrantes**

		Empresa Vinculada	Potencial Entrante 1	Potencial Entrante 2
<b>No participación del vinculado</b>		0%	50%	50%
<b>Participación del vinculado</b>	Licita	Todo	50% ó 0%	50% ó 0%
		Parte	50%	50% ó 0%
	Divide	33,3%	33,3%	33,3%

Al igual que en numeral anterior, cabe mencionar que en todas las alternativas antes señaladas, cuando se contempla la posibilidad de licitar, resulta factible incorporar dentro de los instrumentos de evaluación de la licitación la "oferta de menor precio del pasaje o flete bajo el cumplimiento de determinados estándares técnicos". Esta opción, además de posibilitar la competencia en la adjudicación del material tractivo y rodante, originará un menor precio por el servicio de transporte ferroviario.

370. Todas las opciones precedentes deben considerar las restricciones técnicas y económicas del FSO para soportar un número determinado de operadores ferroviarios.

371. A manera de conclusión, el argumento de que el material tractivo y rodante (adjudicado en virtud del Contrato de Concesión del FSO) se encontraba íntegramente arrendado a Perurail (vinculada de Fetrans) no sería una justificación válida que podría ser esbozada por Fetrans a efectos de negarse a arrendar parte de dicho material a Fersimsac o a cualquier otro potencial operador, toda vez que al tratarse de un grupo económico, la resolución o modificación del contrato de arrendamiento sería factible y se realizaría a bajo costo.

372. Por ello, resulta verosímil suponer que la negativa de Fetrans tendría por objeto impedir el ingreso al mercado de nuevos competidores distintos a su empresa vinculada (Perurail), aprovechándose de la posición de dominio

que ostenta en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante en la Región Cusco. Ello podría evidenciar un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar susceptible de afectar la libre competencia.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

##### 4.1. Tipicidad

373. Conforme lo establece el numeral 4 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o aplicación analógica.

374. De conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 701, concordado con los literales a) y b) del artículo 5 del mismo dispositivo legal, un agente económico abusa de su posición de dominio en determinado mercado relevante:

- (i) Negándose injustificadamente a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; o
- (ii) Aplicando en las relaciones comerciales condiciones desiguales (o inequitativas) para prestaciones equivalentes.

Ello con el fin de obtener un beneficio para sí mismo, y causar un perjuicio al demandante u oferente del bien o servicio objeto de la negativa o discriminación, generándose un perjuicio al interés económico general.

375. En el presente caso, la conducta que se imputa a Fetrans es un presunto abuso de posición de dominio consistente en haberse negado injustificadamente a arrendar a Fersimsac el material tractivo y rodante que le fuera adjudicado por el Estado peruano en virtud del Contrato de Concesión del FSO. Asimismo, dicha conducta implicaría una violación al principio de equidad establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del mencionado contrato de concesión, por lo que ello traduciría, a su vez, un abuso de posición de dominio por parte de Fetrans en la modalidad de discriminación en el alquiler del referido material tractivo y rodante, favoreciendo a su empresa vinculada Perurail y perjudicando a Fersimsac y a cualquier otro potencial operador susceptible de ser discriminado.

El perjuicio causado a los potenciales operadores (incluyendo a Fersimsac) se encontraría expresado en el hecho de verse impedidos de operar en el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros. Mientras que el beneficio que obtendría Fetrans se traduciría en la ausencia de competencia

y la consecuente monopolización de dicho servicio en el FSO en favor de su empresa vinculada Perurail.

376. En el presente caso no se está imputando a Fetrans como supuesto de hecho de la infracción administrativa (elemento de tipicidad) el no haber optado por alguna de las probables alternativas descritas en el acápite 3.3.5 del presente informe técnico, a efectos de proveer de material tractivo y rodante a algún potencial operador. Lo que se está imputando a Fetrans como elemento de tipicidad es el hecho de haberse negado injustificadamente a contratar y/o haber efectuado una práctica discriminatoria en perjuicio de Fersimsac en el alquiler del mencionado material, con la finalidad de favorecer a su empresa vinculada Perurail y mantener el monopolio en el transporte de carga y pasajeros en el FSO. Sin embargo, las probables alternativas antes reseñadas no son otra cosa que elementos de juicio que evidencian la actuación anticompetitiva de Fetrans.
377. Para esclarecer dicha afirmación, utilicemos como ejemplo el delito previsto en el artículo 127 del Código Penal, el cual prescribe que quien encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de terceros o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.

Así por ejemplo, será delito el que alguien encuentre a una persona herida en plena vía pública, víctima de un accidente de tránsito, y omita llevar al herido a un hospital o a una clínica o llamar por teléfono a los bomberos, al serenazgo o a la policía o acudir personalmente a los locales de estas entidades, etc.

En este ejemplo, el agente será procesado y eventualmente sancionado por haber omitido prestar auxilio a la persona en peligro a través del uso de un medio idóneo, como pudo haber sido cualquiera de las acciones descritas precedentemente.

El delito cometido por el agente es haber omitido prestar ayuda, mientras que el no haber llevado al herido a un hospital o a una clínica o no haber llamado por teléfono a los bomberos, al serenazgo o a la policía o no haber acudido personalmente a los locales de estas entidades, constituyen elementos de juicio que evidencian que la inacción del agente fue injustificada.

378. Utilizando el ejemplo antes descrito al caso materia de análisis, el supuesto de hecho de la infracción administrativa tipificada en el Decreto Legislativo 701 sería el que Fetrans se ha negado injustificado a contratar y/o efectuado una práctica discriminatoria en perjuicio de Fersimsac o de cualquier otro potencial operador respecto del acceso al material tractivo y rodante, utilizando como pretexto el haber previamente alquilado dicho material a su empresa vinculada Perurail. Por su parte, las probables

109/129

alternativas descritas en el acápite 3.3.5 del presente informe son elementos de juicio que evidencian que la actuación de Fetrans fue injustificada en términos del principio de equidad establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión y de las normas de defensa de la libre competencia.

#### 4.2. El objeto de un eventual procedimiento de oficio

379. Como se ha señalado anteriormente, de acuerdo al Contrato de Concesión, el operador de la línea o infraestructura férrea (Fetrans) sólo puede impedir el ingreso de un operador de servicios de transporte ferroviario (Fersimsac o cualquier otro competidor potencial y/o real) en caso de que<sup>228</sup>:

- (iv) No cuente con el respectivo permiso de operación vigente extendido por el MTC; o,
- (v) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las leyes aplicables; o<sup>229</sup>,
- (vi) Exista un impedimento técnico u operativo al no mantener en buen estado su material tractivo o rodante o sus instalaciones, de modo que no sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos establecidos en el Contrato de Concesión. Ello de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7 de la cláusula séptima del contrato (condiciones del servicio de transporte ferroviario).

380. En ese sentido, el eventual procedimiento de oficio que se inicie en virtud del presente informe, no tendrá como objeto investigar un supuesto abuso de posición de dominio por parte de Fetrans consistente en la negativa a suscribir un contrato de acceso a la vía férrea en perjuicio de Fersimsac, argumentando para ello alguna de las causales de impedimento señaladas en el párrafo anterior.

Así por ejemplo, si Fetrans se hubiese negado a brindar a Fersimsac el acceso a la vía férrea por no haber presentado las pólizas de seguro respectivas de acuerdo a lo estipulado en las normas jurídicas vigentes, ello no sería objeto del eventual procedimiento de oficio que se inicie en virtud de las consideraciones y conclusiones del presente informe.

381. Lo que será materia de un eventual procedimiento de oficio en virtud de las consideraciones y conclusiones del presente informe será un supuesto abuso de posición de dominio por parte de Fetrans consistente en una

<sup>228</sup> Ver: Numeral 12.2 de la Cláusula Decimasegunda del Contrato de Concesión: Obligaciones del Concesionario.

<sup>229</sup> Las coberturas mínimas para el seguro contra daños y perjuicios así como daños a terceros para los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros y de carga, se encuentran estipulados en la Cláusula Vigésimaprimer y en el Anexo N°10 del Contrato de Concesión.

presunta negativa injustificada de alquilar material tractivo y rodante y una presunta inobservancia del principio de equidad contenido en el Contrato de Concesión<sup>230</sup>, argumentando para ello la existencia del contrato de alquiler celebrado con su empresa vinculada Perurail. En otras palabras, lo que se analizará en un eventual procedimiento de oficio es si el contrato de alquiler con Perurail es un elemento facilitador para la comisión de las conductas anticompetitivas imputadas a Fetrans, en perjuicio de cualquier competidor potencial y/o real en el mercado.

382. Corresponde precisar que una cosa es negarse a prestar el servicio de acceso a la vía férrea cuya justificación sólo puede argumentarse en virtud de las causales previstas en el Contrato de Concesión (entre ellas no contar con pólizas de seguro); y otra muy distinta la negativa y discriminación en la prestación del servicio de alquiler del material tractivo y rodante otorgado en concesión a Fetrans, alegando para estos efectos la existencia de un contrato que puede ser renegociado a bajo costo (lo cual será materia de un eventual procedimiento de oficio).

383. Por lo tanto, el procedimiento de oficio que, de ser el caso, inicie la Comisión, en virtud del presente informe, versará sobre la negativa y trato discriminatorio de Fetrans en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante en perjuicio de todo operador potencial y/o real (incluyendo a Fersimsac), alegando la existencia del contrato de alquiler con su empresa vinculada Perurail. Por lo que carece de importancia para dichos efectos si Fetrans negó el acceso a la vía férrea argumentando la falta de pólizas de seguros u otra razón.

#### 4.3. El contrato de alquiler con la empresa vinculada

384. Conforme se ha señalado en el presente informe, Fetrans ha argumentado la existencia del contrato de arrendamiento celebrado con su vinculada a efectos de negar el alquiler del material tractivo y rodante a Fersimsac.

385. Sobre el particular, esta Secretaría Técnica considera que Fetrans y Perurail, al tratarse de empresas de un mismo grupo económico que operan en eslabones continuos de la cadena de producción, actúan en realidad como empresas integradas verticalmente que en los hechos configuran una sola empresa. En este escenario, el contrato de alquiler es utilizado para imponer una barrera a la entrada de potenciales competidores, siendo susceptible de ser resuelto o modificado dicho acto jurídico a un bajo costo. Es en tal sentido que el cuestionado contrato de arrendamiento actúa como facilitador del verdadero acto anticompetitivo: la negativa y/o discriminación.

386. Conforme al marco teórico desarrollado en el acápite 3.1.1 del presente informe, la agencia de competencia está facultada para, mediante la imposición de obligaciones de dar, hacer o no hacer, limitar o apartar los

<sup>230</sup> Que no es otra cosa que un trato discriminatorio en la prestación de dicho servicio.



contratos que en los hechos constituyan o sirvan para afianzar barreras estratégicas anticompetitivas que restrinjan injustificadamente la entrada de reales o potenciales competidores al mercado.

387. En tal sentido, no debe extrañar que la libertad de contratación sobre bienes legalmente adjudicados a Fetrans pueda ser limitada por las normas de defensa de la libre competencia bajo la hipótesis de considerar que el contrato de arrendamiento suscrito con Perurail es utilizado como parte de una estrategia anticompetitiva destinada a impedir o dificultar el ingreso de competidores al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.

388. Con relación a ello, resulta pertinente mencionar diversos pronunciamientos emitidos tanto por el Indecopi como por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL en los cuales se han establecido medidas que de alguna manera han limitado el derecho de propiedad o la libertad de contratación de los denunciados, en tutela de la libre competencia:

- Resolución N° 019-94/CLC, del 27 de julio de 1994:

La Empresa Nacional de Comercialización de la Coca (ENACO), empresa estatal que cuenta con el monopolio legal en el mercado de la compra y venta de hoja de coca, se negaba a proveer hojas de coca a la empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. para la producción de bolsas filtrantes de mate de coca.

Dicha negativa tenía un efecto anticompetitivo, pues no permitía a la denunciante ingresar al mercado de mate de coca filtrante. En la citada resolución, la Comisión ordenó a ENACO satisfacer las demandas de compra de la denunciante. Este mandato no fue otra cosa que la imposición de una obligación a ENACO: la obligación de vender hoja de coca a la denunciante.

Mediante tal mandato, como es evidente, se afectó tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratación de ENACO. Sin embargo, tal afectación resultaba razonable a efectos de tutelar el interés público que constituye la protección del proceso competitivo.

- Resolución N° 073-97-PD/OSIPTEL, del 13 de noviembre de 1997: Procedimiento iniciado por la empresa Empresa Difusora Radio Tele S.A. (Bell South) en contra de Telefónica del Perú S.A. (Telefónica). Bell South denunció a esta última por negarse a proveerle el servicio de *roaming*<sup>231</sup> a sus clientes, aduciendo además que sin esta facilidad le sería imposible competir.

<sup>231</sup> **Roaming**

1. Modalidad operativa del servicio público de telefonía móvil celular que otorgan los operadores de dicho servicio mediante acuerdos, a fin de que sus abonados puedan, transitoriamente, 112/129

La resolución que puso fin al procedimiento administrativo contenía un mandato en el que se obligó a Telefónica del Perú a prestar el referido servicio a la denunciante, en el entendido de que era deseable para la competencia que Bell South pudiera prestar, a través de Telefónica, el servicio de *roaming* a sus clientes.

Con su pronunciamiento la agencia de competencia afectó el derecho de propiedad y la libertad de contratación del titular de un recurso, el cual se consideró esencial para la competencia en el mercado de las telecomunicaciones móviles. Se señaló que sólo a través de la protección de la libre competencia en dicho mercado se iba lograr la consecución de un mayor bienestar para los consumidores y usuarios.

- Resolución N° 62-2000-CCO/OSIPTEL, del 21 de diciembre de 2000:

La empresa Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, Telefónica Multimedia) había celebrado con las cadenas estadounidenses Turner Broadcasting System Latin America, Inc. (en adelante, Turner) y Fox Latin American Channel, Inc. (en adelante, Fox) diversos contratos de licencia en exclusiva, en virtud de los cuales la primera sería la única proveedora en Lima de diversas señales de televisión por cable de titularidad de las mencionadas cadenas estadounidenses. Tele Cable S.A. (Tele Cable) denunció tanto a las cadenas Turner y Fox como a Telefónica Multimedia, a efectos de que se declare que la exclusividad configuraba una práctica anticompetitiva.

Se declaró fundada la denuncia. La resolución citada contiene un mandato en el que se ordena a Telefónica Multimedia (y, en general, a las empresas del Grupo Telefónica) dejar sin efecto las cláusulas de exclusividad referidas en el párrafo anterior, con lo cual estas cláusulas resultaban inexigibles para Telefónica Multimedia así como inoportables a terceros (en especial a Tele Cable).

Es evidente que el mandato de la agencia de competencia afectó la libertad de contratación de Telefónica Multimedia, Turner y Fox, pues

---

efectuar y recibir llamadas telefónicas en área de concesión distinta de aquella en la que son abonados. (Disposición Preliminar del Sistema de Tarifas que se aplicara a las comunicaciones cursadas entre usuarios del servicio de telefonía fija y usuarios de telefonía móvil celular, aprobado por Resolución N° 005-96-CD/OSIPTEL).

2. A la modalidad que otorga facilidades a las empresas operadoras, a fin que sus abonados puedan, eventual o permanentemente, efectuar y recibir comunicaciones en áreas de prestación del mismo operador o de otro, distinta a aquella en la que se encuentran registrados como abonados. (Artículo 4° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos Móviles, aprobada por Resolución N° 002-2000-CD/OSIPTEL).

Glosario de Términos del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. ([www.osiptel.gob.pe](http://www.osiptel.gob.pe))

se afectó contratos estructuralmente válidos. Estos contratos, sin embargo, configuraban un ilícito a la luz de las normas de libre competencia y afectaban el interés público que la protección de ésta significa.

- Resolución N° 869-2002/TDC-INDECOPI, del 11 de diciembre de 2002:

La empresa Cab Cable S.A. (en adelante, Cab Cable) denunció a Electrocentro S.A. (en adelante, Electrocentro) y a los funcionarios de dicha empresa que resultasen responsables de la conducta de abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada de celebrar con ella un contrato de alquiler de postes de alumbrado eléctrico para el tendido de cables de televisión y, con ello, impedirle que pueda prestar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Huancayo.

En la citada resolución se consideró que Electrocentro tenía posición de dominio en el mercado de alquiler de sus postes, los que a su vez resultaban un insumo esencial para el desarrollo de la actividad de la demandada. En consecuencia, se emitió un mandato en el que se ordenó a la primera alquilar sus postes a favor de la denunciante, es decir, se "obligó a contratar" a Electrocentro, restringiendo así de manera evidente su libertad de contratar y su derecho de propiedad sobre los postes.

- Resolución N° 870-2002/TDC-INDECOPI, del 11 de diciembre de 2002:

Aero Continente S.A. (en adelante, Aero Continente) denunció al Banco de Crédito del Perú por presunto abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada de prestación de servicios bancarios; en particular, por su negativa a acceder a la solicitud presentada por la denunciante para abrir cuentas corrientes. Aero Continente manifestó que requería de la apertura de cuentas corrientes en moneda nacional y extranjera en la ciudad de Puerto Maldonado, a fin de que su agente autorizado en esa ciudad pudiera depositar el importe correspondiente a los reportes de venta de los servicios prestados en la zona.

El Tribunal consideró, al igual que en los casos anteriores, que la negativa del referido banco tenía un efecto anticompetitivo y emitió un mandato en el que se impuso a éste la obligación de prestar el mencionado servicio. Así, restringió la libertad de contratación de la empresa denunciada y su derecho de propiedad sobre ciertos activos, que en principio le hubieran permitido decidir libremente el negarse a contratar con Aero Continente.

#### 4.4. Escenario particular

114/129

389. El cuestionamiento a la negativa de Fetrans de alquilar material tractivo y rodante a Fersimsac o a cualquier otro potencial operador, utilizando como pretexto el alquiler de dicho material a su empresa vinculada Perurail, se enmarca en un contexto distinto al de otros mercados.

390. Así por ejemplo, en mercados como el de transporte aéreo o marítimo la inversión necesaria para operar resulta considerable debido a que el operador aéreo o marítimo debe invertir en la adquisición de su propia flota de aeronaves o embarcaciones (por cierto, no concesionados por el Estado). En estos mercados, que duda cabe, ningún operador entrante puede exigir al ya establecido el alquiler de sus aeronaves o embarcaciones para comenzar a operar, pues esta conducta podría ser considerada como parasitaria (*free riding*). En efecto, el operador ya establecido que invirtió en la adquisición (por compraventa, arrendamiento o cualquier otro acto jurídico) de su propia flota en principio no está sujeto a la obligación de compartir sus activos con sus competidores.

391. Sin embargo, el mercado de alquiler de material tractivo rodante idóneo para operar en el FSO se desenvuelve en un escenario distinto al de esos otros mercados, puesto que:

- (i) El material tractivo y rodante sobre los que Fetrans ostentaría la presunta posición de dominio son bienes dados en concesión por el Estado.
- (ii) El Contrato de Concesión mediante el cual se le adjudicó a Fetrans dicho material establece una cláusula de equidad que lo obliga a no discriminar entre operadores ferroviarios que demanden sus servicios (entre los que se incluiría el servicio de alquiler de material tractivo y rodante). El Concesionario se encuentra obligado a tratar con equidad a sus clientes (demandantes de servicios), independientemente de si éstos forman parte o no de su grupo económico.
- (iii) La finalidad del proceso de privatización es la de separar la administración de la infraestructura férrea de la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros. En particular, la reforma regulatoria pretende que haya competencia en el mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
- (iv) Siendo el Concesionario (Fetrans) y el operador ferroviario (Perurail) empresas vinculadas pertenecientes al mismo grupo económico e integradas verticalmente, la reformulación del contrato de arrendamiento no involucraría costos significativos.

## V. CONCLUSIÓN

Del análisis de la información obtenida en la investigación preliminar, y considerando que:

- (i) Existe una limitada competencia intermodal a lo largo de la vía férrea del Ferrocarril Sur - Oriente, pues sólo en algunos tramos es posible contar con medios alternativos de transporte.
- (ii) No existe competencia intramodal a lo largo de la vía férrea del Ferrocarril Sur - Oriente, toda vez que desde su concesión, sólo una empresa ha prestado el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
- (iii) La prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur - Oriente involucra el aprovisionamiento de insumos que, por su carácter específico e inversión, constituirían altos costos hundidos que configurarían una barrera a la entrada para potenciales operadores.
- (iv) El concesionario del Ferrocarril Sur - Oriente (Ferrocarril Transandino S.A.) y el operador del servicio de transporte ferroviario de carga y transporte (Perurail S.A.) son empresas que pertenecen al mismo grupo económico, por lo que en realidad actuarían como una sola empresa que desarrolla actividades verticalmente integradas.
- (v) El mercado relevante sería el alquiler de material tractivo y rodante en la Región Cusco susceptible de ser operado en el Ferrocarril Sur - Oriente. En dicho mercado relevante Ferrocarril Transandino S.A. ostentaría posición de dominio.
- (vi) La negativa de Ferrocarril Transandino S.A. de contratar con Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C., o con cualquier otro potencial entrante, el alquiler del material tractivo y rodante concesionado por el Estado, argumentando para tal efecto haber alquilado a Perurail S.A. el íntegro de dicho material, traduciría en los hechos la imposición de una barrera artificial, pues perteneciendo ambas empresas al mismo grupo económico la resolución o modificación del contrato de arrendamiento sería factible a un bajo costo.
- (vii) La negativa a contratar de Ferrocarril Transandino S.A. tendría por objeto restringir la competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros a lo largo del Ferrocarril Sur - Oriente, lo cual tendría sentido en la medida que Perurail S.A., su empresa vinculada, participa en él.
- (viii) La inobservancia del principio de equidad estipulado en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur - Oriente por parte de Ferrocarril Transandino S.A. en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante, traduciría un trato discriminatorio contra Ferrocarril Santuario Machupicchu S.A.C. (y cualquier otro potencial entrante) cuya finalidad sería beneficiar a su empresa vinculada Perurail S.A.

116/129

Esta Secretaría Técnica arriba a la siguiente conclusión:

- 1) Recomendar a la Comisión de Libre Competencia iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Ferrocarril Trasandino S.A. por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en las modalidades de:
  - (i) Negativa injustificada de contratar el alquiler de material tractivo y rodante con la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701; y,
  - (ii) Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante contra la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y cualquier otro potencial operador, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

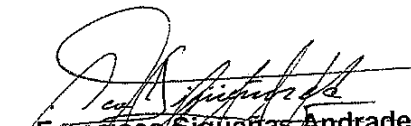
Actos que serían susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del referido decreto legislativo.

- 2) Solicitar a la Comisión de Libre Competencia que autorice la notificación del presente informe al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y al Organismos Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.
- 3) Solicitar a la Comisión de Libre Competencia que autorice la publicación del presente informe en la página web del Indecopi por dos semanas.

Es todo cuanto se tiene que informar.

Atentamente,

  
**Hugo Gómez Apac**  
Secretario Técnico  
Comisión de Libre Competencia

  
**Francisco Siqueiras Andrade**  
Asistente Económico

  
**Tommy Deza Sandoval**  
Asistente Legal

117/129

Anexo 1

1. Mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN del 1 de agosto de 2003 Ositran puso en conocimiento del Indecopi los informes números 074-03-GS-03-OSITRAN, 177-03-GS-C3-OSITRAN y 019-03-GAL-OSITRAN para que este organismo analice y realice las investigaciones pertinentes con la finalidad de determinar una posible infracción a las normas de libre competencia<sup>232</sup> por parte de Fetrans.
2. Mediante Oficio N° 080-2003/CLC-INDECOP del 3 de setiembre de 2003 esta Secretaría Técnica solicitó al Ositran copia de los siguientes documentos:
  - (i) Resolución No. 003-2003-CD-OSITRAN
  - (ii) Resolución No. 004-2003-CD-OSITRAN
  - (iii) Informe No. 165-2003-GS-C3-OSITRAN
3. Mediante Oficio N° 081-2003/CLC-INDECOP del 2 de setiembre de 2003 esta Secretaría Técnica solicitó al Vice-Ministerio de Transportes del MTC, copia de los siguientes documentos:
  - (i) Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento de permisos de operación del servicio de transportes ferroviario, aprobado por Decreto Supremo No. 027-99-MTC.
  - (ii) Resolución Directoral No. 009-2002-MTC/14.
  - (iii) Resolución Directoral No. 016-2003-MTC/14.
  - (iv) Resolución Directoral No. 034-2003-MTC/14.
  - (v) Resolución Directoral No. 054-2003-MTC/14.
  - (vi) Resolución Vice Ministerial No. 275-2003-MTC/02.
  - (vii) Las Cartas números 140-GL-2003/FETRANS y 146-GL-2003/FETRANS remitidas por Fetrans.
  - (viii) Las Cartas números GG/GG-058-FC.Santuario 2003 y GG/GG-063-FC.Santuario 2003 remitidas por Fersimsac.
4. En respuesta a las comunicaciones antes señaladas, mediante Oficios números 583-03-GS-C3-OSITRAN y 950-2003/MTC.14 del 8 de setiembre del 2003 Ositran y el MTC, respectivamente, remitieron lo solicitado. Asimismo, Ositran adicionó a su comunicación la Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14 y la Resolución Vice-Ministerial N° 275-2003-MTC/02<sup>233</sup>.

<sup>232</sup> Según la evaluación efectuada por Ositran se podría haber configurado un abuso de posición de dominio de Fetrans en contra de Fersimsac.

<sup>233</sup> Dichas resoluciones están referidas a la caducidad del permiso de operación ferroviaria que le fue otorgado a FERSIMSAC.

5. Mediante Oficio N° 1074-2003-MTC/14 del 30 de setiembre de 2003 el Director General de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC solicitó al Indecopi se pronuncie respecto de la posible infracción a las normas de libre competencia en la que habría incurrido Fetrans, y que habría sido puesto en conocimiento de este organismo por parte del Ositran.
6. Mediante Oficio N° 476-03-GG-OSITRAN del 13 de octubre de 2003 el Ositran remitió al Indecopi una Ayuda Memoria reseñando los hechos referidos a la posible realización de una infracción a las normas de libre competencia por parte de Fetrans.
7. Con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio que permitan una adecuada evaluación del desarrollo comercial del mercado del transporte ferroviario, la Secretaría Técnica, mediante Cartas números 239-2003/CLC-INDECOPI y 240-2003/CLC-INDECOPI del 4 de noviembre de 2003, solicitó a Fetrans y Perurail, respectivamente, información sobre su desempeño comercial<sup>234</sup> así como sostener una entrevistas con cada una de ellas.
8. En respuesta a lo solicitado en las cartas del numeral anterior, mediante cartas del 11 y 18 de noviembre de 2003 Fetrans y Perurail, respectivamente, argumentaron no tener obligación de atender los requerimientos de información realizados por la Secretaría Técnica, aduciendo que no es el organismo competente en la regulación del mercado de infraestructura de transporte ferroviario.
9. Mediante Carta N° 244-2003/CLC-INDECOPI del 24 de noviembre de 2003 la Secretaría Técnica informó a Fetrans sobre su competencia para solicitarle información y le reiteró el pedido bajo apercibimiento de que la Comisión le imponga la multa establecida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.<sup>235</sup>
10. El 28 de noviembre de 2003, mediante Carta N° 261-GL-2003/FETRANS, Fetrans dio respuesta al requerimiento de información previamente señalado y confirmó su asistencia a la reunión solicitada por la Secretaría Técnica<sup>236</sup>.

<sup>234</sup> Se solicitó a Fetrans copia de sus contratos con Perurail, y a Perurail información sobre el uso del material tractivo y rodante.

<sup>235</sup> **Decreto Legislativo 807.-**

**Artículo 5.-** Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere información o cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, o sea relevante para efectos de la decisión que se adopte, o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o, mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con una multa no menor de una UIT ni mayor a cincuenta (50) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia. (Según la modificación introducida por la Cuarta Disposición Final de la Ley 27146).

<sup>236</sup> Reunión que se llevó a cabo el 1 de diciembre de 2003 en las instalaciones del Indecopi .



11. Mediante Oficio N° 004-2004/CLC-INDECOP del 8 de enero de 2004 se solicitó al Ositran información adicional respecto del uso del material tractivo y rodante.
12. En el mismo sentido de la comunicación remitida a Fetrans, mediante Carta N° 007-2004/CLC-INDECOP del 8 de enero de 2004 se informó a Perurail sobre la competencia de esta Secretaría Técnica para solicitarle información<sup>237</sup> y se le reiteró el pedido bajo apercibimiento de que la Comisión le imponga la multa establecida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.
13. Mediante Carta N° 002-GL-2003/PR del 22 de enero de 2004 Perurail absolvió el pedido de información antes realizado, adicionando información que consideraba necesaria para enfocar adecuadamente el tema del uso del material tractivo y rodante en el FSO.
14. Mediante Oficio N° 081-04-GS-OSITRAN del 28 de enero de 2004 Ositran dio respuesta al pedido de información realizado mediante Oficio N° 004-2004/CLC-INDECOP, señalando que no le ha sido posible conseguir la información requerida por no haber sido atendidas las consultas realizadas.
15. La Secretaría Técnica, con la finalidad de ampliar su conocimiento respecto del transporte ferroviario en el Perú, solicitó a Perurail mediante Carta N° 079-2004/CLC-INDECOP del 19 de febrero de 2004 diversa información comercial; requerimiento que fue absuelto mediante Carta N° 55-GL-2004/FETRANS del 15 de marzo de 2004.
16. Mediante Carta No. 173-2004/CLC-INDECOP del 1 de abril de 2004 esta Secretaría Técnica solicitó a Perurail la ampliación de la información remitida por ésta, requerimiento que fue absuelto mediante Carta N° 11-GL-2004/PR del 23 de abril de 2004.
17. Por medio del Oficio N° 295-04-GS-C-OSITRAN del 22 de abril de 2004, dicho organismo solicitó a Indecopi una opinión técnica sobre el caso de la presunta infracción a las normas de libre competencia por parte de Fetrans.
18. En respuesta a la comunicación anterior, la Secretaría Técnica emitió el Oficio N° 022-2004/CLC-INDECOP del 30 de abril de 2004 indicando al Ositran el estado de la investigación preliminar iniciada como consecuencia de su requerimiento, adjuntando para ello, la relación de comunicaciones cursadas hasta ese momento entre la Secretaría Técnica y los diversos agentes involucrados.
19. Mediante Carta N° 204-2004/CLC-INDECOP del 3 de mayo de 2004 la Secretaría Técnica solicitó a Fersimsac proporcionar toda comunicación

<sup>237</sup> Carta N° 240-2003/CLC-INDECOP del 4 de noviembre de 2003.

cursada entre su empresa y las empresas Fetrans y Perurail desde el año 2002.

20. El 5 de mayo de 2004 Fersimsac dio respuesta al requerimiento de información realizado mediante Carta N° 204-2004/CLC-INDECOPI.
21. Con la finalidad de obtener un mayor conocimiento del mercado de transporte ferroviario, y con ello mayores elementos de juicio, la Secretaría Técnica solicitó a Fersimsac, mediante Carta N° 215-2004/CLC-INDECOPI del 12 de mayo de 2004, proporcionar información del mercado de transporte ferroviario y copia de todos los documentos que den cuenta de las reuniones sostenidas con Fetrans.
22. En respuesta a la comunicación anterior, mediante Carta GG/GG-007-FC.Santuario 2004 del 25 de mayo de 2004 Fersimsac envió la información previamente requerida, solicitando que parte de ella sea mantenida bajo reserva pues contendría secretos comerciales e industriales de la empresa.
23. Mediante Carta GG/GG-09-FC.Santuario 2004 del 3 de junio de 2004, Fersimsac hizo una corrección a la información remitida mediante Carta GG/GG-007-FC.Santuario 2004.
24. Mediante Carta N° 266-2004/CLC-INDECOPI del 16 de junio de 2004 esta Secretaría Técnica solicitó a Fersimsac copia de un sistema de cálculo de flujo económico de su empresa.
25. Dicho requerimiento fue absuelto por Fersimsac mediante Carta GG/GG-013-FC.Santuario 2004 del 24 de junio de 2004, solicitando a la vez que se mantenga bajo reserva por constituir secreto comercial.
26. Por medio del Memorándum N° 085-2004/GEE del 3 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos de Indecopi remitió a la Secretaría Técnica copias de sus comunicaciones cursadas con Perurail, las mismas que se detallan a continuación:

Carta N°	Asunto	Fecha de recepción
Carta N°010-2004/GEE-INDECOPI	Se solicita a la empresa Perurail S.A. una entrevista.	26-04-04
Carta N° 012-2004/GEE-INDECOPI	Se remite un cuestionario sobre el mercado de transporte ferroviario y se solicita una segunda reunión.	07-05-04
Carta N° 13-GL-2004/PR	Confirma la realización de la reunión y solicita que la información que entregará posteriormente sea tratada como información confidencial.	13-05-04
Carta N° 15-GL-2004/PR	Da respuesta al cuestionario.	21-05-04
Carta N°014-2004/GEE-INDECOPI	Se remite un segundo cuestionario sobre el mercado de transporte ferroviario y se solicita una segunda reunión.	25-05-04
Carta N°22-GL-2004/PERURAIL	Da respuesta al segundo cuestionario.	01-07-04

27. Finalmente, mediante Memorándum N°094-2004/GEE del 17 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi remitió a esta Secretaría Técnica los originales de las comunicaciones cursadas por Perurail que se enunciaron en el cuadro anterior.

**Anexo 2**

Fersimsac solicitó a Fetrans lo siguiente:

**FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C.**

**REQUERIMIENTO DEL EQUIPO TRACTIVO Y RODANTE**

LOCOMOTORAS D.L. 535	03
AUTOVAGONES FERROSTAL	02
AUTOVAGONES MACOSA	02
AUTOVÍAS	01

**RESUMEN DE MATERIAL RODANTE**

COCHES PARA TURISMO RUMANOS	06
COCHES PARA PASAJEROS JAPONESES	04
COCHES PARA PASAJEROS RUMANOS	04
	<hr/>
	14
TRUQUES DE TROCHA ANGOSTA PARA COCHES DE PASAJEROS	08
BODEGAS RUMANOS	03
BODEGAS BRASILERAS	03
BODEGAS JAPONESES	03
	<hr/>
	09
JAUAS JAPONESES	02
CAJONES JAPONESES	02
PLANOS JAPONESES	07
TANQUES (Inglesas - Rumanas)	02
CALICHEROS	04

Anexo 3

En aquellos casos donde existe competencia intermodal e intramodal, la reforma ha traído consigo la reducción de los precios y mejoras en la calidad de servicios, especialmente en el caso del transporte de carga (Por ejemplo Argentina y Brasil).

Cabe mencionar que en un número importante de países en los que se permitió la integración vertical existía competencia intermodal en el transporte de carga. Es decir, el transporte ferroviario compite con el transporte carretero, con el transporte fluvial o navegable (Brasil y México) y con transporte aéreo (México).<sup>238</sup>

En los cuadros a continuación se resumen experiencias de diferentes países que aplicaron políticas de reorganización a su sector ferroviario.

**Cuadro N° A1**  
**Antecedentes de la reestructuración del sector ferroviario**

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Administración de infraestructura y provisión de servicios	Periodo
Argentina <sup>239</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Argentinos (FA)	FA	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de FA	1948-1990
Bolivia <sup>240</sup>	Monopolio Público: Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE)	ENFE	Propiedad del Estado	Administración unificada	1964-1996
Brasil <sup>241</sup>	Tres empresas Estatales: RFFSA, FEPASA, CVRD	Compañías Públicas	Propiedad del Estado	Administración unificada	RFFSA: 1957-1997 FEPASA: 1974-1997

<sup>238</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*; BID-INTAL y THOMSON, I. *Los Ferrocarriles y su Contribución al Comercio Internacional*. Buenos Aires – Argentina, pág. 11,13,18-20 y 62; y, ESTACHE, A., GONZALES, M. y TRUJILLO, L. *What Does "Privatization; Do for Efficiency? Evidence from Argentina's and Brazil's Railways*. World Development, 2002, Volumen 30, N°11, pág. 1891; y, OECD, *Op. Cit.*, pág. 201.

<sup>239</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*; ESTACHE, A. *Op. Cit.*, págs. 1885 – 1897; RAMAMURTI, R. *Testing the Limits of Privatization: Argentine Railroads*. World Development, 1997, Volumen 25, N°12. págs. 1973 a 1993; y, GINES DE RUS y ESTACHE A. *Privatization and Regulation of Transport Infrastructure - Guideline for Policy Maker and Regulators*. World Bank Institute, 2000, pág. 180.

<sup>240</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 43 a 50; BID-INTAL y THOMSON, I. *Op. Cit.*, págs. 11,13,18 a 20 y 62; y, Boletín FAL. *Las Oportunidades y los Riesgos en la Privatización Ferroviaria Latinoamericana*. Edición N°134, 1997, junio – julio.

<sup>241</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs.50 a 63 y 226.; ESTACHE, A. *Op. Cit.*, págs. 1885 a 1897; y, GINES DE RUS y ESTACHE A. *Op. Cit.*, pág.180.

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Administración de infraestructura y provisión de servicios	Periodo
Colombia <sup>242</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Nacionales de Colombia (FNC)	FNC	Propiedad del Estado	Administración unificada	1954-1989
México <sup>243</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Nacionales de México (FNM)	FNM	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de FNM	Hasta 1996
Inglaterra <sup>244</sup>	Monopolio Público: British Rail	BR	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de BR	Hasta 1994
Suecia	Monopolio Público: Swedish State Railways (SSR)	SSR	Propiedad del Estado a través de SSR	Dirección unificada bajo la administración de SSR	Hasta 1988

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

### Cuadro N° A2 La reestructuración del sector ferroviario

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Modelo	Observaciones
Argentina <sup>26</sup>	Transp. de Carga: 5 concesionarios privados y 1 estatal. Transp. Pasajeros: 3 concesionarios metropolitanos.	Propiedad del Estado que alquila el material rodante a los concesionarios.	Propiedad del Estado con acceso competitivo restringido por 30 años.	Concesión integrada con competencia intermodal en el transporte de carga.	En el transporte de carga, el modo carretero compite con el modo ferroviario en igualdad de condiciones. En el transporte de pasajeros, el servicio registra mejor desempeño financiero y administrativo.
Bolivia <sup>27</sup>	Dos concesionarios privados controlan la Red Andina y la Red Oriental respectivamente.	Estado boliviano que alquila el material rodante.	Estado boliviano.	Concesión Integrada a través de un programa de capitalizaciones con competencia intermodal en la Red Andina.	La Red Andina compite con el transporte carretero sobre el eje La Paz - Arica. En la Red Oriental se registra ausencia de competencia con el transporte por camiones en la ruta al Brasil.

<sup>242</sup> En: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *La Política Ferroviaria en Colombia 1989-2001*; CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 72 a 78, 226 y 227; y, ALONSO, J., BENAVIDES, J., FAINBOIM, I. y RODRÍGUEZ, C. *Participación Privada en Proyectos de Infraestructura y Determinantes de los Esquemas Contractuales Adoptados: El Caso Colombiano*. BID, 2001, Research Network Working Paper, 2001, R-412, págs 77 a 86.

<sup>243</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 140 a 148. y OECD, *Op. Cit.* págs. 109 a 112 y 200 a 201.

<sup>244</sup> En: RAMOS, R. *La Privatización del Ferrocarril Británico: Una visión crítica*. Universidad San Pablo-CEU, 2002; OECD. *Op. Cit.*, pág. 21; CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 113 a 120; y, GINES DE RUS y ESTACHE A., *Op. Cit.* Pág. 183.

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Modelo	Observaciones
Brasil <sup>28</sup>	Transporte de Carga: RFFSA fue dividida en seis monopolios regionales. FEPASA es la séptima región. Transp. Pasajeros: Responsabilidad estatal y privada.	Los activos son propiedad de RFFSA los cuales son alquilados a los operadores.	Propiedad del Estado con acceso competitivo.	Concesión integrada con competencia intermodal en el transporte de carga.	En el transporte de cargas, el modo ferroviario compite con el modo carretero y con el modo fluvial o navegable. En dicho servicio, la participación de los ferrocarriles es de 7% contra el 91% de la modalidad del transporte automotor por carreteras.
Colombia <sup>29</sup>	Transp. de carga: dos concesionarios privados operan la Red del Pacífico y Red del Atlántico respectivamente.	Estado Colombiano.	Estado a través de Ferrovías.	Dos etapas: 1. Concesión separada en la Red Atlántica. 2. Concesión integrada con acceso competitivo y competencia intermodal en transporte de carga.	En el período comprendido entre 1990 y 1999 la participación del ferrocarril en el mercado de transporte de carga era baja en tanto que la mayoría de las cargas se movilizaba a través del sistema carretero.
México <sup>30</sup>	Principalmente transporte de carga. Segmentación en tres líneas troncales y ocho rutas cortas para concesionarios y adjudicatarios.	Estado Mexicano.	Propiedad del Estado con acceso competitivo restringido.	Concesión integrada con separación horizontal y acceso competitivo. Competencia intermodal e intramodal.	Para el transporte de carga y pasajeros, el transporte automotor (modo carretero) es el principal competidor del ferrocarril (modo ferroviario). Otros modos alternativos de transporte son el marítimo y el aéreo.
Inglaterra <sup>31</sup>	Transp. de Carga: 2 compañías privadas. Transp. Pasajeros: 25 concesionarios.	Propietarios privados (ROSCOs) quienes alquilan material rodante a los operadores.	Monopolio privado (Railtrack) sujeto a regulación.	Concesión separada. Modelo de Separación Vertical.	el sector privado se encarga tanto de la administración de la infraestructura como de la operación de los servicios de transporte.
Suecia	Banverket: Monopolio en infraestructura. Transp. de carga: SJ y otros. Transp. Pasajeros: SJ y CTA's	La empresa estatal Statens Jarnvagar (SJ) y pequeñas compañías privadas.	Monopolio público: Banverket	Concesión separada. Modelo de Separación Vertical.	La reorganización del sector se dejó en manos de las agencias estatales: Banverket y Statens Jarnvagar, para que posteriormente se permita la entrada de competidores privados.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi.

En el caso peruano, en términos generales en todos los tramos concesionados, se ha verificado después de los dos primeros años del proceso de concesión de 1999, bajo el modelo de integración vertical, una mejora en los indicadores de gestión y desempeño empresarial (número de pasajeros transportados<sup>245</sup> menores accidentes y mermas, mayor productividad laboral, entre otros)<sup>246</sup>.

<sup>245</sup> Durante el primer año de la concesión, el número total de pasajeros transportados por ferrocarril fue de 832 mil, 10% por debajo de lo transportado por la empresa pública anterior en el año previo a la concesión, en razón de la estrategia comercial de cancelación de las rutas no rentables y concentración en el transporte turístico. Ya en el segundo año, dicho número de pasajeros se incrementó en 3,6% respecto al año anterior.

<sup>246</sup> Reducción del 80% de las ocurrencias que registró la administración anterior; menores mermas, por mayor protección a la carga y mejoras en la vía; y mayor productividad por trabajador por la reducción de la fuerza laboral (de 1747 en 1998 a 737 en agosto de 2001), y la disponibilidad de locomotoras aumentó de 50% a 80%.

Asimismo, sólo en los Ferrocarriles Centro y Sur se ha verificado la presencia de competencia intermodal en los servicios de transporte de pasajeros y de carga, no así en el Ferrocarril Sur – Oriental, salvo en ciertos tramos específicos como Cusco – Ollanta y Ollanta - Piscaycucho<sup>247, 248</sup>.

<sup>247</sup> A través de una carretera rural de trocha afirmada.

<sup>248</sup> Asimismo, el tramo Cusco – Machupicchu, a través de helicóptero, o de Cusco a Ollanta en bus y de Ollanta a Machupicchu en tren. Sin embargo, dicha intermodalidad no sería efectiva. En: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC del 14 de agosto de 2000.

127/129



Anexo 4

Precios de material tractivo y rodante nuevo

Tipo de unidad y características	Precio CIF (US\$)	Observaciones
<b>1.- Locomotora:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 914 mm. 1950 HP al nivel del mar; 1450 HP a 3 500 m.s.n.m.	1 420 000	Cotización reciente. Unidades con dicha potencia de motor sólo son usadas en vía principal de trocha angosta.
<b>ESTADOS UNIDOS</b> Para Trocha de 1435 mm. 3000 HP al nivel de mar 2400 HP a 4800 m.s.n.m.	2 700 000	Precio referencial reciente, puesto ex fábrica US\$2 200 000.
<b>2.- Coche:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 914 mm. Con 60 asientos. Primera clase, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	312 000	Cotización reciente.
<b>3.- Autovagón:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 0,914 m. con 60 asientos, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	1 420 000	Dato referencial basado en experiencia. Precio de autovagón similar al precio de una locomotora de la misma procedencia.
<b>ESPAÑA</b> Para trocha de 914 mm., con 60 asientos, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	2 200 000	Dato referencial basado en experiencia. Precio de autovagón similar al precio de una locomotora de la misma procedencia.
<b>4.- Vagón tolva:</b>		
<b>ESTADOS UNIDOS</b> Para trocha de 1435 mm Capacidad: 70 toneladas	70 000	Precio referencial reciente.

Fuente: Ministerio de Transporte y Comunicaciones, sobre la base de cotizaciones referenciales.  
Elaboración: GEE-INDECOPI.

04. Resolución No. 067-2004-INDECOPI CLC



Expediente N° 012-2004/CLC



# Resolución

N° 067-2004-INDECOPI/CLC

Lima,  
27 de octubre de 2004**VISTO:**

El Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, por medio del cual la Secretaría Técnica recomienda iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetrans) por la presunta realización de un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de contratar y trato discriminatorio; y,

**CONSIDERANDO:**

1. Que, mediante Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC la Secretaría Técnica concluyó, con relación a la investigación preliminar sobre un presunto abuso de posición de dominio por parte de Fetrans, que:
  - (i) *Existe una limitada competencia intermodal a lo largo de la vía férrea del Ferrocarril Sur - Oriente, pues sólo en algunos tramos es posible contar con medios alternativos de transporte.*
  - (ii) *No existe competencia intramodal a lo largo de la vía férrea del Ferrocarril Sur - Oriente, toda vez que desde su concesión, sólo una empresa ha prestado el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.*
  - (iii) *La prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur - Oriente involucra el aprovisionamiento de insumos que, por su carácter específico e inversión, constituirían altos costos hundidos que configurarían una barrera a la entrada para potenciales operadores.*
  - (iv) *El concesionario del Ferrocarril Sur - Oriente (Ferrocarril Transandino S.A.) y el operador del servicio de transporte ferroviario de carga y transporte (Perurail S.A.) son empresas que pertenecen al mismo grupo económico, por lo que en realidad actuarían como una sola empresa que desarrolla actividades verticalmente integradas.*
  - (v) *El mercado relevante sería el alquiler de material tractivo y rodante en la Región Cusco susceptible de ser operado en el Ferrocarril Sur - Oriente.*

En dicho mercado relevante Ferrocarril Transandino S.A. ostentaría posición de dominio.

- (vi) *La negativa de Ferrocarril Transandino S.A. de contratar con Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C., o con cualquier otro potencial entrante, el alquiler del material tractivo y rodante concesionado por el Estado, argumentando para tal efecto haber alquilado a Perurail S.A. el íntegro de dicho material, traduciría en los hechos la imposición de una barrera artificial, pues perteneciendo ambas empresas al mismo grupo económico la resolución o modificación del contrato de arrendamiento sería factible a un bajo costo.*
  - (vii) *La negativa a contratar de Ferrocarril Transandino S.A. tendría por objeto restringir la competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros a lo largo del Ferrocarril Sur – Oriente, lo cual tendría sentido en la medida que Perurail S.A., su empresa vinculada, participa en él.*
  - (viii) *La inobservancia del principio de equidad estipulado en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur - Oriente por parte de Ferrocarril Transandino S.A en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante, traduciría un trato discriminatorio contra Ferrocarril Santuario Machupicchu S.A.C. (y cualquier otro potencial entrante) cuya finalidad sería beneficiar a su empresa vinculada Perurail S.A.*
2. Sobre la base de dichas conclusiones, la Secretaría Técnica recomienda a esta Comisión iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Ferrocarril Transandino S.A. por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en las modalidades de:
- (i) Negativa injustificada de contratar el alquiler de material tractivo y rodante con la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701; y,
  - (ii) Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante contra la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y cualquier otro potencial operador, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

Actos que serían susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

3. Que, asimismo, la Secretaría Técnica ha solicitado las siguientes autorizaciones:

- 2) *Solicitar a la Comisión de Libre Competencia que autorice la notificación del presente informe al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.*

3) *Solicitar a la Comisión de Libre Competencia que autorice la publicación del presente informe en la página web del Indecopi por dos semanas.*

3. Que, la Secretaría Técnica sustenta en gran medida su opinión en el Informe N° 055-2004/GEE del 18 de agosto de 2004 elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.
4. Que, esta Comisión hace suyo los considerandos y conclusiones contenidos en el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, coincidiendo con la Secretaría Técnica en el sentido de que existirían indicios razonables que ameritan el inicio de un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Fetrans por la presunta realización de un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de contratar y trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente.
5. Que, por lo tanto, al existir indicios razonables de infracción al Decreto Legislativo 701, corresponde a esta Comisión iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Fetrans.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 701 y la Ley 27444, la Comisión de Libre Competencia, en su sesión del 27 de octubre de 2004;

**RESUELVE:**

**Primero:** Aprobar y hacer suyo el Informe N° 035-2004-INDECOPI/CLC emitido por la Secretaría Técnica el 20 de octubre de 2004.

**Segundo:** Iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A., de acuerdo a los siguientes términos:

- (i) Por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente.
- (ii) Que tales hechos configuran supuestos de infracción contemplados en los literales a) y b del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.
- (iii) Que tales supuestos de infracción son susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

**Tercero:** Notificar la presente resolución y las versiones públicas de los Informes números 035-2004-INDECOPI/CLC y 055-2004/GEE a las empresas Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A. y Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C., al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transportes de Uso Público – OSITRAN y a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

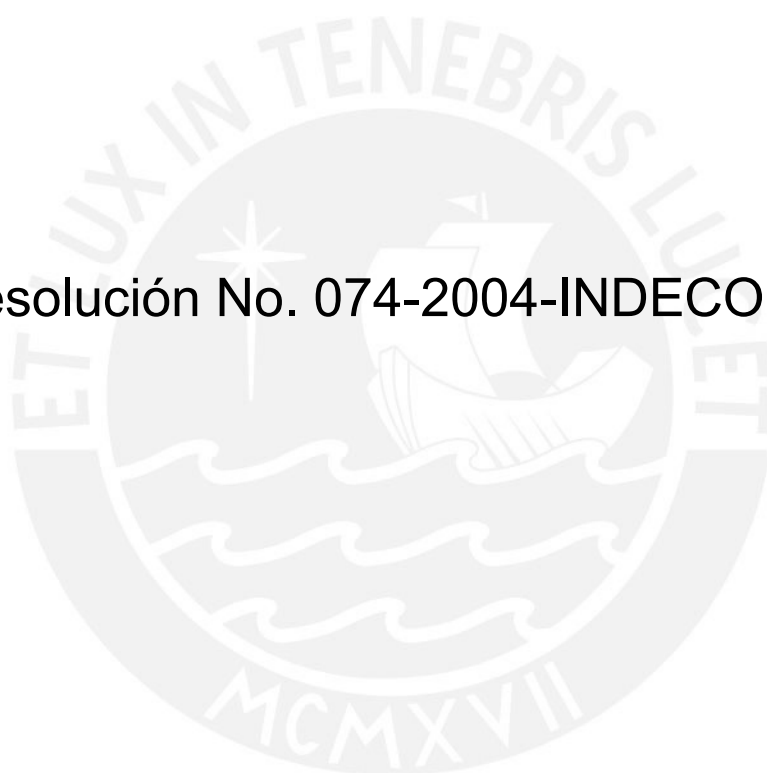
**Cuarto:** Encargar a la Secretaría Técnica efectuar las acciones necesarias para que la presente resolución y las versiones públicas de los Informes números 035-2004-INDECOPI/CLC y 055-2004/GEE se publiquen en la página web del Indecopi por el periodo de dos semanas.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: **Martín Reaño Azpilcueta, Luis Felipe Arizmendi Echecopar, Elmer Cuba Bustinza, Francisco Avendaño Arana y Pablo Montalbetti Solari.**



**Martín Reaño Azpilcueta**  
Presidente

05. Resolución No. 074-2004-INDECOPI CLC



Expediente N° 010-2004/CLC

# Resolución



Exp. 010-2004

N° 074-2004-INDECOPI/CLC

Lima,

17 de noviembre de 2004

**VISTA:**

La denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en adelante, Fersimsac) contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A. (en lo sucesivo, Fetrans) por presunta infracción a las normas de defensa de la libre competencia; y,

**CONSIDERANDO:****I. ANTECEDENTES**

1. Fersimsac es una empresa constituida en 2002 cuyo objeto social es brindar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga.<sup>1</sup>
2. Fetrans es la empresa concesionaria del Ferrocarril Sur Oriente<sup>2</sup> (en lo sucesivo, el FSO) que cubre la ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica. Dicha empresa se encarga del mantenimiento, rehabilitación y explotación de la infraestructura y el equipo ferroviario así como de la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria y la prestación de servicios de transporte ferroviario<sup>3</sup> y de servicios complementarios<sup>4</sup> en el área matriz.

<sup>1</sup> Según Partida Registral N° 11016300 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral del Cusco.

<sup>2</sup> Concesión otorgada en el marco de un proceso de promoción de la inversión privada en el sector ferroviario peruano. Contrato de concesión suscrito en julio de 1999 (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión).

<sup>3</sup> Según lo establecido en la cláusula 6.3 del Contrato de Concesión, el Concesionario puede prestar servicios de transporte ferroviario con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga no requiriendo de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el Concedente. En tal sentido, el Concesionario puede desarrollar las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, mantenimiento de material tractivo y/o rodante, operaciones vinculadas con la señalización, telecomunicaciones, entre otras, que sean posibles desarrollar para la explotación de servicios de transporte ferroviario.

<sup>4</sup> Según lo establecido en la cláusula 6.4 del Contrato de Concesión, se entiende como servicios complementarios todas aquellas actividades económicas que sean posibles de desarrollarse, siempre que no afecten el desarrollo de los servicios de transporte ferroviario.





Exp. 010-2004

3. Mediante escrito del 27 de agosto de 2004 Fersimsac interpuso una denuncia contra Fetrans, argumentando principalmente lo siguiente:

- (i) Mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorgó a Fersimsac el Permiso de Operación Ferroviaria para prestar el servicio de carga y pasajeros en la línea férrea del FSO (ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica), por el período de un año; asimismo, le requirió para que dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de otorgado el Permiso de Operación presente copia de las pólizas de seguros emitidas en el país<sup>5</sup> y copia del contrato vigente de derecho de acceso a la línea férrea suscrito con el concesionario Fetrans.
- (ii) Mediante Carta N° GG/GG-010-FC. Santuario-2003 del 17 de enero de 2003 Fersimsac solicitó a Fetrans el alquiler de material tractivo y rodante con el objeto de operar en el FSO.
- (iii) Mediante Carta N° 013-GL/FETRANS 2003 del 24 de enero de 2003 Fetrans respondió a la solicitud realizada por Fersimsac, manifestando que no existía material tractivo y rodante disponible, pues todo el material de ese tipo (otorgado en virtud del Contrato de Concesión) había sido arrendado a su empresa operadora vinculada Perurail S.A. (en adelante, Perurail).
- (iv) Si bien el Contrato de Concesión faculta a Fetrans a alquilar el material tractivo y rodante de propiedad del Estado a los operadores de servicios de transporte ferroviario, esto no puede constituir un obstáculo que limite, restrinja o distorsione la libre competencia entre operadores y el libre acceso a la línea férrea.
- (v) En efecto, en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión se establece lo siguiente:

*7.6 Equidad en Servicios: el Concesionario no podrá discriminar entre los operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las leyes aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato.*

<sup>5</sup> Para cobertura de daños y perjuicios a terceros y contra riesgo de destrucción parcial de la infraestructura ferroviaria y, adicionalmente, pólizas por cobertura de daños a pasajeros que incluye invalidez o muerte.

Además, las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN, están legitimados para iniciar ante INDECOPI, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

- (vi) El argumento utilizado por Fetrans constituye una flagrante infracción a lo establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión pues le niega a Fersimsac la posibilidad de alquilar material tractivo y rodante que es de propiedad del Estado, hecho que redundo en beneficio de Perurail, empresa vinculada económicamente a la denunciada.
- (vii) Dicha situación dificultó el inicio de las operaciones de Fersimsac y además colocó a esta empresa en una situación de desigualdad frente a Perurail, a quien se le alquila el material tractivo y rodante en cuestión.
- (viii) El Contrato de Concesión establece que Fetrans tiene derecho a la libre decisión comercial y riesgos en la explotación de la concesión otorgada; sin embargo, este derecho debe ejercerse en observancia de lo establecido en el Contrato de Concesión y las leyes vigentes en el ordenamiento jurídico.
- (ix) Por tanto, si bien el alquiler de material tractivo y rodante puede realizarse sobre la base de la libre decisión comercial y riesgos, el referido alquiler debe estar sujeto a lo previsto en el numeral 7.6. de la cláusula séptima del Contrato de Concesión y no debe implicar una discriminación entre operadores de servicios de transporte ferroviario ni implicar un acto restrictivo de la libre competencia.
- (x) En el caso de la infraestructura vial ferroviaria correspondiente al FSO, Fetrans ostenta un monopolio sobre la línea férrea y, a su vez, tiene posición de dominio en el mercado de alquiler de locomotoras, vagones, auto vagones y coches que pueden circular en dicho tramo en atención a sus especificaciones técnicas.
- (xi) Al alquilar todo el material tractivo y rodante a su empresa vinculada Perurail, Fetrans debe tomar en cuenta la "situación de dominio" que tiene sobre dicho material y no generar actuaciones discriminatorias entre operadores o actos que restrinjan la libre competencia entre éstos, pues con ello se vulneran los principios de neutralidad y no discriminación establecidos en los artículos 4 y 5 del Decreto Supremo 010-2001-PCM.
- (xii) El contrato de alquiler de material tractivo y rodante suscrito entre Fetrans y su empresa operadora Perurail sólo tiene efectos para dichas empresas y no es oponible al Estado cuando transgrede normas de orden público.
- (xiii) Finalmente, solicita que Indecopi exija a Fetrans que garantice un trato equitativo entre Fersimsac y su operador vinculado en lo que respecta al alquiler de material tractivo y rodante de propiedad del Estado.



Exp. 010-2004

4. Sobre la base de tales argumentos, Fersimsac manifestó que la empresa denunciada ha cometido abuso de posición de dominio en las siguientes modalidades:

- (i) Negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios; y,
- (ii) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar:

- (i) el petitorio de la empresa denunciante; y,
- (ii) qué extremos del petitorio deben ser admitidos a trámite.

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

### III.1. El petitorio del denunciante

6. Para establecer el petitorio de la denunciante conviene describir lo establecido en el Decreto Legislativo 701 respecto de qué se entiende por "posición de dominio" y "abuso de posición de dominio". En tal sentido, el Decreto Legislativo 701 señala:

*Artículo 4°.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.*

*Artículo 5°.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.*

*Son casos de abuso de posición de dominio:*

- a. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

- b. *La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;*
  - c. *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
  - d. (...)
  - e. (...)
  - f. *Otros casos de efecto equivalente.*
7. La denunciante hace mención a los supuestos de abuso de posición de dominio establecidos en los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701. En efecto, en la denuncia se hace referencia a que la negativa de Fetrans de alquilar material tractivo y rodante a Fersimsac se realizó argumentando el hecho de que la totalidad de dicho material se encontraba alquilado a su operador vinculado Perurail. En consecuencia, se denuncia la existencia de una presunta negativa injustificada en el alquiler del material tractivo y rodante, según lo establecido en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
8. Asimismo, se denuncia que la negativa de Fetrans coloca a Fersimsac en una situación de desventaja frente Perurail y que el alquiler del material tractivo y rodante "debe estar sujeto a lo previsto en el numeral 7.6 del Contrato de Concesión, y por lo tanto, no debe implicar una discriminación entre los operadores de servicios de transporte ferroviario...". Así, se desprende de la denuncia, la existencia de una presunta discriminación efectuada por Fetrans con el objeto de favorecer a su operador vinculado Perurail, infracción tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
9. Por tales consideraciones, la denuncia se restringe a un presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y de aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes (discriminación), infracciones tipificadas en los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

### III.2 Admisión a trámite de los extremos del petitorio

#### III.2.1 Análisis de admisibilidad

10. En lo que concierne al cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad corresponde señalar que el denunciante ha cumplido con los requisitos formales exigidos por el Texto Único de Procedimientos Administrativos-TUPA del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 110-2002-PCM.



Ex. 010-2004

### III.2.2 Análisis de procedencia

11. En este punto corresponde evaluar si la Comisión es competente (i) para analizar los extremos denunciados y/o solicitados, (ii) si éstos pueden ser materia de pronunciamiento en un procedimiento administrativo sancionador y si existe algún extremo que deba ser declarado improcedente por la ausencia de indicios razonables de violación de las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701.

Con relación al último punto, se admitirá a trámite sólo aquellos extremos en los que se aprecie la presencia de uno o más hechos que permitan inferir la posible existencia de una infracción administrativa.

Vista así la denuncia, a continuación se analiza los extremos materia del petitorio.

12. Con relación a los hechos denunciados, se debe considerar que mediante Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC del 27 de octubre de 2004, tramitado bajo el Expediente N° 012-2004/CLC, esta Comisión resolvió lo siguiente:

(...)

**Segundo:** *Iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A., de acuerdo a los siguientes términos:*

- (i) *Por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente.*
- (ii) *Que tales hechos configuran supuestos de infracción contemplados en los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.*
- (iii) *Que tales supuestos de infracción son susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.*

13. Considerando que los hechos denunciados por Fersimsac se refieren a los mismos hechos que dieron lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Fetrans —el señalado en el párrafo precedente—, esta Comisión considera que, no sólo que es competente para conocer de la presente denuncia, sino que existen indicios razonables para admitir a trámite la denuncia interpuesta por Fersimsac por un presunto abuso de posición de dominio de Fetrans en las siguientes modalidades:

- (i) Negativa injustificada de contratar con la denunciante el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado en virtud del Contrato de Concesión. Exp. 010-200
- (ii) Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del FSO.
14. Asimismo, toda vez que esta Comisión ha iniciado un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Fersimsac mediante Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC, el cual se tramita bajo el Expediente N° 012-2004/CLC, corresponde analizar si el presente procedimiento se debe acumular en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión.
15. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión<sup>6</sup>.
16. En tal sentido, para acumular dos o más procedimientos es necesario que exista conexión entre éstos que haga aconsejable que dichos procedimientos se tramiten bajo uno solo. Ello, con el objeto de evitar pronunciamientos contradictorios sobre materias similares, y asimismo, se concentran esfuerzos, recursos y tiempo, en un solo procedimiento.
17. Debe señalarse que existe conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o por lo menos elementos afines en ellas.
18. En el presente caso, tal como ha sido señalado, la denuncia interpuesta por Fersimsac se refiere a los mismos hechos que dieron lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Fetrans, debido a que presuntamente la denunciada habría infringido los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.
19. Como puede apreciarse, los presupuestos para que proceda la acumulación de procedimientos se cumplen, en la medida en que las dos denuncias tienen como pretensión que la Comisión, luego de la investigación respectiva, se pronuncie respecto de si Fetrans infringió o no los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.

<sup>6</sup> Ley 27444.-

Artículo 149.- Acumulación de Procedimientos.-

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

20. En ese sentido, teniendo en cuenta los principios de simplicidad, celeridad y eficacia que rigen la actuación de los procedimientos administrativos y la conexidad existente, la Comisión considera que corresponde la acumulación de los procedimientos tramitados en los Expedientes números 010-2004/CLC y 012-2004/CLC.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 701 y la Ley 27444, la Comisión de Libre Competencia, en su sesión del día 17 de noviembre de 2004;

**RESUELVE:**

**Primero:** Admitir a trámite la denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A., de acuerdo a los siguientes términos:

- (i) Por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente.
- (ii) Que tales hechos configuran supuestos de infracción contemplados en los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y al trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.
- (iii) Que tales supuestos de infracción son susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

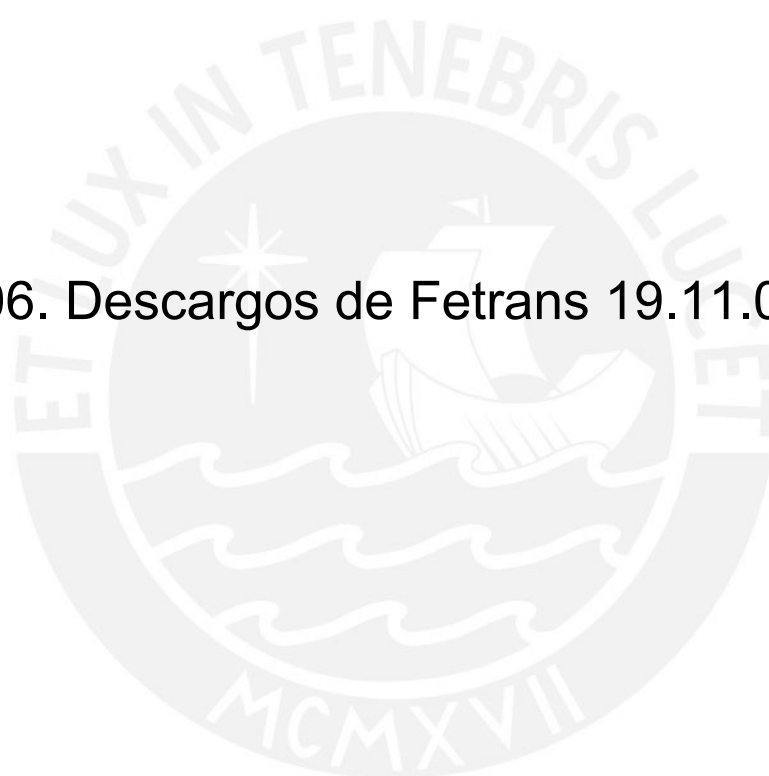
**Segundo:** Acumular el presente procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 010-2004/CLC al procedimiento administrativo iniciado de oficio contra Ferrocarril Transandino S.A., tramitado bajo el Expediente N° 012-2004/CLC.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Martín Reaño Azpilcueta, Luis Felipe Arizmendi Echeopar, Pablo Montalbetti Solari y Elmer Cuba Bustinza.



**Martín Reaño Azpilcueta**  
Presidente

06. Descargos de Fetrans 19.11.04







ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA  
ABOGADOS

INDECOPI  
Comisión de Libre Competencia  
19 MAR 2004  
956-04  
RECIBIDO  
EXPEDIENTE N° 012-2004-CLC

INDECOPI  
1168  
043827  
2007 NOV 19 10 4 13

A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:

RECIBIDO  
UNIDAD DE TRAMITE  
DOCUMENTARIA

INDECOPI  
01186

FERROCARRIL TRANSANDINO (en adelante, "FETRANS"), con representada por su Gerente de Servicios Legales, Dr. Raúl Galdo Marín, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08796488, ambos señalando domicilio para estos efectos en la Casilla No. 36 del INDECOPI, atentamente decimos:

Que, con fecha 28 de octubre de 2004, hemos sido notificados con la Resolución No. 067-2004/CLC-INDECOPI, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) resuelve iniciar de oficio un procedimiento sancionador contra nuestra empresa, por la supuesta comisión de infracciones a los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701.

En tal sentido, dentro del término establecido en el artículo 16° del mencionado Decreto Legislativo, presentamos nuestros descargos, negando los términos de las imputaciones realizadas por la Secretaría Técnica mediante Informe No. 035-2004-INDECOPI/CLC, conforme se fundamenta a continuación.

**INDICE**

**I. ANTECEDENTES**

1.1. La Licitación Pública Especial Internacional para la Entrega en Concesión al sector privado de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente

EXP. SUSTENTADO  
Fecha 09-07-09

EXP. SUSTENTADO  
Fecha 22-06-12

Lo testado no vale  
1198  
1199  
1199  
Lo testado no vale  
1199  
1199  
Lo testado no vale

1.2. Aparición de FERSIMSAC

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1. Definición del mercado relevante

2.1.1. Definición de servicio relevante

- a. La adquisición de material tractivo y rodante:
- b. El alquiler de material tractivo y rodante

2.1.2. Definición del mercado geográfico relevante

## III. SUPUESTA POSICION DE DOMINIO

3.1. ¿Facilidad esencial o 'recurso importante'?

3.2. FETRANS no ostenta una posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante

- a. Cuota de mercado
- b. Competidores reales y potenciales

## IV. CONDUCTAS IMPUTADAS A FETRANS

4.1. Supuesta negativa injustificada a contratar

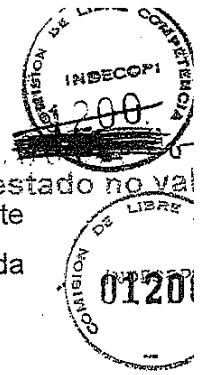
- i) la empresa que realiza la práctica tiene posición de dominio
- ii) se comprueba que la empresa denunciada se niega a contratar con la empresa denunciante
- iii) que dicha negativa no se encuentra justificada por una razón comercial válida

4.2. Supuesta Práctica Discriminatoria

## V. COMENTARIOS FINALES: SOBRE LAS PROBABLES ACCIONES QUE DEBEN TOMARSE SEGÚN LA SECRETARÍA TÉCNICA

- i) Resolver el contrato entre Fetrans y Perurail

- ii) Licitar la totalidad del material tractivo y rodante
- iii) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante
- iv) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante quedando una parte en alquiler de PERURAIL y, la otra, licitada entre todos los entrantes



**I. ANTECEDENTES**

**1.1. La Licitación Pública Especial Internacional para la Entrega en Concesión al sector privado de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente**

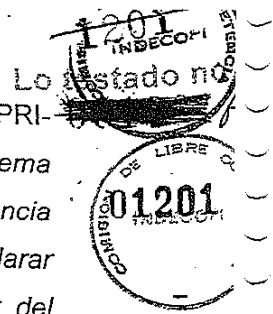
Antes de analizar la conducta materia del presente procedimiento conviene hacer una descripción del proceso de privatización y Contrato de Concesión de los Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente.

Por acuerdo de fecha 23 de noviembre de 1998, el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. – CEPRI ENAFER aprobó las Bases de la Licitación Pública Especial Internacional para la Entrega en Concesión al sector privado de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente las que, a su vez, fueron aprobadas por la COPRI en su sesión de fecha 01 de diciembre de 1998.

Luego de la publicación de las bases, y de acuerdo a lo establecido en estas, los postores formularon diversas consultas que fueron absueltas por el CEPRI-ENAFER mediante Circulares. Cabe señalar que, de acuerdo a las bases del proceso, las Circulares forman parte de las bases de la mencionada licitación<sup>1</sup>.

Una de las circulares emitidas por el CEPRI-ENAFER fue la Circular No. 17 referida a la Cláusula Sexta de la Versión Preliminar del Contrato de

<sup>1</sup> De acuerdo con el rubro 3.3.2. de las Bases, las Circulares emitidas por el CEPRI-ENAFER formarán parte integrante de las Bases.



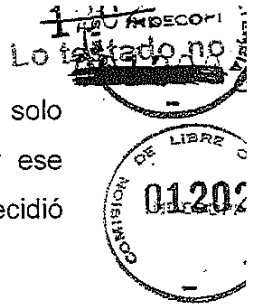
Concesión del 15 de marzo de 1999<sup>2</sup>. En dicha circular, el CEPRI-ENAFER señaló que: “[c]on la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión (...)”.

La ampliación de las bases y modificación a las que hace mención la CEPRI-ENAFER estaban referidas a imponer a los adjudicatarios la contratación o la constitución de un persona que actúe como operador de servicios de transporte ferroviario. El CEPRI-ENAFER se había percatado de que si otorgaba la concesión pero no obligaba a constituir o contratar un operador a la fecha de cierre, la operación se vería interrumpida y no se garantizaría la continuidad del servicios de transporte ferroviario.

En efecto, en el numeral 2 de la mencionada circular, el CEPRI-ENAFER señaló que: “Para tal efecto, el Adjudicatario **deberá contratar**, o en su caso **constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.** (...)”

De otro lado, se permitió la figura del consorcio divisible que supone que el consorcio adjudicatario se dividiría luego de la licitación con lo que quedarían dos o tres concesionarios, exigiendo que haya un Operador de Transporte Ferroviario contratado o constituido por el Concesionario que preste servicios en cada ferrocarril.

<sup>2</sup> En esta circular se establece que:  
- Para dar continuidad a las operaciones de ENAFER, el adjudicatario debe garantizar que cuenta con un Operador de Transporte Ferroviario (OTF).  
Para tal efecto debe contratar o constituir una persona jurídica que actúe como OTF. En caso de un consorcio divisible, el adjudicatario (consorcio) deberá contar con un OTF por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como OTF para más de un ferrocarril.  
- En la fecha de cierre el adjudicatario debe presentar la documentación que acredite la constitución del OTF.  
-Para el caso de Consorcios divisibles se deberá cumplir con estos requisitos respecto de cada uno de los ferrocarriles.  
- El concesionario no podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente, a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus empresas vinculadas, en más de un OTF. El incumplimiento de esta obligación será tipificado en el contrato de concesión como causal de caducidad de la concesión.



En un principio se pensó en adjudicar los tres ferrocarriles a un solo postor pero en el curso del proceso se vio que, de mantener ese esquema, no habrían muchos interesados, entonces se decidió flexibilizarlo.

El 20 de setiembre de 1999, el entonces denominado Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante, "MTC"), actuando a través de la Dirección General de Circulación Terrestre, y FETRANS suscribieron un Contrato de Concesión, por medio del cual el primero otorgó al segundo la Concesión para el mantenimiento, rehabilitación y explotación de determinados bienes (equipo ferroviario, material tractivo y rodante), así como para la construcción de obras de infraestructura ferroviaria y la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario (distintos al servicio de transporte de pasajeros y carga) y de Servicios Complementarios en los Ferrocarriles del Sur y Sur Oriente (Cláusula 2.3. del Contrato de Concesión).

Cabe señalar que en el mencionado contrato, se establecieron los derechos y obligaciones de las partes. Entre las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión a cargo de FETRANS podemos señalar aquellas referidas a brindar el acceso a la línea férrea a cualquier operador que lo solicite siempre que este cumpla con los requerimientos de ley.<sup>3</sup>

El esquema ideado consistía en que el concesionario explotara la vía férrea y cobrara a los operadores que utilizaban la vía para prestar su servicio. Cabe mencionar que por la explotación de la vía el concesionario debía pagar una retribución al Estado. De igual modo, el concesionario debía pagar otra retribución por el alquiler de material tractivo y rodante.

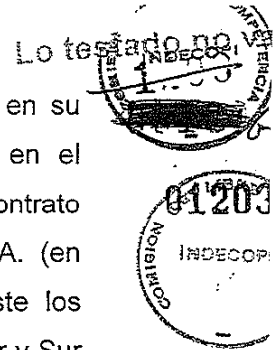
<sup>3</sup> Como es usual, el contrato de concesión establecía la obligatoriedad de permitir el acceso a la línea férrea en tanto dicha infraestructura no puede ser duplicada. Asimismo, se establecieron tarifas de acceso que estarían reguladas con el objeto de prevenir cualquier abuso del concesionario.

Luego de la suscripción del contrato de concesión, FETRANS, en su calidad de concesionaria y en cumplimiento de lo dispuesto en el contrato de concesión, suscribió el 20 de setiembre de 1999, un contrato de alquiler de Material Tractivo y Rodante con PERURAIL S.A. (en adelante, "PERURAIL") a efectos de que esta empresa preste los servicios de transporte de carga y pasajeros del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente. Luego de haber transcurrido el primer semestre del contrato, este fue evaluado por las partes y con fecha 1 de agosto de 2000, se celebró un segundo contrato de alquiler.

El contrato de alquiler se suscribió en cumplimiento de lo estipulado por el Contrato de Concesión y observando el plazo máximo permitido por la ley y por el mencionado contrato<sup>4</sup>. Es importante señalar que el contrato de alquiler fue remitido en su oportunidad al Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, "OSITRAN").

## 1.2. APARICIÓN DE FERSIMSAC

El 5 de enero de 2003, mediante documento GG/GG-01-FC. SANTUARIO-2003, Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en adelante, "FERSIMSAC") comunicó a FETRANS que su empresa había obtenido el permiso de Operador Ferroviario otorgado por la autoridad competente (el Ministerio de Transporte y Comunicación). Asimismo, FERSIMSAC solicitó una reunión con los funcionarios de FETRANS con el objeto de *"tratar los términos de referencia del contrato de Derecho de Acceso a la Vía Férrea"*. En ese momento, dicha empresa no mencionó el alquiler de material tractivo y rodante por lo que debe entenderse que sí tenían el permiso de operación y solicitaban sólo el acceso a la vía férrea, era porque contaban con material tractivo y rodante. Cabe mencionar que dicha comunicación fue debidamente contestada por FETRANS, quien señaló la fecha y hora para la realización de la entrevista solicitada.



El 17 de enero de 2003, FERSIMSAC informó a FETRANS su deseo de utilizar, en calidad de arrendamiento, material tractivo y rodante. En respuesta a dicha comunicación, mediante carta del 24 de enero de 2003, FETRANS manifestó que no era posible arrendar el material tractivo y rodante debido a que este ya había sido arrendado a PERURAIL. Asimismo, FETRANS cumplió con remitir un proyecto de contrato de acceso a la vía conforme a los solicitado por FERSIMSAC.



Luego de ello, el 12 de febrero de 2003, mediante Carta GG/GG-016-FC.Santuario-2003, FERSIMSAC remitió sus observaciones al mencionado proyecto de contrato. Cabe señalar que en el mencionado proyecto, FERSIMSAC declaró contar con: (i) Locomotoras Diesel Eléctricas (2 unidades); (ii) Coches de Pasajeros (6 unidades); y, (iii) Autovía (1 unidad) (Anexo 1-A)<sup>5</sup>. Asimismo, es necesario tener en cuenta que en ningún momento, FERSIMSAC señaló que no contaba con material tractivo y que no podría prestar sus servicios si FETRANS no se los alquilaba.

Es importante señalar que FETRANS, luego de la comunicación de FERSIMSAC de las cualidades técnicas de su material tractivo y rodante, le comunica a esta empresa<sup>6</sup> que como concesionaria está obligada a supervisar que dicho material cumplía con los estándares técnicos de seguridad de acuerdo a las leyes aplicables y según lo previsto en el Contrato de Concesión<sup>7</sup>.

A mayor abundamiento, es importante tener en cuenta el Oficio No. 217-03-GS-C3-OSITRAN del 15 de marzo de 2003, remitido por el Gerente de Supervisión de OSITRAN a FETRANS, que señala que "el Ministerio de Transporte y Comunicaciones-MTC, solicita a OSITRAN oficiar ante

<sup>4</sup> De acuerdo al artículo 1688 del Código Civil el plazo máximo para un arrendamiento es de 10 años.

<sup>5</sup> En efecto, FERSIMSAC, en el curso de las negociaciones para la suscripción de un contrato de acceso a la vía, declaró contar con material tractivo y rodante, tal como puede apreciarse del Anexo 9 del mencionado proyecto.

<sup>6</sup> Carta No. 013-GL/FETRANS-2003 del 24 de enero de 2003. Del mismo modo, en la carta No. 33-GL-2003/FETRANS del 24 de febrero de 2003.

<sup>7</sup> Contrato de Concesión

"12.2. (...) el Concesionario queda obligado a supervisar y controlar que el desarrollo de Servicio de Transporte Ferroviario por parte de Operadores de Servicio de Transporte Ferroviario se desarrolle dando estricto cumplimiento a las disposiciones obre seguridad ferroviaria establecida en este Contrato y en su Anexo No. 6"



el Concesionario, para que este proceda a efectuar las verificaciones pertinentes, tanto en lo relativo al personal, como al material rodante mencionados por FERSIMSAC en su carta GG/GG-016-FC.Santuario-2003" (Anexo 1-B).

Como puede apreciarse, las propias autoridades administrativas requerían a FETRANS la supervisión del material tractivo que utilizaría FERSIMSAC a fin de comprobar que dichos materiales eran compatibles con los estándares exigidos por ley. Hasta el momento todos (las autoridades y nuestra empresa) asumieron que FERSIMSAC tenía el material tractivo y rodante necesario, ya que así lo declaró la propia empresa. Cabe señalar que, es evidente, que dicho material no era el utilizado por PERURAIL, pues no tendría sentido inspeccionar las cualidades técnicas de dichas máquinas si es que estas ya se encontraban en operación.

El 19 de marzo de 2003, la Presidencia del Consejo Directivo del OSITRAN ordenó a FETRANS el acceso temporal a la Línea Férrea correspondiente al ferrocarril del Sur Oriente en el tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica, a la empresa FERSIMSAC en los horarios y frecuencias solicitados por dicha empresa. Dicha decisión fue confirmada mediante la Resolución del Consejo Directivo No. 004-2003/CD/OSITRAN del 23 de abril de 2003.

Cabe señalar que a lo largo de las negociaciones entre FETRANS y FERSIMSAC, esta empresa señaló -en reiteradas oportunidades- que entre los horarios solicitados y los otorgados a PERURAIL no existía "disputabilidad" (Anexo 1-C). Es decir, FERSIMSAC señaló que deseaba operar en horarios que no eran utilizados por PERURAIL y que, por ello, no era necesario realizar una subasta, tal como lo señala la cláusula 7.3. del Contrato de Concesión.

Hay que tener en cuenta que PERURAIL utiliza gran parte del material tractivo concesionado a nuestra empresa, con lo cual, no existía otra

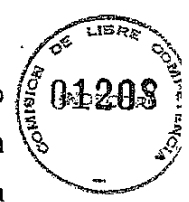


Lo tratado por



la Secretaría Técnica concluye que la adquisición de material tractivo y rodante no sería una alternativa real de aprovisionamiento.

Sobre el particular, es importante señalar que el Secretaría Técnica no ha definido en forma correcta el servicio relevante, pues no ha tenido en cuenta la diversidad de opciones que tendría un potencial operador a efectos de contar con material tractivo y rodante.



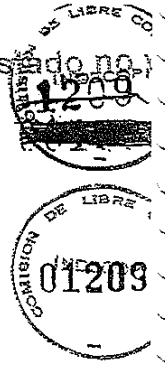
Dicha equivocación al momento de determinar el servicio relevante ha originado que el análisis para la determinación de la posición de dominio de FETRANS arroje resultados que no son exactos.

Antes de señalar las posibles fuentes con las que cuenta un potencial operador para proveerse de material tractivo y rodante, es importante señalar que FERSIMSAC contaba con su propio material, así nos lo manifestó en reiteradas oportunidades, con lo cual se demuestra que no existe ninguna imposibilidad técnica ni económica para proveerse de dicho material<sup>11</sup>. Nada puede hacernos pensar que FERSIMSAC mintió cuando comunicó las condiciones técnicas de su material tractivo y rodante.

La real posibilidad de adquisición de material tractivo y rodante queda en evidencia del proyecto de contrato que se negociaba entre FERTRANS y FERSIMSAC, luego que esta manifestara su intención de iniciar sus operaciones.

Lo mencionado anteriormente, acredita la posibilidad real de aprovisionamiento por parte de cualquier operador entrante quien puede obtener material tractivo y rodante sin que ello implique costos prohibitivos.

<sup>11</sup> Recordemos que la legislación, para otorgar permiso de operación, exige acreditar experiencia, la que FERSIMSAC dijo contar a través de la empresa estadounidense The Maryland and Delaware Railroad Company.



Si fuera cierto lo afirmado por la Secretaría Técnica y la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, FERSIMSAC, antes de pedir permiso de operación o antes de pedir negociar cualquier contrato de acceso, hubiera manifestado que requería el alquiler para operar debido a que el material era muy “costoso” o no están disponibles. Nada de ello ocurrió, lo que evidencia que las afirmaciones son teóricas y sin sustento en los hechos y la conducta del entrante.

Entre las posibilidades de aprovisionamiento con las que cuenta un operante entrante tenemos:

**a. La adquisición de material tractivo y rodante:**

Sobre el particular, en el Informe de Secretaría Técnica –sobre la base del Estudio elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos- señala que la adquisición del mencionado material no sería posible debido a su alto costo y las particularidades del Ferrocarril Sur Oriente (trocha angosta).

*En el Informe GEE se señala que “los indicadores de rentabilidad, VAN y TIR, son significativamente más favorables si la empresa alquila el material tractivo y rodante, en lugar de adquirirlo (...) En segundo lugar, los indicadores de rentabilidad de la empresa entrante mejora a medida que el horizonte del flujo financiero se incrementa. Finalmente, el plazo de recuperación (PR) de la inversión es menor cuando la empresa entrante alquila el material tractivo y rodante, y es mayor cuando dicha empresa invierte en él).*

Al respecto, es importante señalar que la descripción realizada en el Informe de GEE es una conclusión tan obvia que podría ser aplicable a cualquier mercado. En efecto, el sentido común dicta que generalmente, será menos oneroso alquilar un bien que adquirirlo. Del mismo modo, el plazo de recuperación de la

1210  
INDECOPI  
COMISION DE LIBRE  
COMERCIO  
ESTADO NO

inversión será menor cuando se alquilan equipos que cuando se adquieren estos.

Por otro lado, es importante señalar que en el análisis realizado por la GEE se concluye, en un posible escenario, que un posible entrante que compre los bienes (material tractivo y rodante) tendría niveles de rentabilidad de 16.4%, lo cual, a decir de la mencionada Gerencia, es razonable.

COMISION DE LIBRE  
COMERCIO  
01210

Aunque no compartamos el análisis realizado por la GEE, lo que importa en este punto es destacar que existe la posibilidad de que a pesar de que supuestamente es "costoso" comprar los mencionados materiales, se puede obtener ganancias razonables. Lo anterior nos da un primer indicio, pues se aprecia que la adquisición del mencionado material no involucra costos prohibitivos por lo que pueden ser asumidos por los competidores que deseen ingresar al mercado.

Sobre el particular, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea<sup>12</sup>, mediante Resolución de 1 de julio de 1996 señaló que:

*"(...) para demostrar que la creación de tal sistema no constituye una alternativa potencial realista y, por consiguiente, que el acceso al sistema existente resulta indispensable, **no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse.***

*46 En efecto, **para que el citado acceso pueda considerarse, en su caso, indispensable, sería preciso acreditar al menos, como ha señalado el Abogado General en el punto 68 de sus conclusiones, que no es económicamente rentable crear un segundo sistema de reparto a domicilio para la distribución de aquellos diarios que tengan una tirada comparable a la de los diarios distribuidos mediante el sistema existente.***

*47 A la vista de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que **no constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado el hecho de que una empresa periodística, con una***

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998. Asunto C-7/97.

*cuota muy considerable del mercado de diarios en un Estado miembro y que gestiona el único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional que existe en dicho Estado miembro, deniegue el acceso al referido sistema, a cambio de una contraprestación adecuada, al editor de un diario competidor, el cual, por la reducida tirada de éste, no está en condiciones de crear y de gestionar, en condiciones económicamente rentables, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio.”*

Lo testado no  
1211  
COMMISSION DE LIBRE COMPETITION

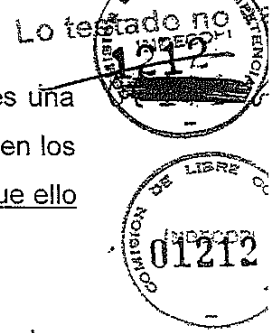
COMMISSION DE LIBRE  
01211

De la cita realizada se puede desprender que no basta con señalar, a efectos de terminar la sustituibilidad del producto relevante, que este podría no ser rentable considerando el tamaño del nuevo entrante (o en el caso citado, de la tirada del diario) sino que debe acreditarse que no es rentable duplicar el bien del que se trate, en este caso, que no es rentable –ni beneficioso– que algún entrante adquiera su propio material. Es decir, **para que la denegación del acceso constituya un abuso, es preciso que la competencia sea extremadamente difícil, no sólo para la empresa que solicite el acceso, sino para cualquier otra empresa.**

En el presente caso, la GEE no ha descartado la posibilidad de que un nuevo operador obtenga beneficios razonables, con lo cual resulta, por decir lo menos, discutible, que no se tome en cuenta las distintas formas de aprovisionamiento de material tractivo y rodante para la determinación del servicio relevante y se limite éste al alquiler.

Cabe señalar que la GEE ha mencionado que “[L]os resultados, en principio, no permiten descartar la posibilidad de que un entrante que adquiere material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o que acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aun mayores). (...)”

Como puede apreciarse, la adquisición de material tractivo es una posibilidad que no implica costos prohibitivos sino que más bien los mismos pueden ser asumidos por un operador entrante sin que ello implique desventaja alguna respecto al actual operador.



No puede considerarse que existe una desventaja injustificada a favor de PERURAIL sólo por el hecho que esta empresa fue constituida por FETRANS siendo la primera en operar luego de la concesión del FSO.

Sobre el particular, El Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda)<sup>13</sup>, en su Sentencia del 15 de septiembre de 1998, señala que:

***“Procede añadir a este respecto que la Comisión no ha negado el hecho de que terceros interesados pueden comprar o alquilar libremente en el mercado las mencionadas locomotoras, sino que se ha limitado a considerar que se trata en realidad de una posibilidad meramente teórica y que únicamente las empresas notificantes disponen efectivamente de dichas locomotoras. No es posible sin embargo aceptar el argumento de la Comisión. El hecho de que las empresas notificantes sean las primeras en haber adquirido en el mercado las mencionadas locomotoras no significa que sean las únicas que pueden adquirirlas.”***

En este punto, también es importante señalar que existen diversas empresas que comercializan material tractivo y rodante por lo que es posible que cualquier operador adquiera dicho material. Al respecto, es ilustrativo apreciar la lista de posibles proveedores a nivel mundial (Anexo 1-D).

Asimismo, si bien existen más ferrocarriles en el mundo con trocha ancha que de trocha angosta, no es menos cierto que, es posible adquirir material de trocha angosta. En efecto, tal como se

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) en los asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94

Lo Estado  
COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO  
01213

demuestra (en el Anexo 1-E) existe una gran cantidad de proveedores de material tractivo y rodante de trocha angosta, cuya cercanía al Perú permite su adquisición.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que es posible adquirir material tractivo y rodante de trocha ancha y luego proceder a su adaptación a trocha angosta, lo cual, no implica un costo prohibitivo.

La operación de adaptación y readaptación es parte de la actividad regular de PeruRail para lo cual se utilizan los denominados "truques" (ver Figura 1), conjunto de ejes y ruedas que permiten la utilización temporal de material que originalmente ha sido asignado al Ferrocarril del Sur, cuyo standard es distinto al del Ferrocarril del Sur Oriente. Por lo tanto, una vez adaptado el material pueden ser readaptados a su standard original. Este es un procedimiento común y rutinario que se realiza constantemente.

Figura No. 1<sup>14</sup>

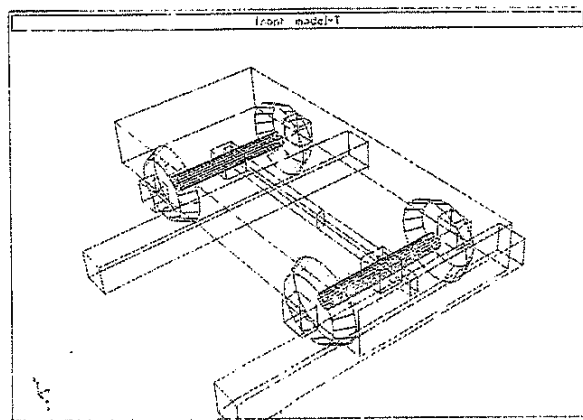
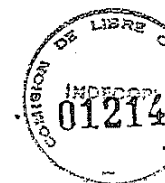


Figura 6.6 - Croqui do Truque

<sup>14</sup> En: ESPINOLA BARBOSA, Roberto. "Aplicação de Sistemas Multicorpos na Dinâmica de Veículos Guiados". Universidad de São Paulo, 1999.

Con el cambio de truques y los ejes se hace posible la adaptación de material de trocha ancha a trocha angosta. Asimismo, es importante anotar que la adquisición de los truques y ejes también puede realizarse por cualquier proveedor, tal como se puede apreciar de los documentos que en calidad de pruebas se adjuntan al presente escrito (Anexo 1-F).



A efectos de determinar el servicio relevante, la GEE y la Secretaría Técnica debieron tener en cuenta los distintos proveedores existentes en el mundo y, sobre todo, aquellos que, dada su proximidad a nuestro país podían proveer a cualquier empresa interesada en operar en el mercado ferroviario. Asimismo, se debió tomar en consideración que es tecnológica y económicamente posible el acondicionamiento de material tractivo y rodante de trocha ancha, tal como se puede comprobar del acondicionamiento realizado por PERURAIL con locomotoras y coches adquiridos por dicha empresa.

Es importante anotar que el acondicionamiento realizado por PERURAIL ha sido supervisado por el OSITRAN así como por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tal como puede apreciarse de las distintas comunicaciones remitidas a dichas entidades por el actual operador. (Anexo 1-G)

Como ya le hemos manifestado, la equivocada determinación del servicio relevante ha originado que la Secretaría Técnica arribe a conclusiones también falsas, por lo que consideramos que lo mencionado en este punto debe ser tomado en cuenta y, por ello, debe de incorporarse en la definición de mercado (servicio) relevante la posibilidad de adquisición de material tractivo de trocha angosta y ancha; siendo que, en este último caso, se deberá –adicionalmente– realizar el respectivo acondicionamiento o adaptación.



1215  
INDECOPI  
Lo testado no va

## b. El Alquiler de Material Tractivo

Al respecto, la Secretaría Técnica ha considerado el alquiler del material tractivo y rodante de trocha angosta como la única posibilidad real que tendrían disponibles los potenciales operadores para ingresar a prestar servicios de transporte al FSO.

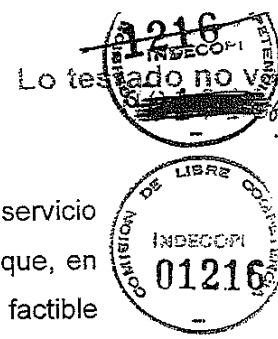
COMISION DE LIBRE CO.  
INDECOPI  
0121

Sobre al particular, consideramos que la Secretaría –nuevamente- restringe en forma equivocada las opciones de los posibles operadores. En efecto, como ya se ha señalado, es económica y técnicamente posible que los posibles operadores alquilen el material tractivo y rodante aun cuando estos sean de trocha ancha.

Como se mencionó en el punto precedente, es una práctica aceptada y recurrente la adaptación de coches y vagones de trocha ancha a trocha angosta. Dicha adaptación puede realizarse a un costo razonable por lo que, como se verá más adelante, es posible realizar dicho alquiler no solo del concesionario del Ferrocarril del Centro sino también de empresas operadoras en Latinoamérica.

Como puede apreciarse, los potenciales operadores, que optan por el alquiler de material tractivo y rodante, no solo cuentan con la posibilidad de acceder a dicho material de trocha angosta sino que es factible alquilar material de trocha ancha haciendo las modificaciones que se han mencionado anteriormente.

Finalmente, es importante señalar que luego de realizar los cambios de truques y ejes de los coches para que éstos operen en una vía de trocha angosta pueden volverse a acondicionar para que vuelvan a ser utilizados en vías de trocha ancha. Es decir, en pocas palabras, la conversión a trocha angosta no es definitiva.



**c. Conclusión respecto al servicio relevante:**

Como se ha mencionado, la Secretaría Técnica restringió el servicio relevante al “alquiler de material tractivo y rodante debido a que, en su opinión, la adquisición de dicho material no era una opción factible debido a los altos costos y a la especificidad de dichos recursos (trocha angosta).

No obstante dicha conclusión, hemos mencionado en este punto el gran número de alternativas a disposición de los operadores que pretendan entrar al mercado (compra, alquiler y adaptación) y que para todas estas alternativas hay una gran cantidad de proveedores distintos a FETRANS como para que cualquier entrante pueda escoger. Asimismo, hemos señalado que estas posibles fuentes de aprovisionamiento se encuentran ubicadas cerca de nuestro país, con lo cual el costo asociado al transporte es menor al calculado en el informe de la Gerencia de Estudios Económicos.

De otro lado, en este punto, hemos demostrado que es posible acondicionar coches de trocha ancha a trocha angosta, con lo cual los primeros coches también son un buen sustituto que debe ser tomado en cuenta. Es más, basados en la experiencia del actual operador, se ha acreditado que es posible contar con material tractivo de trocha ancha y, luego de realizar algunos trabajos de acondicionamiento, utilizar dicho material en el FSO. No existen pues “barreras tecnológicas” ni “costos hundidos” pues, como se ha mencionado, el material tractivo de trocha ancha puede ser utilizado en el FSO.

En ese orden de ideas, consideramos que el servicio relevante señalado por la Secretaría Técnica ha sido restringido en forma indebida y que, en nuestra opinión, el servicio relevante es “**el aprovisionamiento de material tractivo y rodante**”.

### 2.1.2. Mercado Geográfico Relevante:

INDECOPI  
01217  
Lo testado no ve

Sobre el particular, Bellamy y Child<sup>15</sup> señalan que “[e]l mercado geográfico debe ser un área en que las condiciones de la competencia aplicables al producto de que se trate sea la misma para todos los comerciantes.”

COMISION DE LIBRE DC  
01217

La Sala de Defensa de la Competencia<sup>16</sup> ha señalado que el mercado relevante geográfico está compuesto por “los proveedores de qué áreas geográficas deben ser considerados para determinar la extensión del mercado en el que el denunciado actúa con respecto a los consumidores”

En el presente caso, la Secretaría Técnica ha determinado como el mercado geográfico “aquel material tractivo y concesionado a Fetrans ubicado en la Región Cusco”

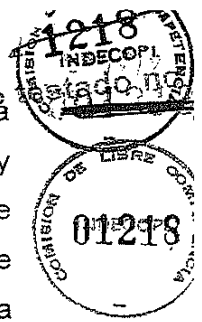
Al respecto, consideramos importante señalar que la Secretaría ha determinado el mercado geográfico de esa manera, debido a que ha partido de la premisa que el producto relevante era “el alquiler de material tractivo y rodante”.

Sin embargo, como lo hemos mencionado anteriormente, el servicio relevante en este caso es el aprovisionamiento de material tractivo y rodante (sea por compra, acondicionamiento y/o alquiler).

Una primera aproximación del mercado geográfico nos llevaría a incluir a la Región Sur y Centro del País así como a los países de América del Sur (Argentina, Brasil y Bolivia) en donde existen empresas que utilizan material tractivo y rodante de trocha angosta.

<sup>15</sup> Bellamy, Christopher y Child, Graham. “Derecho de la Competencia en el Mercado Común”. Madrid: Civitas  
<sup>16</sup> Resolución 0117-97/TDC-Indecopi del 5 de mayo de 1997 recaída en el expediente tramitado bajo el No. 022-95-CLC

Asimismo, como lo hemos mencionado en el punto precedente, la posibilidad real de un nuevo competidor de obtener material tractivo y rodante queda demostrada por el hecho que FERSIMSAC comunicó que contaba con material suficiente para operar. En el mismo sentido, se puede comprobar que los materiales pueden ser adquiridos sin ninguna limitación, tal como hizo PERURAIL. En efecto, dicha empresa adquirió material tractivo de Bolivia, Argentina y Brasil con lo cual se demuestra la posibilidad real de aprovisionamiento del mencionado material de fuentes cercanas al Perú.



Adicionalmente, es importante señalar que el material tractivo y rodante también puede ser adquirido por cualquier persona de países ubicados en Centroamérica así como en Asia (Singapur), por lo que el mercado geográfico también debe extenderse teniendo en cuenta dichas áreas.

En efecto, tal como lo señala la Sala<sup>17</sup>:

**“una supuesta posición de dominio únicamente puede ser establecida siempre que no exista otras alternativas razonables de compra fuera del mercado peruano. Si efectivamente dichas alternativas no existieran a un costo razonable, entonces cabría, como sugiere la denunciante, definir el mercado relevante, limitándose al Perú. Por el contrario, si existieran otras alternativas de compra, considerando los costos consiguientes de proveedores ubicados en otras áreas geográficas, entonces corresponde incluir dichas áreas dentro del mercado relevante”** (Resaltado agregado)

En el presente caso, el costo asociado a la importación de material tractivo y rodante es razonable (teniendo en cuenta el negocio al que nos referimos).

Por otro lado, es importante mencionar que no existe ninguna limitación para que cualquier particular importe el material tractivo y rodante, con

<sup>17</sup> Resolución 0117-97/TDC-Indecopi del 5 de mayo de 1997 recaída en el expediente tramitado bajo el No. 022-95-CLC

lo cual, debemos concluir que no existen barreras legales para el ~~estado no~~ suministro de dicho material.

Sobre el particular, El Tribunal De Justicia (Sala Sexta)<sup>18</sup>, señaló que:

*"43 En efecto, por una parte, ha quedado acreditado que existen otras modalidades de distribución de diarios y que son utilizados por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos.*

*44 Por otra parte, no parece que haya obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y utilizarlo para la distribución de sus propios diarios." (resaltado Agregado"*

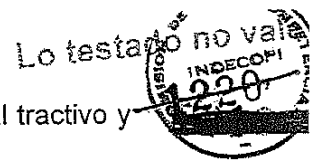
Teniendo en cuenta las fuentes de aprovisionamiento que pudieran afectar a los demandantes de material tractivo y rodante debemos concluir que el mercado geográfico en el presente caso es, por lo menos, el mercado conformado por Brasil, Bolivia, Argentina, El Salvador, Guatemala, Guyana y Honduras.

Cabe señalar que en los países antes mencionados existen empresas que operan con material tractivo y rodante de trocha angosta, por lo que deben ser tomadas en cuenta a efectos de determinar el mercado geográfico relevante.

Del mismo modo, se debe tener en cuenta que los coches que son utilizados por el Ferrocarril del Centro también pueden ser utilizados –previo acondicionamiento- en el FSO. Por ello, es necesario que la Comisión no restrinja –como lo ha hecho la Secretaría Técnica- el mercado geográfico a la Región Cuzco, pues, como se ha demostrado,

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998. Asunto C-7/97.

existen diversas opciones para el aprovisionamiento de material tractivo y rodante.



Dichas opciones pueden resumirse en:



- (i) **Compra de Material Tractivo y Rodante (trocha ancha o angosta):** A nivel mundial (países como Argentina, Brasil, Canadá, Alemania, Estados Unidos de Norteamérica, España.
- (ii) **Alquiler de material tractivo y rodante de trocha angosta:** En los siguientes países se pueden encontrar empresas que operan con material tractivo y rodante de trocha angosta: Colombia, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda y Panamá.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta las fuentes de aprovisionamiento de trocha ancha que pueden ser acondicionadas a trocha angosta. Así, debe incluirse al Ferrocarril del Centro que cuenta con material que puede ser utilizado en el FSO.

### III. POSICION DE DOMINIO

#### 2.1. ¿FACILIDAD ESENCIAL O 'RECURSO IMPORTANTE'?

Mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo No. 014-2003-CD/OSITRAN del 23 de setiembre de 2003, Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, el organismo regulador estableció diversas disposiciones con el objeto de reglamentar el acceso a las "facilidades esenciales" en los distintos sectores del transporte público.

Cabe señalar que, de acuerdo al artículo 9 del mencionado reglamento, se considera Facilidad Esencial a aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que reúna las siguientes

Lo testado no va  
INDECOP  
1221

condiciones: (i) sea provista por uno o un limitado grupo de proveedores siendo su utilización indispensable para la prestación de un servicio; y, (ii) no es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial.

COMISION DE LIBRE COMPETENCIA  
INDECOP  
01221

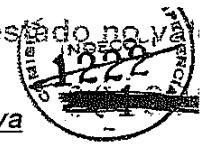
Siguiendo el criterio mencionado en el referido artículo, en el Anexo No. 1 "Facilidades Esenciales", se mencionan los bienes que tienen esta calificación, a saber: (i) Línea Férrea; (ii) Patios de maniobras y sus correspondientes desvíos; (iii) Desvíos; y, (iv) Estaciones ferroviarias de carga y descarga de mercancías y embarque y desembarque de pasajeros.

Cabe mencionar, que el propio Reglamento establece que OSITRAN puede, de oficio o a pedido de parte, calificar un bien como "facilidad esencial".

Como puede apreciarse, aquellos recursos que el regulador ha considerado que son esenciales han sido incluidos en el mencionado anexo. Asimismo, a contrario sensu, se debe entender que, para el regulador, no existen otros bienes relacionados con la infraestructura y actividad ferroviaria que tengan las particularidades propias de las facilidades esenciales.

Ahora bien, la Secretaría Técnica señala que la facilidad esencial: (i) es un recurso indispensable para la realización de determinada actividad, de modo tal que una empresa no puede concurrir en el mercado sin acceso a él; y, (ii) su reproducción es, sino imposible, sumamente difícil por razones técnicas y/o económicas.

No obstante lo anterior, la Secretaría Técnica ha señalado en su informe que "*no necesariamente el bien al cual se solicita acceso debe ser una 'facilidad esencial' para que configure una negativa de trato en los casos de libre competencia*" y, por el contrario, agrega que "*basta que el*



recurso sea importante o constituya una ventaja competitiva 'relevante'.

Como puede apreciarse, la Secretaría Técnica ha realizado una distinción entre una facilidad esencial y un "recurso importante". Sin embargo, del referido informe, no se desprende las características con las que debe contar un recurso para ser considerado "importante", lo cual dificulta determinar quiénes están impedidos de negarse a contratar con terceros respecto de este recurso.



Pese a dicha omisión en el informe, podemos arribar a ciertas conclusiones teniendo en cuenta el Reglamento de Acceso y la clasificación realizada por la Secretaría Técnica. En efecto, se podría concluir que, en opinión de la Secretaría Técnica, el material tractivo y rodante, constituye un "recurso importante" para el ingreso al mercado de servicio de transporte ferroviario<sup>19</sup>.

Ahora bien, del análisis realizado por la mencionada Secretaría así como por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, puede establecerse los rasgos que deben presentar los "recursos importantes". En efecto, en el Informe se señala FETRANS debe alquilar el material tractivo y rodante debido a que: (i) para que un nuevo operador del FSO opere se requiere material tractivo y rodante; y, (ii) *"la compra de material tractivo y rodante no constituye un alternativo real de aprovisionamiento"*.

En otras palabras, un recurso sería calificado como importante, en tanto que su uso sea necesario para un nuevo competidor y su adquisición resulte demasiado onerosa por razones técnicas o económicas.

<sup>19</sup> Dicha conclusión se sustenta en que el acceso a las facilidades esenciales, como lo hemos mencionado, se encuentran reguladas por el OSITRAN y que, para la Secretaría Técnica, la conducta tipificada en el literal a) del artículo 5 del decreto Legislativo No. 701, puede configurarse cuando una empresa con posición de dominio niega el acceso a un competidor de un "recurso importante". En esa línea, teniendo en cuenta que uno de los extremos por los que se ha iniciado el presente procedimiento administrativo es por que FETRANS se habría negado injustificadamente a proveer de material tractivo y rodante a FERSIMSAC, debemos concluir que la Secretaría Técnica considera que dicho material es un recurso "importante".



Lo testado no  
INDECOPI  
1223  
COMISIÓN DE  
INDECOPI  
01223

Como la Comisión podrá percibir, para la Secretaría Técnica un “recurso importante” tiene las mismas características que las facilidades esenciales, con lo cual, no resulta claro ¿por qué el acceso a dichos bienes no fue incluido en el Reglamento expedido por OSITRAN?

La respuesta a dicha pregunta es que OSITRAN no incluyó el material tractivo y rodante en la lista de bienes considerados como facilidades esenciales debido a que dicho órgano consideró que estos materiales, si bien indispensables para operar, pueden ser adquiridos libremente por los distintos agentes económicos con lo cual no es necesario –ni deseable- obligar al Concesionario a compartir dichos bienes.

Tan es así, que el mencionado regulador pese a contar con facultades para incluir dichos bienes como facilidad esencial, hasta el momento, no ha calificado al material tractivo y rodante como facilidad esencial.

Por ello, resulta cuestionable que la agencia de competencia intervenga con el objeto de sancionar a una empresa que, de acuerdo a las normas expedidas por el regulador, no estaba obligado a contratar con un tercero respecto de bienes que no son esenciales para el ingreso al mercado ferroviario. Cabe señalar que la Secretaría Técnica parecería mencionar –entre líneas- que en casos de recursos importantes se aplicaría un estándar menos riguroso o se estaría en un escalón por debajo de las facilidades esenciales. Dada la gravedad de las consecuencias de esta tesis debería justificarse porqué cualquiera y no solo FETRANS está obligado a compartir un recurso que no es esencial, es decir, que es duplicable a un costo que no es prohibitivo. Pareciera que, como no encaja en el concepto hay que relajar el estándar y permitir comparticiones, sin embargo, eso es invertir la lógica del razonamiento que debería seguir la agencia de competencia en estos casos. Lo excepcional es compartir, incluso en el negado supuesto de que se tenga posición de dominio debe identificarse una buena razón para hacerlo (imposibilidad de duplicar el bien) y si esta condición no se cumple no será posible obligar que se comparta determinado bien.

Hay que recordar que, como lo menciona la Secretaría Técnica en forma reiterada, sólo es posible limitar el derecho a contratar de los agentes económicos en tanto que exista el interés de la sociedad de que dicho bien –por razones de eficiencia- sea compartido. En el presente caso, el órgano especializado nunca ha considerado que el material tractivo deba de ser proporcionado a todos los entrantes con lo cual el inicio del presente procedimiento no es justificado como tampoco lo es considerar ilícita la conducta del concesionario. En efecto, se pudo haber previsto la obligación de facilitar el mencionado material en las Bases de la Licitación o en el Contrato de Concesión, sin embargo, ello no ocurrió.

La definición poco clara de un recurso “importante” y la obligación de las empresas de contratar con sus competidores originan cierta inseguridad respecto de cuándo se podría estar incurriendo en actos contrarios a la libre competencia, más aún si el regulador considera que dicho recurso no es una facilidad esencial.

Al respecto, Glen O. Robinson<sup>20</sup> señala que:

***“Estas observaciones respecto a la vaguedad de las obligaciones de contratar con competidores pueden sugerir que tratar de aclarar el rol de la doctrina de las facilidades esenciales podría ser poco útil. Después de todo ¿cuál es el punto en determinar si la propiedad de tres o cuatro pistas de ski constituye control sobre una facilidad esencial, si la Corte invoca una base independiente para requerir a Ski Co que comparta sus tres pistas con Highland? De un lado, en la medida en que las Cortes aplican una regla de la razón ‘todo depende...’ a las negativas a contratar, un análisis de facilidad esencial es superfluo. De otro lado,...[ si realmente creen en el principio de que la obligación de contratar con competidores es excepcional] los estudiosos y operadores deberían estar buscando formas de definir y limitar la obligación de contratar con competidores. En última instancia, la mejor manera de lograr esto es usar una doctrina de las facilidades esenciales*”**

<sup>20</sup> Glen O. Robinson On refusal to deal with rivals EN: Cornell Law Review, Volume 87, July 2002 Number 5 1203 p.

Lo festado no



estrechamente definida como la única base para imponer tal deber.<sup>21</sup> (Resaltado y subrayado agregado)

Finalmente, es importante indicar que la autoridad administrativa al pretender obligar a un privado la contratación con un tercero debe tener en cuenta que:

*"(...) Las regulaciones que van demasiado lejos, expandiendo la definición de lo que debe ser compartido, más allá de lo que es esencial llevándolo a lo que es meramente ventajoso para un competidor particular, tiene el riesgo, de acuerdo a los objetivos de la ley de hacer el juego poco valioso como para que valga la pena jugarlo".<sup>22</sup> (Resaltado Agregado)*

## 2.2. FETRANS NO OSTENTA UNA POSICION DE DOMINIO EN EL MERCADO DE APROVISIONAMIENTO DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE

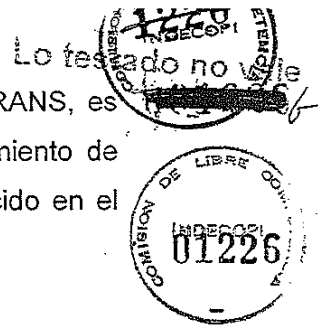
El artículo 4° del Decreto Legislativo No. 701 establece que:

*"Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución."*

<sup>21</sup> "These observations concerning the vagueness of obligations to deal with competitors might suggest that attempting to clarify the role of essential facilities doctrine would have little use. After all, what is the point of determining whether ownership of three or four ski slopes constitutes control over an essential facility if the Court invokes an independent basis for requiring Ski Co. to share its three slopes with Highland? On the one hand, so long as courts apply an "it-all-depends" rule of reason to refusals to deal, an essential facilities analysis is superfluous. On the other hand, if one takes seriously the declaration that introduced this Article, academics and practitioners ought to be searching ways to define and limit the obligation to deal with competitors. Ultimately, the best way to accomplish this is to use a *narrowly defined* essential facilities doctrine as the sole foundation for imposing such a duty."

<sup>22</sup> Regulatory rules that go too far, expanding the definition of what must be shared beyond that which is essential to that which merely proves advantageous to a single competitor, risk costs that, in terms of the Act's objectives, may make the game not worth the candle. EN "La Doctrina de las Facilidades Esenciales en los Estados Unidos de Norteamérica y su recepción en el Derecho Argentino. Una Primera Aproximación" 24 p.

Con el objeto de determinar la posición de dominio de FETRANS, es necesario analizar la estructura del mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante en el mercado geográfico establecido en el punto precedente.



**a. Cuota del mercado:**

Al respecto, debemos señalar que nuestra empresa cuenta con una cuota insignificante en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante.

En efecto, como se ha señalado con anterioridad, existen diversas empresas que cuentan con material tractivo y rodante que puede ser utilizado por cualquier operador.

Es más, el reducido número de coches y vagones con los que cuenta PERURAIL (y que han llevado a esta empresa al acondicionamiento de material del Ferrocarril Sur), son una muestra que debe tener en cuenta la Comisión.

**b. Competidores reales y potenciales**

Ya se ha comentado que, respecto de material rodante, cualquier empresa entrante podría solicitar al concesionario del Ferrocarril del Centro el alquiler o la venta de dicho material para acondicionarlo al FSO.

Asimismo, se ha precisado que en países vecinos tales como Bolivia, Argentina, Brasil y Colombia existen proveedores especializados que pueden ingresar al país y comercializar su producto.

Por ello, no es posible que FETRANS se comporte con prescindencia de los consumidores ni sus competidores, pues la inexistencia de restricciones legales y la tendencia globalizadora del comercio hacen

que cualquier proveedor satisfaga la demanda que puede originarse con la entrada de un nuevo operador.

Lo testado no



Como puede apreciar la Comisión, no existen indicios para considerar que FETRANS ostente posición de dominio en el aprovisionamiento de material tractivo y rodante.



Sin perjuicio de lo anterior, y en el negado caso que la Comisión considere que FETRANS cuenta con posición de dominio, a continuación se demostrará que FETRANS no ha realizado ninguna conducta anticompetitiva.

#### IV. CONDUCTAS IMPUTADAS A FETRANS

##### 3.1. SUPUESTA NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR

De acuerdo con la Secretaría Técnica, FETRANS habría realizado la conducta tipificada en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 que dispone:

*“Artículo 5.-Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.*

*Son casos de abuso de posición de dominio:*

*a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios. (...)*”

El supuesto establecido en el literal transcrito está referido a la negativa de trato o negociación que se da por parte de una sola empresa. La conducta sancionable consiste en que la empresa con posición de dominio rechace la contratación con otra, con el objeto de obtener algún beneficio o causar algún perjuicio a la competencia.



En general, las distintas agencias de competencia han identificado tres casos recurrentes, a saber: (i) cuando la empresa denunciada se niega a prestar un servicio o vender un producto como mecanismo de presión; (ii) cuando el denunciante necesita utilizar un producto o servicio con el que cuenta el denunciado y este, con el objeto de proteger su posición de dominio o para adquirirlo, se niega a negociar; y, (iii) por último, cuando una empresa se niega a contratar con otra y, entre ellas, no existe relación de competencia

Se entiende que se configura una negativa injustificada a contratar cuando: i) la empresa que realiza la práctica tiene posición de dominio; ii) se comprueba que la empresa denunciada se niega a contratar con la empresa denunciante; iii) que dicha negativa no se encuentra justificada por una razón comercial válida.

A continuación se analizarán los elementos de la práctica denunciada aplicando estos al caso concreto:

**i) la empresa que realiza la práctica tiene posición de dominio**

Como se ha mencionado anteriormente, nuestra empresa no cuenta con posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante.

Lo anterior, debido a que se ha demostrado que los posibles entrantes no cuentan con ninguna limitación en el aprovisionamiento de los mencionados recursos. Asimismo, se ha acreditado que no es económicamente inviable que las empresas entrantes accedan a dicho material en la medida que existen fuentes cercanas (Ferrocarril del Centro, Sudamérica y Centroamérica) para proveerse del material tractivo y rodante.

Es más, se ha acreditado que el actual operador ha acondicionado con éxito material tractivo de trocha ancha que fue adquirido de Asia, demostrando de esta forma que existen múltiples posibilidades de

aprovisionamiento y que el hecho que el FSO sea de trocha angosta no impide en forma real el acceso de nuevos operadores. Así también lo ha entendido el Tribunal de Justicia cuando señala que:

*“En efecto, tal como han alegado las partes demandantes, la Decisión impugnada no contiene criterios de análisis que demuestren el carácter «esencial» de las locomotoras en cuestión. Más concretamente, la lectura de la Decisión impugnada no permite llegar a la conclusión de que resulta imposible para terceros obtener dichas locomotoras, bien directamente de sus constructoras, bien indirectamente comprándolas o alquilándolas a empresas terceras. Tampoco contienen los autos una correspondencia de la Comisión con terceros que ponga de manifiesto que a éstos les resulta imposible adquirir en el mercado las referidas locomotoras. Ahora bien, tal como han subrayado las partes demandantes, toda empresa que desee explotar los mismos servicios ferroviarios que ENS utilizando el túnel bajo el Canal de la Mancha puede comprar o alquilar libremente en el mercado dichas locomotoras. “*

- ii) se comprueba que la empresa denunciada se niega a contratar con la empresa denunciante;

Como se ha señalado en los antecedentes, FERSIMSAC hizo una indagación preliminar sobre la posibilidad de que FETRANS le alquile el material tractivo y rodante. Dichas consultas fueron realizadas en una reunión con funcionarios de nuestra empresa y luego a través de una comunicación escrita. Luego que FETRANS le comunicara a FERSIMSAC que no contaba con material tractivo y rodante disponible, dicha empresa no manifestó tener problemas de entrada al mercado por tal motivo y, por el contrario, nos informó que ya contaba con material tractivo y rodante propio.

FERSIMSAC comunicó que contaba con material tractivo y rodante y señaló las características técnicas de éstos. Es por ello, que también el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó a FETRANS

Lo testado no es real





que evaluara si el material tractivo y rodante de FERSIMSAC se ajustaba a los estándares técnicos vigentes a esa fecha.

Tan es así, que FETRANS comunicó a FERSIMSAC la llegada de un especialista a efectos de cumplir con la supervisión a que, como concesionaria, está obligada.



Como puede apreciarse, no ha existido ninguna negativa por parte de FETRANS y , además, FERSIMSAC manifestó en todo momento que tenía un operador con experiencia que lo respaldaba y que contaba con su propio material tractivo y rodante, por lo que no solicitó formalmente el alquiler de dicho material a nuestra empresa.

- iii) que dicha negativa no se encuentra justificada por una razón comercial válida.

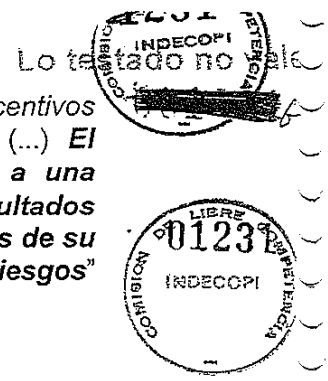
Una de los puntos medulares en la determinación de ilicitud de una negativa injustificada de contratar es que en muchos casos podría obligarse a una empresa a compartir algunos bienes con sus competidores descincetivando la inversión en ciertos mercados.

Como bien afirma Bullard<sup>23</sup>,

*"(...) estamos frente a otro caso donde los límites entre prácticas eficientes y adecuadas y prácticas abusivas e ilegales tampoco son claras. La negativa de venta (o de compra) puede ser una herramienta muy útil para aprovechar los esfuerzos hechos por una empresa para consolidar una posición de dominio, y en consecuencia su prohibición puede tener efectos negativos en la competencia. Un caso en el que esto es muy claro es el de las 'facilidades esenciales' (...)  
Nuevamente vemos como aparece el 'dilema de la competitividad' o la 'paradoja antimonopolio'. Forzar a compartir (...) puede incentivar competencia. Pero también puede generar incentivos malévolos en cuanto, al forzar a compartir la inversión de una*

<sup>23</sup> BULLARD, Alfredo. "Derecho y Economía", Palestra. Lima. 2003. 66-67 pp.





*empresa con su competidor, reduce los incentivos para que este tipo de inversiones se dé (...) El dilema aparece nuevamente al impedir a una empresa apropiarse, por medio de los resultados del proceso competitivo, de los resultados de su inversión y de asumir sus propios riesgos” (Resaltado Agregado)*

Por su parte, Glen O. Robinson<sup>24</sup> señala que:

*“Así como la compartición forzada puede socavar los incentivos para invertir de la empresa a la que se le ordena compartir, quizás ella socava aún más el incentivo de las empresas solicitantes de la compartición para invertir en sus propias facilidades.”<sup>25</sup>*

En el presente caso, luego de la convocatoria realizada por el Estado Peruano, FETRANS evaluó los distintos factores para realizar su decisión de inversión en el país.

Uno de estos factores estaba vinculado a la obligación de las bases de la licitación referidas a la constitución de una empresa por parte del concesionario para que realice las actividades propias de un operador ferroviario.

Es decir, para efectos de realizar una decisión de negocios, se tenía en cuenta que FETRANS – a través de PERURAIL- podía realizar actividades de operación en el FSO. Evidentemente, dicha posibilidad incentivó a nuestra empresa no sólo la decisión de continuar en el proceso de licitación del FSO sino que también, luego de resultar ganadores del mencionado proceso, fue determinante para realizar diversas inversiones en el mejoramiento del material tractivo y rodante que fue concesionado.

<sup>24</sup> Glen O. Robinson On refusal to deal with rivals EN: Cornell Law Review, Volume 87, July 2002 Number 5 (p.1223)  
<sup>25</sup> “Just as forced sharing may undermine the investment incentives of the firm ordered to share, perhaps it undermines even more the incentive of the firms seeking to share to invest in their own facilities.”



Dicho mejoramiento se debió, en gran medida, a que en el contrato y luego en la regulación sólo se establecía la obligatoriedad de facilitar el acceso a las mencionadas "facilidades esenciales" y que, además, se establecía sólo una limitación al contrato de arrendamiento de material tractivo y rodante que estaba referida al plazo de duración (10 años).

Teniendo en cuenta dichas variables, resultaba claro que FETRANS (o PERURAIL) podían realizar las inversiones necesarias para mejorar el material tractivo y rodante sin que exista el riesgo que un tercero se beneficie de la inversión realizada. Es más, para determinar los montos que se destinarían para mejorar el parque existente se tuvo en cuenta el plazo establecido en el contrato y se partió de la premisa que dichos materiales serían utilizados por PERURAIL.

La posición asumida por FETRANS era justificada, pues en el contrato de concesión sólo se establecen procedimientos y obligaciones para que esta empresa comparta infraestructura indispensable no duplicables por otros operadores (como la vía férrea y las estaciones) y no materiales que pueden ser adquiridos por cualquier entrante.

Si hubiera existido algún procedimiento para "compartir" material tractivo y rodante, evidentemente hubieran existido pocos incentivos para destinar recursos de la empresa al mejoramiento de dichos bienes, pues en cualquier momento éstos podrían ser utilizados por cualquier operador que lo requiriera.

En ese mismo sentido, si a través de las normas de competencia, se establece la obligación de FETRANS de arrendar el material tractivo a todos los posibles entrantes, no existirá ningún incentivo para FETRANS ni para los operadores de invertir en el mejoramiento de los coches, pues siempre existirá la posibilidad

Lo testando por INDECOPI 01233

COMISION DE LIBRE COMPETENCIA 01233 INDECOPI

de ingreso de un nuevo operador y, siguiendo la lógica de "lo esencial" del material tractivo, llegará un momento en que existan más operadores y muy poco material tractivo. Es decir, el futuro en un "mundo lleno de recursos importantes" será que nadie tendrá coches adecuados y los perdedores serán los consumidores.

Como puede apreciarse, la decisión de la agencia de competencia en los casos de supuestas negativas injustificadas debe tener en cuenta los efectos que se pueden generar en los agentes económicos debido a que se podría reducir los incentivos para la inversión en un mercado en el que se requiere.

Sobre el particular, es importante transcribir la opinión de Breyer quien manifiesta lo siguiente:

*"Aun la más simple obligación de compartir instalaciones impuestas requiere la supervisión por parte de un tercero de los términos y condiciones bajo las cuales se implementa dicha obligación. Más aún, el deber de abrir las instalaciones puede disminuir los incentivos del propietario a invertir, mejorar y mantener su propiedad a través de la neutralización de las ventajas que significaría el goce particular de los frutos del valor agregado por las inversiones, investigación o el trabajo. Cuando uno se adentra mas allá que del mero deber de compartir y administrar los elementos de red desagregados esos problemas pueden tornarse más severos. No resulta práctico, por ejemplo, exigir a una empresa de ferrocarril compartir sus locomotoras, combustible, y empleados. Ninguno puede garantizar que las empresas realizarán las inversiones necesarias para producir innovaciones de tecnológicas de complejidad si las ventajas competitivas de dichas inversiones serán disipadas a través del requerimiento de compartirlas."*<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Even the simplest kind of compelled sharing, say, requiring a railroad to share bridges, tunnels, or track, means that someone must oversee the terms and conditions of that sharing. Moreover, a sharing requirement may diminish the original owner's incentive to keep up or to improve the property by depriving the owner of the fruits of value-creating investment, research, or labor. And as one moves beyond the sharing of readily separable and administrable physical facilities, say, to the sharing of research facilities, firm management, or technical capacities, these problems can become more severe. One would not ordinarily believe it practical, for example, to require a railroad to share its locomotives, fuel, or workforce. Nor can one guarantee that firms will undertake the investment necessary to produce complex technological innovations knowing that any competitive advantage deriving from those innovations will be dissipated by the sharing requirement.

### 3.2. SUPUESTA PRACTICA DISCRIMINATORIA

El literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 dispone que:

*“Artículo 5.-Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.*

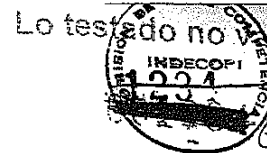
*Son casos de abuso de posición de dominio:*

*(...)*

- b) *La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;”*

En el Informe de Secretaría Técnica se ha señalado que FETRANS habría realizado una práctica abusiva debido a que dicha empresa se habría negado a alquilar el material tractivo y rodante a FERSIMSAC; siendo que, con PERURAIL, sí ha contratado. Dicho hecho, a decir de la Secretaría Técnica, constituiría una clara contravención al artículo antes citado así como a la cláusula No. 7.6 del Contrato de Concesión en la que se estipula que *“(...) el concesionario no podrá discriminar entre los Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes”*

Al respecto, debemos señalar que la cláusula señalada por la Secretaría Técnica recoge el principio de no discriminación propio de los sistemas regulatorios. En virtud de dicho principio, se prohíbe a las empresas que cuenten con facilidades esenciales realizar conductas discriminatorias que puedan originar distorsiones en el mercado.



Lo testado no



Así, por ejemplo, en virtud de este principio de no discriminación, FETRANS, en su calidad de concesionaria del FSO, no podría cobrar por el acceso a la vía férrea en forma discriminatoria, es decir, no podría cobrar a un precio más alto a una empresa en comparación con otra.



Igualmente, FETRANS no puede impedir a una empresa la prestación de un servicio esencial –en términos del Reglamento de Acceso a la Infraestructura- favoreciendo así a su vinculada.

Como puede apreciarse, la cláusula antes mencionada está referida a los servicios relacionados a la infraestructura ferroviaria que administra el concesionario del FSO y a los precios que éste debe cobrar a los operadores. Sin embargo, consideramos que es equivocado ampliar el alcance de dicha cláusula para pretender que FETRANS brinde un servicio que no es esencial y que, por ello, no está obligado a prestar.

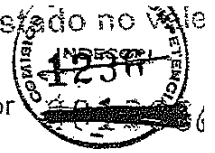
De otro lado, la discriminación –como conducta anticompetitiva- sólo puede sancionarse siempre que quien la ejecute ostente posición de dominio.

En el presente caso, si FETRANS realizara una práctica discriminatoria respecto del material tractivo y rodante, los operadores “perjudicados” con dicha práctica podrían solicitar dicho material a los distintos proveedores que hemos mencionado, lo cual, como hemos manifestado, no implican mayores costos, teniendo en cuenta la inversión que se realiza en el mercado ferroviario.

#### V. **COMENTARIOS FINALES: SOBRE LAS PROBABLES ACCIONES QUE DEBEN TOMARSE SEGÚN LA SECRETARÍA TÉCNICA**

La Secretaría Técnica en el punto 3.3.5 ensaya diversas acciones que, según ella, se deberían realizar para la promoción de la competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

La Secretaría Técnica sugiere que, en el caso que un nuevo operador solicite el alquiler de material tractivo y rodante, se debería.



(i) **Resolver el contrato entre Fetrans y Perurail:**



Lamentablemente la Secretaría Técnica no sólo quiere obligar a FETRANS a alquilar de un material que no es esencial sino que, además, sugiere que el contrato entre FETRANS y PERURAIL se resuelva y esta última empresa desaparezca del mercado nacional.

Es decir, para la Secretaría Técnica, PERURAIL no debe realizar operaciones en el FSO debido a su vinculación económica con FETRANS. Ello, a decir de la mencionada Secretaría sería coherente con el esquema regulatorio planteado en el proceso de promoción a la inversión privada del FSO. Ello no es correcto.

Es importante precisar a la Comisión que en todo el proceso de licitación nunca se estableció que la política regulatoria obligaba la desaparición del operador vinculado. Tampoco se mencionó esta posibilidad en la licitación, en las Bases ni Circulares se planteó como una meta del proceso.

Sobre el particular, es importante recordar que fue el propio Estado quien obligó al concedente a constituir una nueva empresa para prestar los servicios de transporte y carga. Asimismo, es importante tener en cuenta que el Estado nunca señaló que dicha participación indirecta de parte del concesionario estaba condicionada a la entrada de un nuevo competidor.

Ello, evidentemente obedecía a que ninguna empresa que obtuviera la concesión estaría dispuesta a constituir un operador provisional (contratar trabajadores, reparar los coches, adquirir

La Secretaría Técnica sugiere que, en el caso que un nuevo operador solicite el alquiler de material tractivo y rodante, se debería.



(i) **Resolver el contrato entre Fetrans y Perurail:**

Lamentablemente la Secretaría Técnica no sólo quiere obligar a FETRANS a alquilar de un material que no es esencial sino que, además, sugiere que el contrato entre FETRANS y PERURAIL se resuelva y esta última empresa desaparezca del mercado nacional.

Es decir, para la Secretaría Técnica, PERURAIL no debe realizar operaciones en el FSO debido a su vinculación económica con FETRANS. Ello, a decir de la mencionada Secretaría sería coherente con el esquema regulatorio planteado en el proceso de promoción a la inversión privada del FSO. Ello no es correcto.

Es importante precisar a la Comisión que en todo el proceso de licitación nunca se estableció que la política regulatoria obligaba la desaparición del operador vinculado. Tampoco se mencionó esta posibilidad en la licitación, en las Bases ni Circulares se planteó como una meta del proceso.

Sobre el particular, es importante recordar que fue el propio Estado quien obligó al concedente a constituir una nueva empresa para prestar los servicios de transporte y carga. Asimismo, es importante tener en cuenta que el Estado nunca señaló que dicha participación indirecta de parte del concesionario estaba condicionada a la entrada de un nuevo competidor.

Ello, evidentemente obedecía a que ninguna empresa que obtuviera la concesión estaría dispuesta a constituir un operador provisional (contratar trabajadores, reparar los coches, adquirir

materiales, etc.), por el riesgo que ello significa invertir para luego que otra recoja los beneficios.

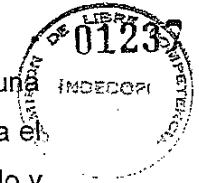
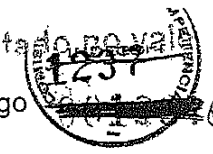
Además, resulta paradójico que la Secretaría Técnica deslice una idea como la analizada, pues ello implica negar a una empresa el derecho de participar y mantenerse en un mercado determinado y competir lealmente.

Si las reglas de la privatización hubieran previsto lo que pretende la Secretaría Técnica, estamos seguros que las empresas que intervinieron en dicho proceso hubieran preferido abstenerse de hacerlo. Hubiera estado previsto en el contrato (o al menos en una Circular) que, por ejemplo, apenas entrase un operador, PERURAIL saldría del mercado. Lo cierto es que el esquema del proceso y la lógica del contrato no es esa, sino que se invierta en el mejoramiento de material. El incentivo es la posibilidad de aprovechar los beneficios de tal inversión y no de dejarla aun entrante.

Adicionalmente, siguiendo una conducta estratégica, los operadores entrantes que no han realizado ninguna inversión podrían "sacar del mercado" al operador vinculado (como sugiere la Secretaría) y quedarse como operadores exclusivos del FSO.

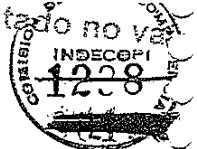
De otro lado, se debe anotar que no se ha prohibido la integración vertical sino que se pensó como un esquema obligatorio de la privatización. La existencia de integración vertical no impide la competencia en el segmento de transporte si se tiene la regulación adecuada. No entendemos el desprecio de la Secretaría Técnica a la intervención vertical la misma que no está prohibida en ninguna norma.

Finalmente, no es necesario realizar predicciones "mágicas" para darse cuenta los impactos que pueden originarse de la ejecución





Lo testado no vale



de la sugerencia realizada por la Secretaría Técnica, sobre todo si es que lo que se postula es la extinción de PERURAIL como empresa, sin tener en cuenta las inversiones realizadas y el personal que trabaja en dicha empresa.

**(ii) Licitar la totalidad del material tractivo y rodante:**

La licitación es un mecanismo que se encuentra previsto en el Contrato de Concesión y que está referido a los horarios para la prestación del servicio de transporte cuando existe la denominada "disputabilidad".

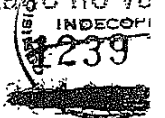
En el caso mencionado, se justifica el proceso de licitación en tanto que no es posible físicamente el uso de la misma vía por dos operadores y la única alternativa para que ello suceda es que se construya otra red lo cual, evidentemente, implica costos prohibitivos.

En cambio, el material tractivo y rodante, al no ser una facilidad esencial, no tiene que ser subastado, pues aquEl operador que desee entrar a prestar el servicio de transporte ferroviario podrá contar con ese material fácilmente ya que, como se ha visto, existen múltiples posibilidades de aprovisionamiento que no implican costos prohibitivos.

**(iii) Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante**

Al igual que en el caso anterior, la Secretaría Técnica no toma en cuenta que el material tractivo y rodante puede ser adquirido por cualquier empresa que desee ingresar como operador al FSO.

Asimismo, no es difícil suponer que supondría una gran incertidumbre para las operadoras saber que en cualquier



momento pueden perder el material tractivo y rodante con el que cuentan, pues, ante la entrada de un nuevo competidor, tendrá que dividirse el material en tres, cuatro o cinco.



No es igual pues, realizar inversiones para entrar al mercado y contar con cierta cantidad de material tractivo y rodante en un tiempo determinado, que estar a merced de las decisiones de otras empresas. ¿Acaso cree la Secretaría Técnica que alguna empresa invertirá en la reparación o mantenimiento del material tractivo y rodante si es que sabe que cualquier momento puede ser obligada a entregar dicho material para que otro la use?.

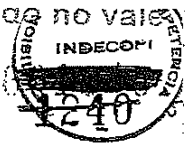
- (iv) **Dividir en dos partes equivalentes el material tractivo y rodante quedando una parte en alquiler de PERURAIL y, la otra, licitada entre todos los entrantes.**

En este caso, también se pretende imponer una obligación de compartir un recurso que no es esencial. Además, debe apreciarse que lo que se pretendería con la licitación es que los potenciales operadores compitan por el aprovisionamiento del material tractivo y rodante.

Como lo hemos demostrado, y dado el número de fuentes existentes, no existe ninguna restricción para que dos o más empresas compitan por el aprovisionamiento del material ofreciendo mejores precios a los proveedores que, como repetimos, existen en gran número.

**POR TANTO:**

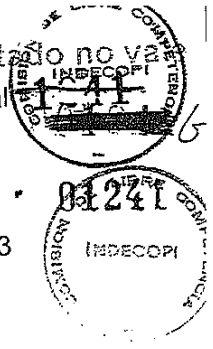
**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA PEDIMOS:** Se sirva tener por presentados los descargo de nuestra empresa y, en su oportunidad, absolvernos de las imputaciones realizadas por la Secretaría Técnica por las razones expuestas en el presente escrito.



**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, como medios probatorios ofrecemos lo siguientes:

1. Carta GG/GG-016-FC.Santuario-2003 del 12 de febrero de 2003.
2. Oficio NO. 217-03-GS-C3-OSITRAN del 15 de marzo de 2003, remitido por el Gerente de Supervisión de OSITRAN a FETRANS.
3. Carta del 26 de febrero de 2003 remitida por FERSIMSAC a FETRANS.
4. Lista referencial de posibles proveedores a nivel mundial.
5. Lista referencial de empresas que utilizan material tractivo y rodante de trocha angosta.
6. Cotizaciones de truques y ejes de diversos proveedores.
7. Comunicaciones remitidas por PERURAIL al OSITRAN en las que se da cuenta de las adaptaciones realizadas a material tractivo y rodante de trocha ancha.
8. Informe Económico elaborado por un consultor de prestigio.
9. Informe de un Ingeniero sobre la seguridad de la adaptación y factibilidad del material de trocha ancha a trocha angosta.
10. Informe de Asociación Latinoamericana de Empresas de Ferrocarriles sobre la existencia de ferrocarriles de trocha angosta en el mundo.
11. Inspección que deber realizarse en el FSO en el Cusco en fecha y hora que señale la Comisión.

Lo testado no va



**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, como anexos adjuntamos al presente escrito lo siguientes:

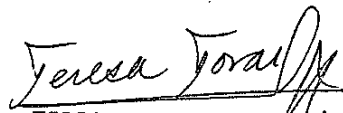
1. Carta GG/GG-016-FC.Santuario-2003 del 12 de febrero de 2003 (Anexo 1- A)
2. Oficio NO. 217-03-GS-C3-OSITRAN del 15 de marzo de 2003, remitido por el Gerente de Supervisión de OSITRAN a FETRANS (Anexo 1-B).
3. Carta del 26 de febrero de 2003 remitida por FERSIMSAC a FETRANS (Anexo 1-C).
4. Lista referencial de posibles proveedores a nivel mundial (Anexo 1-D).
5. Lista referencial de empresas que utilizan material tractivo y rodante de trocha angosta (en el Anexo 1-E).
6. Cotizaciones de truques y ejes de diversos proveedores (Anexo 1-F).
7. Comunicaciones remitidas por PERURAIL al OSITRAN en las que se da cuenta de las adaptaciones realizadas a material tractivo y rodante de trocha ancha (Anexo 1- G).
8. Copia del RUC de FETRANS (Anexo 1-H).
9. Copia del DNI de nuestro representante ( Anexo 1-I).
10. Copia del documento en el que constan las facultades de nuestro representante (Anexo 1-J).

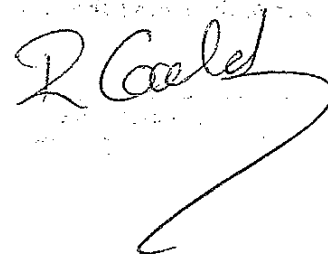


**TERCER OTROSI DECIMOS:** Que, otorgamos las facultades generales del mandato a los abogados que autorizan el presente escrito, doctores Maricarmen Tovar Gil con Reg. CAL N° 11138, Teresa Tovar Mena con Reg. CAL N° 19018, Manlio Bassino Pinasco con Reg CAL N° 18625, Percy Samaniego Pimentel con Reg CAL N° 36742, Gabriela Pérez-Costa Piscocoya con Registro CAL N° 28630, Roxana Gayoso Arnillas con Registro CAL No. 33038, de conformidad con lo previsto por el artículo 80° del Código Procesal Civil.

**TERCER OTROSI DECIMOS:** Que, solicitamos se faciliten los actuados, se entreguen copias simples o certificadas, además de los abogados que suscriben el presente escrito, a las siguientes personas: Natalia Miró Quesada Samanez, identificada con D.N.I. N° 42157692, Diego Huertas del Pino identificado con D.N.I. N° 41444339 y/o Johanna Holz Rincón con D.N.I. N° 40931435 y Luz Piscocoya Nerio con D.N.I. N° 07720121.

Lima, 19 de noviembre de 2004

  
TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echecopar Garcia S.Civ.R.L.

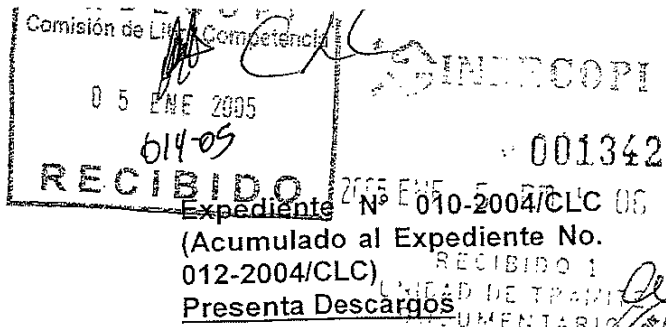


  
PERCY SAMANIEGO PIMENTE.  
ABOGADO  
C.A.L. 36742  
Estudio Luis Echecopar Garcia

07. Descargos de Fetrans 05.01.05 y primer informe Apoyo



ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA  
ABOGADOS



A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:

FERROCARRIL TRANSANDINO (en adelante, "FETRANS"), representada por su Gerente de Servicios Legales, Dr. Raúl Galdo Marín, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08796488, ambos señalando domicilio para estos efectos en la Casilla No. 36 del INDECOPI, atentamente decimos:

Que, con fecha 23 de noviembre de 2004, hemos sido notificados con la Resolución No. 74-2004/CLC-INDECOPI, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) resuelve admitir a trámite la denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en adelante, "FERSIMSAC") en contra de FETRANS, por la supuesta comisión de infracciones a los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701.

En tal sentido, dentro del término establecido en el artículo 16° del mencionado Decreto Legislativo, presentamos nuestros descargos, negando y contradiciendo en su totalidad las afirmaciones realizadas por la denunciante y solicitando a la Comisión que, en su oportunidad, declare infundada la denuncia presentada.

I. RESPECTO AL ESCRITO DE DENUNCIA DE FERSIMSAC

En su denuncia, FERSIMSAC señaló que, mediante Carta No. GG/GG-010-FC del 17 de enero de 2003, solicitó a FETRANS el alquiler de material tractivo y rodante con el objeto de prestar sus servicios en el Ferrocarril del Sur Oriente.

Asimismo, FERSIMSAC alega que dicha solicitud fue contestada por FETRANS quien le habría manifestado que no existía material tractivo y rodante disponible debido a que la totalidad del material estaba siendo utilizado por PERURAIL S.A (en adelante, "PERURAIL").



A decir de FERSIMSAC, lo mencionado en el párrafo precedente constituiría una conducta contraria a las normas de libre competencia. Ello, debido a que, según FERSIMSAC, *"el argumento utilizado por la empresa Ferrocarril Transandino S.A. ante nuestro requerimiento, constituye una flagrante infracción del numeral 7.6. del Contrato de Concesión, Pues nos niega la posibilidad de que se nos alquile el Material Tractivo y Rodante que es de propiedad del Estado y no del Concesionario, en beneficio exclusivo del otro operador autorizado PERURAIL S.A., que además es una empresa vinculada y que la pone en una situación de ABUSO DE POSICION DE DOMINIO frente a mi representada, hecho que dificulto (sic) el inicio de nuestras operaciones, por carecer de Material Tractivo y Rodante asumiendo una posición de desigualdad entre mi representada y la Empresas PERURAIL S.A. a quién (sic) si alquila el referido material"* (el subrayado y resaltado aparecen en el texto original).

En opinión de FERSIMSAC, los hechos denunciados configurarían las infracciones establecidas en los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701.

No obstante que FERSIMSAC, cita los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701, dicha empresa no señala las razones por las que considera que FETRANS tiene posición de dominio, es más, no señala cuál es el producto y, menos aún, el mercado geográfico relevante que ha tenido en cuenta para poder concluir que FETRANS cuenta con posición de dominio.

Si bien en la resolución admisoría se señala que los hechos denunciados son los mismos que dieron origen al inicio del procedimiento de oficio



contra FETRANS (tramitado bajo el expediente No. 012-2004/CLC), no es menos cierto que resulta cuestionable que se admita una denuncia sin que en ella se expresen claramente aspectos tan importantes como los que se han mencionado en el párrafo precedente.



Lo señalado anteriormente es muy importante teniendo en cuenta que la supuesta negativa sólo puede ser sancionada si es que existe posición de dominio de FETRANS; siendo que, como lo hemos manifestado, FERSIMSAC no aporta ninguna prueba ni se pronuncia claramente sobre este punto.

Adicionalmente, no puede entenderse cómo la Comisión considera que existen indicios razonables para declarar la procedencia de la denuncia, si es que FERSIMSAC no hace referencia alguna a la posición de dominio de la que supuestamente estaría abusando FETRANS.

Cabe recordar que, a diferencia de otros procedimientos, en el caso de las denuncias sobre libre competencia, éstas sólo podrán ser admitidas a trámite si existen indicios razonables. Estos indicios, claro está, no pueden consistir en simples alegaciones de la denunciante de que una empresa ha realizado determinada conducta sino que, en el caso de un supuesto abuso de posición de dominio, deben existir también ciertos elementos que nos lleven a concluir que el denunciado ostenta posición de dominio respecto a un producto o servicio y en un mercado determinado.

Teniendo en cuenta que FERSIMSAC no señala ningún elemento que nos pueda llevar a concluir que FETRANS cuenta con posición de dominio, consideramos que **su denuncia** debió ser declarada **improcedente** pues es difícil considerar la existencia de indicios razonables de la realización de abuso de posición de dominio cuando omite pronunciarse sobre la posición de dominio del denunciado (en este caso, FETRANS).

5.

Cabe recordar que la Comisión<sup>1</sup>, respecto al análisis de procedencia de una denuncia por actos contrarios a la libre competencia ha señalado que:



*"(...) para admitir a trámite una denuncia se deben cumplir de manera **concurrente** dos aspectos: los requisitos formales de admisibilidad y los presupuestos de procedencia.*

*26. El análisis de admisibilidad comprende la evaluación de los aspectos formales (...)*

*27. Por su parte, el análisis de procedencia comprende, en primer lugar, evaluar la competencia de la Comisión respecto del extremo denunciado y, en segundo lugar, determinar si existen o no la presencia de indicios razonables de infracción a las normas de defensa de la competencia. Esto último en virtud a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo No. 701" (sólo el resaltado es nuestro)*

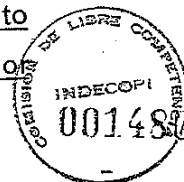
Como bien lo señala la Comisión en la resolución transcrita, para admitir a trámite una denuncia es necesario verificar la existencia de indicios razonables de que la conducta alegada por la denunciante se ha realizado. Como lo hemos señalado, tales indicios no se desprenden de lo alegado por FERSIMSAC en su escrito de denuncia.

Lo que es peor, FERSIMSAC ofrece diversos documentos que no deben ser admitidos por la Comisión por ser impertinentes. En efecto, FERSIMSAC ha ofrecido como pruebas 21 fotografías que no tienen ninguna relación con los hechos materia de denuncia y, lo que es más cuestionable aún, utiliza dichas "pruebas" para realizar afirmaciones falsas y tendenciosas. Del mismo modo, FERSIMSAC ha ofrecido un DVD que contendría información referida al mantenimiento de las estaciones y los coches concesionados a FETRANS que, como es evidente, no tienen ninguna relevancia en este procedimiento.

Sin perjuicio de rechazar las calumnias y mentiras formuladas por FERSIMSAC, y reservándonos el derecho de iniciar las acciones legales correspondientes, solicitamos a la Comisión que, en virtud del

<sup>1</sup> Resolución No. 054-2003-CLC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2003 recaída en el expediente No. 001-2003-CLC, en el procedimiento seguido por la Central Unitaria de Trabajadores y el señor Javier Diez - Canseco Cisneros en contra de diversas AFP's.

artículo 163.1 de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, rechace los mencionados documentos por ser evidentemente impertinentes<sup>2</sup>.



Luego de haber demostrado algunas de las graves omisiones de la denuncia de FERSIMSAC así como su conducta temeraria al presentar documentos impertinentes<sup>3</sup>, pasaremos a demostrar que la denuncia debe ser declarada infundada al no haber realizado FETRANS ninguna práctica contraria a las normas de libre competencia.

## II. ANTECEDENTES

Como señala FERSIMSAC, el 17 de enero de 2003, dicha empresa informó a FETRANS su deseo de utilizar, en calidad de arrendamiento, el material tractivo y rodante. En respuesta a dicha comunicación, el 24 de enero de 2003, FETRANS manifestó que no le era posible arrendar el material tractivo y rodante debido a que este ya había sido arrendado a PERURAIL. Asimismo, FETRANS cumplió con remitir un proyecto de contrato de acceso a la vía conforme a lo solicitado por FERSIMSAC.

Posteriormente, mediante Carta GG/GG-016-FC.Santuario-2003 del 12 de febrero de 2003, FERSIMSAC remitió sus observaciones al

<sup>2</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General  
Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un periodo que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

<sup>3</sup> Esta conducta contraviene un principio fundamental del procedimiento administrativo que supone actuar de buena fe. En particular, en el procedimiento trilateral, las partes deben abstenerse de presentar documentos no referidos al asunto controvertido o conteniendo tergiversaciones o falsedades con el objeto de causar una mala disposición en la Autoridad hacia la contraparte:

Ley del Procedimiento Administrativo General  
Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:  
(...)

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los participantes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

mencionado proyecto de contrato. Cabe señalar que, en el mencionado proyecto, FERSIMSAC declaró contar con: (i) Locomotoras Diesel Eléctricas (2 unidades); (ii) Coches de Pasajeros (6 unidades); y, (iii) Autovía (1 unidad)<sup>4</sup>.



Nótese que dicha comunicación no ha sido mencionada por FERSIMSAC, pues obviamente desmiente las alegaciones contenidas en su denuncia.

Además, es necesario destacar que en ningún momento, FERSIMSAC señaló que no contaba con material tractivo y que no podría prestar sus servicios si FETRANS no se los alquilaba.

Cabe señalar que FETRANS, luego de la comunicación de FERSIMSAC de las cualidades técnicas de su material tractivo y rodante, le comunica a esta empresa<sup>5</sup> que como concesionaria está obligada a supervisar que dicho material cumpliera con los estándares técnicos de seguridad de acuerdo a las leyes aplicables y según lo previsto en el Contrato de Concesión<sup>6</sup>.

A mayor abundamiento, es importante tener en cuenta el Oficio No. 217-03-GS-C3-OSITRAN del 15 de marzo de 2003, remitido por el Gerente de Supervisión de OSITRAN a FETRANS, que señala que *"el Ministerio de Transporte y Comunicaciones-MTC, solicita a OSITRAN oficiar ante el Concesionario, para que este proceda a efectuar las verificaciones pertinentes, tanto en lo relativo al personal, como al material rodante mencionados por FERSIMSAC en su carta GG/GG-016-FC.Santuario-2003"* (Anexo 1-B de nuestro escrito de descargos presentado en el expediente tramitado bajo el No. 012-2004/CLC).

<sup>4</sup> En efecto, FERSIMSAC, en el curso de las negociaciones para la suscripción de un contrato de acceso a la vía, declaró contar con material tractivo y rodante, tal como puede apreciarse del Anexo 9 del mencionado proyecto.

<sup>5</sup> Carta No. 013-GL/FETRANS-2003 del 24 de enero de 2003. Del mismo modo, en la carta No. 33-GL-2003/FETRANS del 24 de febrero de 2003.

<sup>6</sup> Contrato de Concesión  
"12.2. (...) el Concesionario queda obligado a supervisar y controlar que el desarrollo de Servicio de Transporte Ferroviario por parte de Operadores de Servicio de Transporte Ferroviario se desarrolle dando estricto cumplimiento a las disposiciones sobre seguridad ferroviaria establecida en este Contrato y en su Anexo No. 6"

Como puede apreciarse, las propias autoridades administrativas requerían a FETRANS la supervisión del material tractivo que utilizaría FERSIMSAC a fin de comprobar que dichos materiales eran compatibles con los estándares exigidos por ley. Hasta el momento todos (las autoridades y nuestra empresa) asumieron que FERSIMSAC tenía el material tractivo y rodante necesario, ya que así lo declaró la propia empresa. Cabe señalar que, es evidente que dicho material no era el utilizado por PERURAIL, pues no tendría sentido inspeccionar las cualidades técnicas de dichas máquinas si es que estas ya se encontraban en operación.

### III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En su denuncia, FERSIMSAC ha puesto énfasis en la propiedad de los bienes concesionados así como en lo dispuesto en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente. Por ello, previamente a demostrar que FETRANS no cuenta con posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante, consideramos necesario realizar algunas precisiones al respecto.

#### 3.1. SOBRE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES CONCESIONADOS

FERSIMSAC señala que FETRANS le negó el alquiler de material que es de propiedad del Estado, como si esa propiedad estatal fuera una justificación para el uso compartido, "colectivo" o "comunitario".

Así, la denunciante señala que existe una conducta agravada de FETRANS, en tanto que el material tractivo y rodante es "de propiedad del Estado" (algo así como "es de todos los peruanos" y no de FETRANS).

Como es bien sabido, cuando otorga una concesión, el Estado queda como "nudo propietario", cobrando una retribución y con el derecho a

5.

recuperar los bienes mejorados con las inversiones del concesionario al término de la concesión. Es el propio Estado quien ha fijado las condiciones de explotación en un contrato de concesión que contempla los derechos y obligaciones de la concesionaria. El concesionario no sólo paga una retribución por la explotación, sino también invierte para mejorar la infraestructura y material tractivo y rodante.

Al respecto, Danós<sup>7</sup> señala que “[m]ediante la Concesión de Obras Públicas, la Administración transfiere a un particular (el Concesionario), la ejecución, reparación o conservación de una Obra Pública, bajo propia cuenta y riesgo. Como contraprestación, el concesionario obtiene el derecho a la explotación de la obra pública y a obtener la tarifa o peaje pactados por el uso de la misma.”

En concordancia con la definición que se ha transcrito, la Cláusula Primera del Contrato de Concesión de FETRANS, define a la concesión de la siguiente manera:

**“Concesión:** significará el acto administrativo plasmado en el presente Contrato, mediante el cual el Concedente otorga al Concesionario el **derecho a explotar los Bienes de la Concesión**, prestar Servicios de Transporte Ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y carga que serán desarrollados por cualquier Operador, y 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 este Contrato y en las Leyes Aplicables.” (el resaltado es nuestro)

Asimismo, la cláusula 2.3. del contrato establece lo siguiente:

**“2.3. Otorgamiento de la Concesión:** Mediante este Contrato, el Concedente otorga a favor del Concesionario la Concesión para el **mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los Bienes de la Concesión**, así como para la construcción de obras de Infraestructura Vial Ferroviaria, para la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario y de Servicios

<sup>7</sup> DANÓS, Jorge. Promoción de la Inversión Privada en materia de Obras Públicas de Infraestructura y Servicios Públicos a través de las Concesiones. Revista Advocatus p. 60



*Complementarios en el Area Matriz, de acuerdo a las estipulaciones contenidas en este Contrato y en las Leyes Aplicables. Este Contrato entrará en vigencia en la Fecha de Cierre." (el resaltado es nuestro)*

Por efecto de la concesión y por treinta años (o más si se prorroga) la concesionaria es quien tiene el derecho de explotar los bienes, es decir, tiene el poder más importante que otorga el derecho de propiedad, el disfrute económico del bien y si es una concesión en exclusiva, como en este caso, puede excluir a los demás de la referida explotación.

En virtud de la concesión, entonces, el Estado otorga la explotación económica de los bienes al concesionario, quien tiene plena libertad de decisión comercial salvo en los aspectos regulados en el contrato y en las normas de OSITRAN dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico nacional.<sup>8</sup>

Lo mencionado en el párrafo precedente, se puede constatar de la lectura de las siguientes cláusulas:

*"6.1. Explotación de la Concesión. La explotación de la Concesión se realizará mediante el aprovechamiento de los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario que este Contrato autoriza al Concesionario a desarrollar y de los Servicios Complementarios.*

*6.2. Autorización para la explotación de los Bienes de la Concesión. Este Contrato es título suficiente para que el Concesionario pueda explotar los Bienes de la Concesión; por lo tanto tendrá derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea establecida en el numeral 7.1. a los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que deseen ingresar a este mercado. (...)*

*6.5. Libre decisión comercial y riesgos. El Concesionario tiene derecho a explotar los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario y los Servicios Complementarios que*

<sup>8</sup> Cabe señalar que el Reglamento del Texto Unico Ordenado de las Normas con Rango de Ley que Regulan la entrega entrega en concesión al Sector Privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo N° 060-96-PCM, establece en su primera disposición complementaria, lo siguiente: "Primera.- En lo que se refiere a sus derechos y obligaciones económicas con terceros, el concesionario se registrará por las normas de derecho privado; y, en general, podrá realizar cualquier operación lícita, sin necesidad de autorización previa del organismo o entidad correspondiente del Estado con las solas excepciones que regula expresamente el TUO, este Reglamento y las que se estipulen en el contrato de concesión. Así, entre otras, el concesionario podrá dar en prenda sus ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión y/o ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Estado que conste en el contrato, sin necesidad de autorización previa de dicho organismo o entidad." (resaltado agregado)



*crea conveniente, de acuerdo a lo establecido en este Contrato, en las Bases y en las Leyes Aplicables. **Este derecho implica la libertad del Concesionario en la gestión y conducción del negocio, lo cual incluye, pero no se limita, a la administración, mantenimiento, rehabilitación y construcción de Infraestructura Vial Ferroviaria, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrate y la libertad de decisión comercial, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato, las Bases y las Leyes Aplicables. En tal sentido, el Concesionario es el único titular y responsable de los resultados económicos y de los riesgos que deriven de ello.**" (el resaltado es nuestro)*

Conforme al contrato, el concesionario tiene libertad de decisión comercial en la explotación de los bienes, salvo el cumplimiento de reglas de acceso obligatorio del contrato y del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) por ser infraestructura esencial. La regla es, entonces, la libertad de decisión del concesionario y la excepción son las restricciones a esa libertad.

Al estar fuera del REMA, y no preverse su alquiler obligatorio a terceros en el contrato, el material tractivo y rodante puede ser alquilado por FETRANS en las condiciones que considere convenientes bajo un régimen civil y comercial común.

Entonces, la titularidad estatal o privada es irrelevante para efectos de definir si un bien es o no "de acceso obligatorio". Para estos efectos, en nada cambia las cosas el que sea un bien de titularidad del Estado dado en concesión.

A manera de ejemplo, podemos señalar que los locales comerciales o tiendas del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez son parte de la concesión otorgada a Lima Airport Partners - LAP pero nadie ha planteado hasta hoy que, por ser de titularidad del Estado, tales locales deban estar sujetos a un régimen de acceso obligatorio. Rige la libertad de decisión comercial de la empresa y no la obligación de contratar. Menos aún puede declararse que la negativa a alquilarlas es un abuso

5.





porque se tiene posición de dominio en el alquiler de tiendas en el aeropuerto.<sup>9</sup>

La titularidad del Estado de un determinado bien no lo convierte en un bien de uso público, sino su condición de ser o no esencial. Por supuesto que existen bienes de titularidad del Estado que son de uso público, pero tal uso se da no por la titularidad estatal sino por la propia naturaleza del bien que tiene el carácter de facilidad esencial.

El REMA anterior<sup>10</sup> establecía en su artículo 6° ***“La obligatoriedad del acceso a la infraestructura de transporte de uso público se deriva de su propia naturaleza. Por ello, en los casos previstos en este Reglamento y en los respectivos contratos, constituye condición esencial de la concesión y explotación de infraestructuras de transporte de uso público (...)”***

En el mismo sentido, el artículo 11 del REMA vigente<sup>11</sup>, establece: ***“El otorgamiento del derecho de Acceso a las Facilidades Esenciales a los usuarios intermedios que lo soliciten, por parte de las Entidades Prestadoras, es obligatorio en los casos y supuestos previstos en el presente Reglamento. Esta obligatoriedad se deriva de la naturaleza de uso público de la infraestructura de transporte bajo la competencia de OSITRAN. Por ello, constituye condición esencial de las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público que realizan las Entidades Prestadoras.”***

Entonces, es el carácter de facilidad esencial lo que determina la obligación de uso compartido de un bien por todos los que requieran prestar servicios esenciales en él, hasta el límite de su capacidad.

<sup>9</sup> El numeral 2.3. del Anexo 5- Política sobre Tarifas- del Contrato de Concesión de LAP, bajo el rubro “Régimen de tarifas y precios aplicables” señala lo siguiente:  
“2.3. Locales y Servicios Comerciales  
La renta y/o alquiler que el Concesionario obtenga por el arrendamiento de los locales o espacios, será determinado por la libre oferta y demanda. El Concesionario queda en libertad para establecer esta renta como un monto fijo y/o como un porcentaje de las ventas del establecimiento comercial. La Retribución [pagadera al Estado] se obtendrá aplicando el porcentaje sobre la renta o alquiler obtenido por el Concesionario.”  
<sup>10</sup> Aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 034-2001-CD/OSITRAN, publicada el 31 de diciembre de 2001.

5.



El acceso abierto (*open access*) a la vía férrea y a las estaciones se genera en la condición de facilidad esencial de tales bienes, no en el hecho de que sean de propiedad del Estado.

En el caso del material tractivo y rodante, no estamos ante bienes que sean facilidades esenciales por lo que no es obligatoria la compartición. En suma, la afirmación de la denunciante en el sentido de que se tienen que compartir los bienes porque son parte de la concesión del Estado es jurídicamente incorrecta.

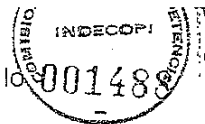
En tal sentido, los bienes entregados en concesión a FETRANS no son todos iguales y cada tipo de bien se explota según su naturaleza. No puede tratarse a todos los bienes concesionados a FETRANS como si tuvieran las mismas características o fueran equivalentes (bajo el gran cajón de "bienes concesionados").

En el contrato hay dos tipos de bienes:

- Un bien que es infraestructura esencial está regulado y por su uso se cobra cargos de acceso que pueden estar sujetos a topes vía regulación. El acceso tiene un procedimiento reglado y no puede denegarse salvo causas justificadas. OSITRAN revisa los contratos y los aprueba antes de que entren en vigor. Puede modificar los aspectos que considere que no se ajustan a la regulación.
- Un bien que no es infraestructura esencial no está regulado y la renta que se cobra por él es libre. La contratación también es libre, bajo un régimen comercial común (lo mismo que las tiendas del Aeropuerto) y no sujeta a procedimientos reglados como el acceso. No se aplican los principios regulatorios de equidad, neutralidad o no discriminación. Se puede denegar el alquiler con base en condiciones

<sup>11</sup> Aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN, publicada el 25 de setiembre de 2003.

comerciales usuales, a menos que se tenga posición de dominio, lo que no ocurre en el caso de material tractivo.



Es necesario precisar que es absolutamente excepcional<sup>12</sup> que se compartan los bienes que no son infraestructura esencial pues ello supone una intervención máxima en un mercado no regulado. Como se ha demostrado, en el presente caso nada justifica un "uso compartido" del material tractivo y rodante concesionado.

Lo mencionado anteriormente se debe a que el material tractivo y rodante no es de naturaleza hundida por lo que cualquier particular podrá, en cualquier momento, procurar su adquisición. En efecto, como bien lo señala Apoyo Consultoría en el documento denominado "Opinión Técnica sobre los Informes No. 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del Indecopi y sobre la Resolución de Inicio del Procedimiento de la Comisión de Libre Competencia – Primer Informe"<sup>13</sup> (ver: Anexo 1-A del presente escrito), *"el Indecopi asume, contrariamente a lo que sugiere la teoría y la evidencia, que el material tractivo y rodante requerido para operar en la ruta ferroviaria Sur-Oriente es de naturaleza hundida, por lo que existen barreras de ingreso al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente. Sin embargo, siendo que en otro países existen vías ferroviarias de trocha angosta de características similares a las de la ruta Sur-Oriente y que, además, es posible adaptar el material tractivo y rodante de trochas de distinta magnitud, la adquisición de material tractivo y rodante no debe ser considerada como una inversión hundida que limite o restrinja el acceso de nuevos competidores al mercado de transporte de carga y pasajeros en la ruta ferroviaria Sur-Oriente."* (resaltado agregado)

<sup>12</sup> Como indicamos en nuestro escrito anterior, existen autores que al analizar la infracción de negarse a contratar con competidores, propugnan que los únicos bienes que se puedan compartir sean las facilidades esenciales, en otras palabras, que sólo se considere una conducta contraria a la competencia cuando se niegue acceso a una facilidad esencial, en los demás casos, la negativa debe ser considerada legítima.



### 3.2. RESPECTO A LA CLÁUSULA 7.6 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

En su denuncia, FERSIMSAC alega que, en el presente caso se aplicaría la cláusula 7.6<sup>14</sup> del Contrato de Concesión de FETRANS.

En la mencionada cláusula se estipula:

*"7.6. Equidad en Servicios. El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato.*

*Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN están legitimados para iniciar procedimientos ante INDECOPI, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.*

*Las obligaciones previstas en los párrafos precedentes también alcanzan, respecto de cualquier persona que solicite sus servicios, a cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario o, en general, a cualquier tercero que opere Servicios Complementarios, con autorización del Concesionario, debiendo este último supervisar su cumplimiento.*

*En caso que dos o más Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario 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 partir del segundo Año de Concesión, 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*

<sup>13</sup> Ver página 12 de la Opinión Técnica de Apoyo Consultoría

<sup>14</sup> Ver página 3 del escrito de denuncia

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 está obligado a incluir en sus relaciones con Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario una estipulación expresa en el sentido que cualquier horario convenido está 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 el 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.*

A continuación se analizará la cláusula transcrita y se mencionará la interpretación correcta de ésta teniendo en cuenta su racionalidad.

### **3.2.1. Interpretación de la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión**

El REMA indica que el Concesionario debe dar acceso a estaciones, patios de maniobras y otros. Ello es lógico, pues no es de esperar que un operador de transporte deba construir su propia estación, sino que es razonable que se comparta las que ya existen. En ningún momento se ha negado que las estaciones puedan considerarse facilidades esenciales y se puedan compartir de acuerdo al REMA.

Pero, es necesario destacar que el REMA incluyó a las estaciones y no al material tractivo y rodante, porque resulta evidente que este no es de uso público. Por tanto, la obligación de dar o no en alquiler dicho material debe analizarse de acuerdo al Decreto Legislativo 701, no siendo aplicable la regla de no discriminación de la cláusula 7.6. del contrato. Ello porque la autoridad de competencia no puede sancionar a una empresa por violar el contrato de concesión o incumplir un principio regulatorio, ello es una atribución del regulador y no de INDECOP!

En efecto, ahora se pretende, vía aplicación de normas de competencia, que el material tractivo esté también sujeto a compartición o acceso obligatorio como si fuera una facilidad esencial, pues incluso se propone la realización de subastas. Se quiere cubrir un (aparente) vacío de la regulación aplicando las normas de competencia para obligar a FETRANS a alquilar el material.

Cabe señalar que, en toda la cláusula séptima del contrato de concesión no hay una sola referencia al alquiler de material tractivo y rodante a operadores.

Σ

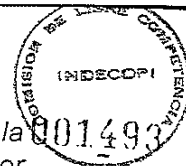
Al incluir el servicio de alquiler de material tractivo y rodante dentro de la obligación de no discriminación de la cláusula 7.6 como pretende la denunciante, están dándole al material tractivo y rodante la misma naturaleza que la vía férrea, lo están convirtiendo en un servicio regulado.

Es importante anotar que la Cláusula séptima del contrato se titula "Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario" y contiene once numerales. Estos son los siguientes:

- 7.1. Tarifa por uso de vía
- 7.2. Libertad de tarifas
- 7.3. Contratos con operadores
- 7.4. Sistemas de señalización y telecomunicaciones
- 7.5. Cumplimiento de leyes aplicables
- 7.6. Equidad en servicios
- 7.7. Mantenimiento
- 7.8. Interconexión de líneas férreas
- 7.9. Plan de emergencia
- 7.10. Información sobre capacidad de la línea férrea
- 7.11. Inventario de repuestos

La cláusula no solamente no menciona la obligación de alquilar el material tractivo a todos los operadores que lo soliciten, sino que contiene cláusulas cuyo contenido y sentido no son consistentes con la supuesta obligación de alquilar material tractivo y rodante sin más bien con la adquisición por los operadores de transporte ferroviario (OTF) de su propio material. En efecto, en la cláusula 7.3 del contrato se estipula:

*"7.3. Contratos de Operadores. El Concesionario deberá celebrar contratos de ingreso a la Línea Férrea con los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario, a fin que éstos puedan desarrollar dichos Servicios. 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*



Ferrovial y en ellos deberá 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 al acceso de un Operador de Servicios de Transporte Ferrovial a la Línea Férrea a que éste acepte Servicios de Transporte Ferrovial y/o Servicios Complementarios prestados por el Concesionario.

Los contratos de ingreso a la línea férrea deben contener:  
(...)

(vii) La obligación del Operador de Servicios de Transporte Ferrovial de mantener el **Material Tractivo y el Material Rodante que utilice para sus Servicios de Transporte Ferrovial, así como sus instalaciones vinculadas a las mismas**, en forma que sean aptos para la operación ferroviaria, de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferrovial y Estándares Técnicos establecidos en el numeral 7.7. y en el anexo No. 6 de este Contrato, las que obligatoriamente deberán serles proporcionadas por el Concesionario, y en las Leyes Aplicables. Esta obligación incluye, pero no se limita, a la de alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, en los plazos previstos en el numeral 7.7. de este Contrato.

Si se tratara de establecer un régimen de *open access* para el material tractivo y rodante dado en concesión esta cláusula no sería necesaria, porque ya se prevé en 7.7. la obligación de mantenimiento de tales bienes por parte del concesionario. Es obvio que esta estipulación se refiere a los bienes que alquile o compre cada OTF por su cuenta. Con lo que se evidencia que el hecho de que el OTF tenga su propio material (distinto del concesionado) está previsto en el contrato de concesión como algo normal, por tanto, tampoco resulta algo anómalo ni excepcional que el Concesionario pueda alquilar todo el material tractivo y rodante concesionado a PERURAIL si este lo requiere para su operación.

En la cláusula 7.7. se establece que respecto de los bienes de la concesión el concesionario está obligado a mantener los estándares técnicos.

J.



La regla es que, respecto del material de propiedad del Estado y entregado en concesión la obligación de mantenimiento es del concesionario, puede contratarlo con un tercero o que lo haga el OTF pero frente al Estado es responsabilidad del Concesionario.

De acuerdo a 7.3. (vii) si un operador entra a prestar servicios con su material tractivo y rodante debe mantenerlo y cumplir con FRA. El concesionario debe supervisar su cumplimiento.

De otro lado, la cláusula 7.7. del contrato dispone que:

*7.7. Mantenimiento. El Concesionario deberá mantener los Bienes de la Concesión en buen estado de conservación a fin de que sean aptos para la operación, de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos exigidos que aparecen en el Anexo No.6 del presente Contrato, los mismos que el Concesionario declara expresamente conocer. Específicamente y sin que esta obligación excluya a las restantes, el Concesionario está obligado a alcanzar los requisitos y estándares de la United States Railroad Administration (FRA) Class II, a más tardar dentro de los cinco primeros Años de Concesión, bajo sanción de caducidad de este Contrato; hasta ese momento, el Concesionario se obliga a dar cumplimiento, como mínimo, a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos que Enafer cumplió hasta la Fecha de Cierre, los mismos que declara expresamente conocer, así como a las que establezcan las Leyes Aplicables.*

*(...)*

*El Concesionario también está obligado a verificar que las actividades o Servicios de Transporte Ferroviario o material rodante que los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario desarrollen o utilicen cumplan con las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos exigidos en este numeral y en el anexo No.6 de este Contrato. El Concesionario está facultado para impedir el acceso a la Línea Férrea al Operador de Servicios de Transporte Ferroviario que desarrolle actividades o Servicios de Transporte Ferroviario que no se ajusten a las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos previstos en este numeral y en el Anexo antes mencionado, quedando obligado a comunicar inmediatamente su decisión, debidamente sustentada, a OSITRAN.*

*El Concesionario será solidariamente responsable con los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario ante el Concedente, OSITRAN o los que resulten perjudicados en caso que dichos Operadores desarrollen sus actividades o utilicen*

5.



*Material Tractivo o Rodante sin cumplir con las referidas Normas de Seguridad.*

*El mantenimiento del Material Tractivo o Rodante puede ser desarrollado directamente por el Concesionario, los Operadores o por cualquier empresa o persona autorizada para ello, conforme a las Leyes Aplicables. Corresponde al titular del Material Tractivo o Rodante la selección del proveedor de dicho servicio.*

Como puede apreciarse, el primer párrafo de esta cláusula (y los siguientes siete párrafos que no transcribimos aquí por razones de espacio) se refiere a los Bienes de la Concesión y alude sólo a obligaciones de mantenimiento del concesionario, pero cuando se refiere a los OTF y a las obligaciones que deben cumplir ya no alude a "Bienes de la Concesión" sino al "Material Tractivo y Rodante"<sup>15</sup> (que puede o no ser un bien de la concesión) a secas, sin agregar "otorgados en concesión" u otra frase similar.

Nuevamente, al igual que 7.3., esta cláusula está diseñada para permitir la posibilidad que el OTF tenga su propio material tractivo y rodante.

Esta cláusula no tendría este texto si la concesión hubiera estado diseñada para que se comparta el material tractivo y rodante como ha sostenido INDECOPI.

Por su parte, la cláusula 12.2. del mencionado contrato estipula que:

*"12.2. Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario. El Concesionario se obliga a permitir el ingreso a la Línea Férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones previstas en este Contrato y en las Leyes Aplicables. Sin perjuicio de las atribuciones que por disposición legal corresponden a OSITRAN, el Concesionario queda obligado a supervisar y controlar que el desarrollo de Servicios de Transporte Ferroviario por parte de Operadores de Servicios de*

<sup>15</sup> Las definiciones del contrato señalan lo siguiente:  
**Material Rodante:** es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados en el transporte de carga y pasajeros.  
**Material Tractivo:** es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros y/o el traslado de personal de supervisión. Está conformado por locomotoras, autovagones, autocarriles y autovías.



Transporte Ferroviario se desarrolle dando estricto cumplimiento a las disposiciones sobre seguridad ferroviaria establecidas en este Contrato y en su Anexo No.6.

**El Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en caso que:**

- (i) No cuente con el respectivo Permiso de Operación vigente extendido por el MTC; o
- (ii) Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su Material Tractivo o Material Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en este Contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7.
- (iii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables." (el énfasis es nuestro)

En este caso, también, la cláusula alude al material tractivo del OTF, no se refiere únicamente al material concesionado.

### 3.2.2. Aplicación de principios regulatorios

FERSIMSAC en el escrito de denuncia sostiene que resultan aplicables los principios de neutralidad y no discriminación, que son principios del marco regulatorio para las actividades sujetas a regulación (infraestructura de transporte de uso público)<sup>16</sup>. Tales principios rigen la actuación del regulador, no de la agencia de competencia.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Ver página 7 del escrito de denuncia.

<sup>17</sup> Reglamento de OSITRAN

TÍTULO II

PRINCIPIOS DE ACCIÓN DEL OSITRAN

Artículo 2.- Importancia de los Principios

Los Principios contenidos en el presente Título establecen los límites y lineamientos a la acción del OSITRAN en el desarrollo de sus funciones. En tal sentido, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los ORGANOS DEL OSITRAN deberá sustentarse y quedar sujeto a los mismos.

Artículo 4.- Principio de Neutralidad

La ENTIDAD PRESTADORA que a la vez brinda, directa o indirectamente, otros servicios utilizando la INFRAESTRUCTURA, o que tenga a su vez el derecho de explotar otra INFRAESTRUCTURA, no utilizará dichas situaciones para colocar en desventaja a otros USUARIOS. En tal sentido, el OSITRAN deberá vigilar por la neutralidad de la acción de la ENTIDAD PRESTADORA, cuidando que su acción no restrinja innecesariamente los incentivos para competir por inversión, precios o innovación.

Artículo 5.- Principio de No Discriminación

Los USUARIOS intermedios no deberán recibir injustificadamente un trato diferente frente a situaciones de similar naturaleza, de manera que se coloque a unos en ventaja competitiva e injustificada frente a otros.



Esto nos da la razón en nuestro argumento de que se está pretendiendo que INDECOPI regule vía la aplicación de la legislación de competencia un bien que no está sometido a regulación económica.

Las empresas concesionarias no tienen obligación de cumplir tales principios respecto de todos los servicios que puedan prestar sino en casos en que lo prevé el marco regulatorio (por ejemplo, negar acceso a una facilidad esencial o darle acceso a una vinculada en condiciones más ventajosas que a otra no vinculada).

Se equivoca, pues, la denunciante cuando pretende que Indecopi aplique tales principios, a la manera de un regulador.

### 3.3. DEFINICION DEL MERCADO RELEVANTE

Un paso imprescindible para la determinación de la legalidad o ilegalidad de una conducta es la determinación del mercado relevante. Ahora bien, existe cierto consenso en el procedimiento que debe seguirse para la determinación del mercado relevante siendo que, para ello, tendrá que definirse: (i) el mercado de producto relevante; y, (ii) el mercado geográfico relevante.

Si bien, en el presente caso, inexplicablemente, se ha admitido una denuncia sin que se señale ninguna información referida a si FETRANS cuenta con posición de dominio y respecto de que mercado (con lo cual resulta cuestionable la existencia de "indicios razonables"), debemos asumir que FETRANS, al igual que la Secretaría Técnica, considera que el producto relevante es el arrendamiento de material tractivo y rodante y que, el mercado geográfico, es la Región del Cuzco.

#### 3.3.1. Mercado de servicio (o producto) relevante:

Si partimos de la premisa que la denunciante considera que el servicio relevante es el alquiler de material tractivo y rodante, dicha determinación del servicio sería equivocada.

En efecto, como FETRANS lo ha mencionado en su escrito de descargos (presentado en el expediente No. 012-2004/CLC acumulado al presente procedimiento) y se desprende de lo señalado en la Opinión Técnica elaborado por Apoyo Consultoría, la identificación del servicio relevante debe ser realizada teniendo en cuenta la diversidad de opciones que tendría FERSIMSAC y cualquier potencial operador a efectos de contar con material tractivo y rodante.

Entre las posibilidades de aprovisionamiento con las que cuenta FERSIMSAC y cualquier operador entrante tenemos:

a. **La adquisición de material tractivo y rodante:**

Sobre el particular, es importante señalar que FERSIMSAC comunicó a FETRANS que contaba con su propio material, con lo cual se demuestra que no existe ninguna imposibilidad técnica ni económica para proveerse de dicho material<sup>18</sup>.

La real posibilidad de adquisición de material tractivo y rodante queda en evidencia del proyecto de contrato que se negociaba entre FETRANS y FERSIMSAC, luego que esta manifestara su intención de iniciar sus operaciones.

Lo mencionado anteriormente, acredita la posibilidad real de aprovisionamiento por parte de cualquier operador entrante quien puede obtener material tractivo y rodante sin que ello implique costos prohibitivos.

En tal sentido, la adquisición de material tractivo es una posibilidad que no implica costos prohibitivos sino que más bien los mismos podían y pueden ser asumidos por FERSIMSAC sin que ello

<sup>18</sup> Recordemos que la legislación, para otorgar permiso de operación, exige acreditar experiencia, la que FERSIMSAC dijo contar a través de la empresa estadounidense The Maryland and Delaware Railroad Company.



implique desventaja alguna respecto al actual operador (PERURAIL).

Adicionalmente, tal como lo hemos demostrado en nuestro escrito de descargos presentado en el expediente No 012-2004/CLC, existen diversas empresas que comercializan material tractivo y rodante por lo que es posible que cualquier operador adquiera dicho material. (Ver: Anexo 1-D de los referidos descargos).

A mayor abundamiento, es importante tener en cuenta la gran cantidad de países en los que se utilizan material tractivo y rodante de trocha angosta, que son mencionados en el Anexo 1 del Informe Elaborado por Apoyo Consultoría.

De otro lado, también se ha acreditado que es posible adaptar el material tractivo de trocha ancha o métrica a trocha angosta, lo cual, no implica un costo prohibitivo. Para acreditar dicha afirmación se ha señalado el procedimiento de adaptación así como se ha hecho mención al acondicionamiento realizado por PERURAIL con locomotoras y coches adquiridos por dicha empresa.

Cabe señalar que, sobre este último aspecto, en el Primer Informe que se adjunta al presente escrito<sup>19</sup>, Apoyo Consultoría, en el mismo sentido, señala que:

*“El análisis del Indecopi descarta la posibilidad que tiene el nuevo operador de adquirir material tractivo y rodante, nuevo o usado, diseñado para un ancho de trocha distinta y acondicionarlo a los requerimientos técnicos del ancho de vía de la ruta ferroviaria Sur – Oriente.*

***Esta opción es técnica y económicamente posible. De hecho, Perurail ha adquirido en más de una ocasión material de Indonesia y lo ha acondicionado al ancho de trocha de Perú (...)*** (resaltado agregado)

<sup>19</sup> Ver página 10 de la Opinión Técnica de Apoyo Consultoría

Teniendo en cuenta lo mencionado en los párrafos precedentes así como los medios probatorios ofrecidos en nuestro escrito de descargos presentado en el expediente No. 012-2004/CLC, queda demostrada la posibilidad real de aprovisionamiento de material tractivo y rodante a través de la adquisición de éste.

b. **El Alquiler de Material Tractivo**

Como se demostró en nuestro escrito de descargos presentado en el expediente No. 012-2004/CLC, está al alcance de FERSIMSAC y de cualquier entrante adaptar coches y vagones de trocha ancha o métrica a trocha angosta. Dicha adaptación tiene un costo razonable por lo que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el servicio relevante.

Es importante reiterar que los cambios de truques y ejes de los coches para que éstos operen en una vía de trocha angosta no son definitivos pudiéndose volver a acondicionar para que sean utilizados en vías de trocha ancha o métrica. Es decir, la conversión a trocha angosta no es irreversible. Esto destruye el argumento referido a la supuesta "especificidad" de los activos mencionada por la GEE y la Secretaría Técnica en sus respectivos informes, que a su entender haría muy difícil a un entrante conseguir el material a un costo razonable. Hemos demostrado que eso no es cierto.

c. **Conclusión respecto al servicio relevante:**

Teniendo en cuenta el gran número de alternativas a disposición de FERSIMSAC y cualquier otra empresa que pretendan entrar al mercado (compra, alquiler y adaptación) debemos concluir que el servicio relevante es "el **aprovisionamiento de material tractivo y rodante**".

5.

En la misma línea, Apoyo Consultoría<sup>20</sup>, respecto al producto relevante, señala que:

*“En resumen, en opinión de Apoyo Consultoría, el producto relevante no debe estar únicamente conformado por el alquiler de material tractivo y rodante, sino que debe incluirse también la adquisición de material tractivo y rodante como parte de la definición del producto. (...)”*  
(resaltado agregado)

### 3.3.2. Mercado Geográfico Relevante:

Como se ha mencionado anteriormente, FERSIMSAC no ha señalado absolutamente nada al respecto por lo que, repetimos, es muy difícil ejercer nuestro derecho de defensa. No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la acumulación de procedimientos ordenados por la Comisión, a continuación mencionaremos el mercado geográfico que debe tomarse en cuenta en el presente procedimiento.

Para la determinación del mercado geográfico es necesario tener en cuenta el servicio relevante. Ahora bien, como se ha señalado anteriormente éste (el servicio relevante) está constituido por el aprovisionamiento de material tractivo y rodante (a través de la adquisición o arrendamiento). Por ello, debemos identificar los lugares disponibles en los que FERSIMSAC podía obtener el mencionado material.

En el país, existe el Ferrocarril del Centro que cuenta con material tractivo y rodante. Dicho material, si bien es de trocha ancha, puede ser acondicionado para ser utilizado en el Ferrocarril Sur Oriente. Asimismo, siempre dentro del país, FERSIMSAC pudo solicitar al propio MTC, que opera el Ferrocarril de Huancayo – Huancavelica que es de trocha angosta, el material tractivo y rodante que requería para sus operaciones.

<sup>20</sup> Ver páginas 9-10 de la Opinión Técnica de Apoyo Consultoría.





Asimismo, dentro de América del Sur (Argentina, Brasil y Bolivia), es posible encontrar diversas empresas que operan con material de trocha angosta y que por la cercanía geográfica podrían ser, eventualmente, proveedores de FERSIMSAC presumiblemente a un menor costo. Véase además, las tablas adjuntas al Informe de Apoyo Consultoría (Anexo 1) donde se consignan diversos países, donde existen ferrocarriles de trocha angosta. No existe pues, motivo para circunscribir el mercado geográfico al Cusco, sino que éste es el mercado mundial.

Cabe señalar en este punto, que tan cierto es que se puede adquirir material tractivo de empresas que operan en los países mencionados que PERURAIL adquirió dicho material. Entonces, cabría preguntarse ¿por qué PERURAIL sí puede adquirir material tractivo y FERSIMSAC no? ¿Acaso la falta de solvencia y conocimiento del negocio de FERSIMSAC pueden ser imputables a FETRANS?

A mayor abundamiento, debemos señalar que no sólo es posible adquirir material tractivo y rodante de proveedores sudamericanos sino que también pueden realizarse operaciones con proveedores centroamericanos y asiáticos, sin que dicho aprovisionamiento implique, como es evidente, costos prohibitivos.

Teniendo en cuenta la ubicación de las fuentes de aprovisionamiento, consideramos que una primera aproximación nos debería llevar a concluir que el mercado geográfico está constituido, por lo menos, por el mercado conformado por Perú, Brasil, Bolivia, Argentina, El Salvador, Guatemala, Guyana y Honduras.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la posibilidad real de acondicionar material tractivo y rodante de trocha ancha, debemos ampliar el mercado incluyendo países como Canadá, Alemania, Estados Unidos de Norteamérica, España e Irlanda.

Cabe anotar que, respecto al mercado geográfico, Apoyo Consultoría<sup>21</sup> señala que:

*“En cuanto al ámbito geográfico del mercado, éste debe incluir no sólo el Cusco, sino que debe ampliarse para incluir también otros ámbitos geográficos desde donde es posible importar material tractivo y rodante de primera o segunda mano, de trocha angosta o de trocha ancha, que pueda ser incorporado directamente a la vía o requiera ser acondicionado a los requerimientos de la ruta ferroviaria Sur-Oriente.” (resaltado agregado)*

#### IV. POSICION DE DOMINIO

##### 4.1. FETRANS NO OSTENTA UNA POSICION DE DOMINIO EN EL MERCADO DE APROVISIONAMIENTO DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE

Con el objeto de determinar si FETRANS cuenta con posición de dominio<sup>22</sup>, es necesario analizar la estructura del mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante en el mercado geográfico establecido en el punto precedente.

###### a. Cuota del mercado:

Al respecto, debemos señalar que nuestra empresa cuenta con una cuota insignificante en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante.

En efecto, como se ha señalado con anterioridad, mundialmente existen diversas empresas que cuentan con material tractivo y rodante que puede ser utilizado por FERSIMSAC.

<sup>21</sup>Ver página 10 del Informe de Apoyo Consultoría.

<sup>22</sup>Decreto Legislativo No. 701

Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.



## b. Competidores reales y potenciales

Ya se ha comentado que, respecto de material rodante, FERSIMSAC o cualquier empresa entrante podría solicitar, en el país, al concesionario del Ferrocarril del Centro el alquiler o la venta de dicho material para acondicionarlo al Ferrocarril Sur Oriente. Asimismo, se ha precisado que en diferentes países a nivel mundial existen proveedores especializados que pueden proveer de material tractivo y rodante, es más, muchas empresas están localizadas en América.

Desde lo anterior, podemos concluir que no existen indicios para considerar que FETRANS ostente posición de dominio en el aprovisionamiento de material tractivo y rodante.

No obstante lo anterior, a continuación se demostrará que FETRANS no ha realizado ninguna conducta anticompetitiva.

## V. CONDUCTAS IMPUTADAS A FETRANS

### 5.1. SUPUESTA NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR

FERSIMSAC señala que ha existido "reiterada negativa" a alquilarle el material tractivo y rodante<sup>23</sup>. Esta afirmación es falsa.

Como la propia denunciante indica en la página 4 de su escrito, sólo envió a FETRANS una carta relativa a su intención de alquilar el material, al inicio de la correspondencia comercial relacionada con su ingreso al mercado. Luego de ella, la correspondencia entre las empresas se centró en los temas de acceso a la vía férrea. FERSIMSAC no insistió con el alquiler e incluso nos informó que contaba con el material y remitió una lista de los equipos que utilizaría en la operación ferroviaria.

<sup>23</sup> Ver página 2 del escrito de FERSIMSAC.



En consecuencia, no hubo negativa a contratar de parte de FETRANS ni mucho menos reiteración en la negativa sino que, ante una pregunta de la empresa de si se le podría alquilar material tractivo o rodante, se le informó que el material tractivo estaba alquilado a PERURAIL. FERSIMSAC no hizo una contrapropuesta ni manifestó que requería el material para operar. Ahora, yendo contra sus propios actos, manifiesta lo contrario.

Menos aún se le ha causado perjuicio alguno como resultado de la supuesta reiterada negativa. Los hechos han demostrado que si FERSIMSAC no ha podido prestar servicios no ha sido por la negativa de FETRANS de alquilarle el material tractivo y rodante sino por su incapacidad para cumplir los requisitos mínimos de ley.

Como la propia FERSIMSAC reconoce, el MTC le otorgó el permiso de operación por un año, dándole un plazo de 30 días para que presente los seguros que exige la norma. Este plazo le fue ampliado hasta en dos oportunidades más, hasta el 30 de junio de 2003, más de seis meses después de obtenido el permiso, sin que dicha empresa hubiera conseguido contratarlos.

La pregunta obvia es si una empresa que no tiene capacidad económica para contratar los seguros mínimos que exige la ley va a estar en condiciones de operar adecuadamente. Esta empresa contaba con 4 500 soles de capital a la fecha en que solicitó el permiso, con lo que era evidente que no tenía capacidad financiera, es decir, no tenía recursos para solventar el pago de los seguros.

Cabe señalar que, por ejemplo, cuando se evalúa a una empresa de transporte aéreo, a efectos de la certificación para autorizar su operación, se evalúa su capacidad financiera, porque hay un reconocimiento de que el negocio requiere de respaldo económico para solventar las obligaciones y brindar un servicio adecuado. Una empresa sin recursos, lo único que va a lograr es poner en riesgo la vida de los



pasajeros que transporta. No se trata de exigir respaldo financiero por capricho o afán discriminatorio, sino de admitir que una empresa de transporte tiene una responsabilidad social (tiene en sus manos la vida de las personas) que las autoridades no pueden pasar por alto para promover la entrada en un operador, sin importar si éste no es idóneo para la prestación del servicio. La ley precisamente prevé las condiciones (experiencia y contratación de seguros), por lo demás, bastante razonables, para que sólo presten servicios quienes demuestren estar a la altura de la responsabilidad.

Entonces, no ha sido una supuesta falta de FETRANS la que le ha impedido a FERSIMSAC ingresar al mercado a prestar servicios sino su propia falta de experiencia y preparación.

En resumen, se debe señalar que:

- FETRANS no cuenta con posición de dominio en el mercado se aprovisionamiento de material tractivo y rodante: Se ha demostrado que FERSIMSAC podía proveerse del material tractivo en el país, Sudamérica, Centroamérica y en Europa.
- FERSIMSAC informó que contaba con su material tractivo y rodante: Como se ha señalado anteriormente, luego que FERSIMSAC realizara una indagación preliminar sobre la posibilidad de que FETRANS le alquile el material tractivo y rodante, dicha empresa comunicó que contaba con material tractivo y rodante. Es más, FERSIMSAC informó las características técnicas de dicho material.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es posible alegar la comisión de una negativa injustificada a contratar supuestamente realizada por FETRANS.

Aún de haberse negado formalmente FETRANS a proveer material tractivo, dicha negativa se encontraría justificada. No sólo existe una

5



justificación real que está referida a que no existe material disponible<sup>24</sup>, sino que, además, de obligarse a la contratación compulsiva de un bien que no es esencial se estarán eliminando los incentivos para invertir en la reparación del material, pues siempre existirá la posibilidad que algún entrante, con el objeto de evadir los costos naturales del negocio y realizar inversiones, solicite el arrendamiento del alquiler del referido material una vez que este está mejorado.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que FETRANS, como cualquier otra empresa, realiza decisiones de inversión y financiamiento teniendo en cuenta las reglas de juego que, en este caso, están establecidas por el contrato de concesión y el marco jurídico vigente, las mismas que no obligan el alquiler "benéfico" de material tractivo y rodante a empresas que no pudieran realizar las inversiones propias del negocio (pues, el aprovisionamiento de dicho material, como se ha demostrado, no supone costos prohibitivos).

De hecho, uno de los factores para participar en el proceso de concesión fue que no existía ninguna prohibición del Estado para que el Concesionario explotara, a través de una empresa vinculada, la vía férrea como operador ferroviario. Es más, como puede apreciarse de las Circulares expedidas en dicho proceso, existía la obligación de la empresa que obtuviera la concesión de constituir un operador para así garantizar la continuidad del servicio.

Esta posibilidad real ha sido tomada en cuenta por FETRANS quien, al advertir que no existía ninguna limitación respecto del material tractivo y rodante (que no puede ser considerado recurso esencial o indispensable) calculó el precio que esta empresa estaba dispuesta a pagar al Estado. Es decir, la inversión realizada (que no sólo está limitada a la reparación de los bienes concesionados sino al precio

<sup>24</sup> Como se informó a la Secretaria Técnica en su oportunidad, Perú Rail utiliza todo el material alquilado para su operación. Es claro que el alquiler obedece a una necesidad operativa real de la empresa y no a un deseo de

pagado por la concesión) tiene vinculación directa con la posibilidad de explotar la vía como operador lo cual, a su vez, implicaba la disposición del material tractivo y rodante respecto del cual se han realizado inversiones importantes.

Ahora bien, al obligarse a FETRANS a dar en alquiler el material tractivo y rodante, como pretende la denunciante, se estarán creando desincentivos para la inversión en general y más aún para el mantenimiento y conservación del material tractivo y rodante, pues siempre será posible y hasta entendible (teniendo en cuenta lo racional de una conducta oportunista) que se prefiera solicitar el alquiler en lugar de adquirir o acondicionar dicho material. Ello por cuanto, las opciones de compra o acondicionamiento son evidentemente, más onerosas que el alquiler. Pero, el hecho de que sean más costosas no significa la impracticabilidad o imposibilidad económica de las mismas sino que, por el contrario, hemos demostrado que ellas suponen incurrir en costos razonables y no prohibitivos.

De la misma forma, debe tenerse en cuenta que PERURAIL también ha realizado diversas inversiones con el objeto de prestar sus servicios de operador ferroviario y que, para ello (ingresar al mercado), ha tenido en cuenta el período y la cantidad de material tractivo y rodante con el que contaría en base a un contrato legalmente válido y legítimo.

Es importante tener en cuenta que el alquiler del material tractivo y rodante en su totalidad tiene un real sustento económico y no tiene por objeto originar una restricción a la competencia. En efecto, si FETRANS ha alquilado a PERURAIL el 100% de material tractivo y rodante concesionado es porque la empresa de transporte efectivamente requiere de dicho material para realizar las actividades propias del indicado servicio y no para evitar la entrada de algún



competidor (como parecería entenderlo FERSIMSAC y la Secretaría Técnica).

Es más, la totalidad del material tractivo y rodante alquilado es insuficiente para cubrir la demanda actual de los consumidores; motivo por el cual, PERURAIL ha adquirido material adicional, con lo cual se demuestra la razonabilidad del contrato de alquiler así como la posibilidad real de aprovisionamiento del referido material.

Si luego de este procedimiento se obliga el alquiler compulsivo del material tractivo y rodante, ningún operador (incluyendo a PERURAIL) optará por adquirir el material necesario y, por el contrario, sólo buscará obtener el material a través del alquiler. Con ello, lo único que se logrará es que exista una demanda insatisfecha y que el "parque" de material tractivo y rodante no se incremente y que el que existe se deteriore.

Como puede apreciarse, el contrato de alquiler celebrado por FETRANS y PERURAIL, no sólo es legal sino legítimo, pues dicho contrato no sólo es necesario para la normal operación de la empresa, sino que crea incentivos para el mejoramiento del servicio y el incremento de material tractivo y rodante. Asimismo, existen razones económicas para la determinación del plazo establecido en dicho contrato, pues fácilmente se puede advertir que ningún agente económico realizará inversiones importantes (adquirir material tractivo y/o mejorar el existente) si no existe un período razonable para recuperar las inversiones realizadas.

## 5.2. SUPUESTA PRACTICA DISCRIMINATORIA

FERSIMSAC, señala que el denunciado acto discriminatorio se habría materializado luego que FETRANS se negara a alquilarle el material

5.





tractivo y rodante; siendo que, dicha empresa sí mantenía un contrato de alquiler con PERURAIL.

Para sustentar sus afirmaciones, FERSIMSAC se remite a lo dispuesto por la cláusula No. 7.6 del Contrato de Concesión, que dice: "(...) *el concesionario no podrá discriminar entre los Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes*"

En opinión de FERSIMSAC, la conducta de FETRANS sería discriminatoria por lo que se configuraría la infracción prevista en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701.

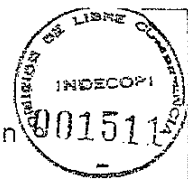
Al respecto, es importante señalar que el mencionado literal b) del artículo 5 dispone que:

*"Artículo 5.-Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.*

*Son casos de abuso de posición de dominio:*

**b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones." (Resaltado agregado)**

Como puede apreciarse, FERSIMSAC hace una indebida tipificación de la supuesta conducta sancionable en que habría incurrido FETRANS, pues, en un primer momento señala que nuestra empresa se habría negado a entablar relaciones comerciales con ella, en particular, a alquilarle determinados bienes y luego, denuncia que se ha realizado actos de discriminación, lo cual implicaría la aplicación de condiciones



desiguales para prestaciones equivalentes es decir, alquilar a otro en condiciones diferentes que a ella.

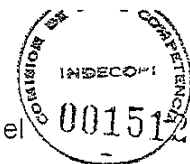
Cabe señalar que para que se configure un acto de discriminación debe existir, entre el denunciante y denunciado, una relación comercial en la que se han aplicado condiciones distintas en comparación con un tercero. En el presente caso, FERSIMSAC señala que FETRANS le habría negado el alquiler de material tractivo y rodante, motivo por el cual, no se entiende cómo pudo aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes.

Distinto sería el caso que FETRANS cobrara a FERSIMSAC un monto diferente al cobrado a PERURAIL por el alquiler del mencionado material. En este supuesto, sí podría existir una práctica discriminatoria. En cambio, si se alega una negativa injustificada a contratar no es posible, al mismo tiempo, argumentar actos de discriminación, pues, el efecto de la primera conducta es que no se pueda establecer una relación comercial que pudiera ser objeto de discriminación.

Seguramente, la confusión de FERSIMSAC se debe a que esta empresa pretende darle una función que no tiene a la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión que, como "cláusula regulatoria", está pensada para evitar que FETRANS vulnere el principio regulatorio de neutralidad. En el caso bajo análisis, resulta aplicable la legislación de libre competencia, no el contrato de concesión. Indecopi no es el regulador. Por tanto, al tipificar una infracción como abuso de posición de dominio, la Comisión debe basarse en el texto del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, no en el texto de la cláusula 7.6.

Es importante anotar que, de acuerdo al numeral 4 del artículo 230 de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no es posible realizar interpretaciones extensivas o analógicas respecto a las conductas sancionadas.

Handwritten mark resembling a stylized 'F' or 'E'.



En el presente caso, como lo hemos señalado, el tipo establecido en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701, describe claramente la conducta sancionable, siendo ésta "*la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes*", lo cual presupone necesariamente la existencia una relación comercial entre el denunciante y el denunciado. Esta relación comercial, por el propio dicho de la denunciante, nunca existió.

En resumen, consideramos que es incorrecta la tipificación realizada por FERSIMSAC y la Secretaría Técnica, acogida por la Comisión, en el extremo que admite la posibilidad de sancionar un mismo hecho como negativa injustificada a contratar y discriminación injustificada, lo cual es un contrasentido.

**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA PEDIMOS:** Se sirva tener por presentados los descargos y, en su oportunidad, declarar infundada la denuncia formulada por FERSIMSAC.

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adicionalmente a los medios probatorios ofrecidos en el expediente No. 012-2004/CLC, ofrecemos el mérito de los siguientes documentos:

1. Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado "Opinión Técnica sobre los Informes No. 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del Indecopi y sobre la Resolución de Inicio del Procedimiento de la Comisión de Libre Competencia – Primer Informe" (Anexo 1-A).
2. Un segundo informe de Apoyo Consultoría, en el que se pronunciará más extensamente sobre los aspectos relevantes del presente caso y que presentaremos posteriormente.

✓



**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, teniendo en cuenta la acumulación ordenada por la Comisión, carece de sentido adjuntar los documentos que acreditan el poder de nuestro representante debido a que éstos obran en el expediente No. 012-2004/CLC.

**TERCER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copia del presente escrito y sus recaudos.

Lima, 05 de enero de 2005

TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echecopar García S.Civ.R.L.

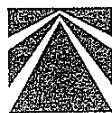
PERCY SAMANIEGO PIMENTEL  
ABOGADO  
C.A.L. 36742  
Estudio Luis Echecopar García



**Opinión Técnica sobre los informes N° 055-2004/GEE y  
035-2004-INDECOPI/ST-CLC del Indecopi y sobre la  
Resolución de Inicio del Procedimiento de la Comisión  
de Libre Competencia**

**Primer Informe**

**Informe preparado para  
Ferrocarril Trasandino S.A.**



**APOYO  
CONSULTORIA**

**Lima, 4 de enero del 2005**

# INDICE



1. Antecedentes .....	2
2. Cuestión en discusión .....	2
3. Análisis .....	4
4. Conclusiones .....	11
 <b>Anexo 1: Ferrocarriles de Trocha Angosta , Métrica y Ancha a Nivel Mundial .....</b>	 <b>13</b>



## 1. Antecedentes:

Ferrocarril Trasandino solicitó a APOYO Consultoría emitir una opinión técnica sobre la Resolución 067-2004/CLC y los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC<sup>1</sup>, mediante los cuales la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante CLC) inició un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Ferrocarril Trasandino S.A. (en adelante FETRANS) por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada y discriminación.

El presente informe constituye un análisis preliminar de los argumentos considerados por el Indecopi, los mismos que serán analizados con mayor detalle en un informe posterior. Cabe señalar que este documento refleja la mejor opinión de APOYO Consultoría respecto del tema en cuestión. Por consiguiente, en concordancia con el código de ética de Grupo APOYO, constituye una opinión técnica independiente, no condicionada por el cliente contratante.

## 2. Cuestión en discusión:

La CLC del Indecopi, sostiene que FETRANS habría cometido un abuso de posición de dominio en las modalidades de:

- (i) **Negativa injustificada**, al negarse a contratar el alquiler del material tractivo y rodante que posee en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur-Oriente (en adelante el Contrato) a otras empresas que prestan el servicio de transporte ferroviario, en particular a la empresa Ferrocarril Santuario Inca de Machupicchu S.A.C (en adelante FERSIMSAC),
- (ii) **Trato discriminatorio** en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante con la finalidad de beneficiar a su empresa vinculada Perurail S.A.

<sup>1</sup> La Resolución 067-2004/CLC hace suyo el informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC de la Secretaría Técnica. A su vez, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia sustenta en gran medida su opinión en el Informe No 055-2004/GEE.



El análisis de la CLC se sustenta en los siguientes argumentos:

1. El mercado relevante sería el **alquiler de material tractivo y rodante en la región Cusco** susceptible de ser operado en el Ferrocarril Sur-Oriente, en donde la empresa **FETRANS ostentaría un posición de dominio**.
2. La prestación de servicios de transporte de carga y pasajeros requiere del uso de material tractivo y rodante, que por su carácter específico e inversión, constituyen costos hundidos elevados que configuran una barrera a la entrada para potenciales operadores.
3. La única posibilidad que tiene un nuevo operador que quiera prestar servicios de transporte y carga de pasajeros en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente es alquilar el material tractivo y rodante de FETRANS. Ello debido a que el material tractivo y rodante de las características necesarias para operar en el ruta ferroviaria Sur-Oriente es escaso en el mercado internacional y su adquisición no es económicamente viable, según un modelo financiero elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.
4. La negativa de FETRANS de alquilar material tractivo y rodante a FERSIMSAC o a cualquier otro potencial entrante, aduciendo haber alquilado el integro de dicho material a su empresa vinculada Perurail, constituiría una barrera estratégica al ingreso de nuevos competidores cuyo objetivo sería restringir la competencia en la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros en la ruta ferroviaria Sur-Oriente, más aún si se considera que al ser ambas empresas (FETRANS y Perurail) del mismo grupo económico, la resolución o modificación del contrato de arrendamiento sería factible a un bajo costo.
5. La conducta de FETRANS también constituiría una violación al principio de equidad recogido en la cláusula séptima del Contrato de Concesión, toda vez que se estaría discriminando a FERSIMAC frente a Perurail a quién se le alquila el integro del material tractivo y rodante.



### 3. Análisis:

En opinión de APOYO Consultoría, los argumentos considerados por la CLC para sugerir la existencia de un caso abuso de posición de dominio en la ruta ferroviaria Sur-Oriente son cuestionables por las siguientes razones:

#### 1.1 Eliminación de la alternativa de compra de material tractivo y rodante como parte del mercado relevante:

La CLC del Indecopi define el mercado relevante como el de *alquiler de material tractivo y rodante en la región Cusco*, excluyendo explícitamente a la compra de dicho material como una opción para el ingreso de otro operador a la ruta ferroviaria Sur – Oriente. La CLC basa su análisis en la comparación de los indicadores financieros (valor actual neto, tasa interna de retorno y periodo de recuperación de la inversión) que tendría un entrante al mercado de transporte de carga y pasajeros en la ruta ferroviaria Sur-Oriente bajo dos alternativas: (i) que el material tractivo y rodante es alquilado en condiciones similares a las del actual operador Perurail y (ii) que el material tractivo y rodante es adquirido en el mercado internacional.

En opinión de APOYO Consultoría, el análisis financiero del INDECOPI adolece de al menos tres defectos, que lo invalidan como herramienta para definir el mercado relevante:

##### a) Errores en la elaboración de los flujos financieros:

Para determinar la rentabilidad de un proyecto, en primer lugar se debe realizar una evaluación de la factibilidad económica del proyecto, independientemente de su estructura de financiamiento, tomando en cuenta un horizonte de proyección acorde con la naturaleza de la inversión. Sólo en el caso que la rentabilidad (económica) del proyecto sea atractiva según los estándares de la industria, se procede a evaluar la rentabilidad que el accionista obtendría bajo distintos escenarios de financiamiento.

Para realizar la evaluación económica de un proyecto se debe elaborar el flujo económico considerando las siguientes partidas:



Ingresos Operativos

- (-) Egresos Operativos (considerando cambios en el capital de trabajo)
- (-) Inversiones
- (-) Impuestos

Para realizar la evaluación de la rentabilidad que obtendría un inversionista se deben incorporar los flujos asociados a la estructura de financiamiento. En tal sentido, se debe adicionar al flujo económico las siguientes partidas:

- (+) Desembolso de financiamiento
- (-) Servicio de deuda
- (+) Escudo fiscal por financiamiento

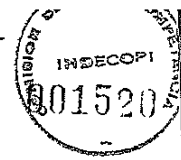
Contrariamente a lo que sugiere la teoría y práctica de evaluación de proyectos, el análisis de Indecopi no ha considerado una evaluación económica del proyecto de transporte ferroviario mediante adquisición de material tractivo y rodante, sino que directamente se ha determinado la rentabilidad de accionista asumiendo una estructura de financiamiento *ad-hoc* para la compra del material en cuestión<sup>2</sup>.

Una primera limitación del análisis del Indecopi es que no determina si resulta económicamente factible el ingreso al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente mediante la adquisición de material tractivo y rodante (medido a partir de un flujo económico). Ello conduce al Indecopi a excluir, en nuestra opinión erróneamente, la adquisición de material tractivo y rodante como alternativa viable para el ingreso al mercado<sup>3</sup>, toda vez que su análisis se basa únicamente en la rentabilidad que obtendría un inversionista que adquiere el material tractivo y rodante bajo una determinada forma de financiamiento.

Para evaluar si la adquisición de material tractivo y rodante también formaba parte del mercado relevante, Indecopi sólo ha debido considerar la

<sup>2</sup> La alternativa de financiamiento que utiliza el Indecopi es la de leasing con una tasa de interés efectiva fija de 10% anual y pagos anuales constantes en plazos de 5 y 7 años.

<sup>3</sup> La CLC basándose en el Informe No 055-2004/GEE, señala que: "(...) la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento, toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material – alquilándolo – a un costo mucho menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado". Informe No 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. Pág. 97. (El subrayado es nuestro).



factibilidad económica de dicho proyecto, sin asumir una estructura de financiamiento específica. Al utilizar una estructura de financiamiento basada en un análisis limitado de las opciones de financiamiento posibles, el Indecopi sesga la opción de entrada hacia el alquiler de material tractivo y rodante, descalificando la opción de compra de dicho material.

El financiamiento de un proyecto es una decisión empresarial que compete al entrante quién, dependiendo entre otros factores de sus credenciales y reputación en el sector, tendrá un mejor conocimiento de las fuentes de financiamiento disponibles que el que posee el Indecopi. Un ejemplo claro de esto último es la evaluación que hace el Indecopi de las fuentes de financiamiento disponibles para el proyecto en cuestión, limitándose a considerar la opción de financiamiento bancario, aún cuando actualmente proyectos de similar naturaleza son financiados principalmente por fondos de inversión de largo y mediano plazo (administrados por AFP's, fondos mutuos, empresas de seguros, etc) vía emisión de deuda, a tasas mucho más bajas que las ofrecidas por el sistema bancario.

**Cuadro No 1**  
**Tasas de interés de emisiones recientes**

Empresa	Fecha de emisión	Tasa de interés	Duración	Moneda
Transportadora de Gas del Perú	Ago-04	3.5% + libor	15 años	Dólares
Transportadora de Gas del Perú	Ago-04	7.13% + VAC	25 años	Soles
Red de Energía del Sur	Jul-03	5.75%	10 años	Dólares
Electroandes	Jun-03	6.44%	10 años	Dólares
Duke Egenor	Nov-03	3.75%	5 años	Dólares
Luz del Sur	Oct-03	4.78%	7 años	Soles
Luz del Sur	May-02	6.22% + VAC	7 años	Soles

Fuente: SBS

Un segundo defecto del análisis de Indecopi es la omisión del cálculo de impuestos en los flujos sobre los cuales se ha medido la rentabilidad de cada una de las alternativas. El efecto de esta omisión es un posible castigo del escenario de compra de material tractivo y rodante. Esto se debe a que los gastos de alquiler probablemente sean menores a los gastos financieros asociados a la deuda asumida para la adquisición de los activos. Es decir, de haberse incluido el pago de impuestos en los flujos, posiblemente la opción de compra hubiera generado un mayor escudo fiscal que la opción de alquiler

y, por lo tanto, habrían mejorado los indicadores de rentabilidad de la alternativa de compra.

**b) Errores en la estimación del periodo de proyección:**

El periodo de proyección que se ha considerado para evaluar el proyecto de adquisición de material tractivo y rodante coincide con el periodo de financiamiento de la adquisición de dicho material (5 y 7 años)<sup>4</sup>. Este supuesto distorsiona los resultados pues los años de mayor rentabilidad del proyecto son precisamente aquellos años (no considerados en el análisis) en los cuales se sigue usando el activo, pero éste ya ha sido pagado.

Por otro lado no resulta razonable evaluar el proyecto de ingreso al mercado mediante adquisición de material tractivo y rodante en un horizonte de sólo 5-7 años, cuando la concesión de la vía tiene una vigencia de 30 años (prorrogables hasta 60 años) y el contrato de alquiler de material tractivo y rodante de Perurail tiene un vigencia de 10 años. En todo caso, parece más apropiado evaluar el proyecto de compra de material tractivo y rodante asumiendo que el entrante mantendrá un relación de largo plazo con el proveedor de la infraestructura de transporte (FETRANS) igual al periodo remanente de la concesión.

**c) Errores en la estimación del costo de capital:**

El valor actual neto (VAN) de las alternativas evaluadas fue obtenido por el Indecopi utilizando un costo de capital de 12%, que no ha sido sustentado. El costo de capital depende entre otras variables de la tasa libre de riesgo, el riesgo país y el riesgo específico del negocio, variables que han mostrado

<sup>4</sup> Adicionalmente, en tanto estos flujos han sido elaborados considerando distintos periodos de tiempo y distintos montos de inversión, emplear la Tasa Interna de Retorno (TIR) como indicador financiero para determinar cuándo el proyecto es más rentable resulta inadecuado y puede presentar inconsistencias:

*"... La tasa interna de retorno nos brinda un porcentaje de rentabilidad por lo que es más fácilmente comprensible, en comparación con el VAN que otorga un valor monetario que es más difícil de explicar.*

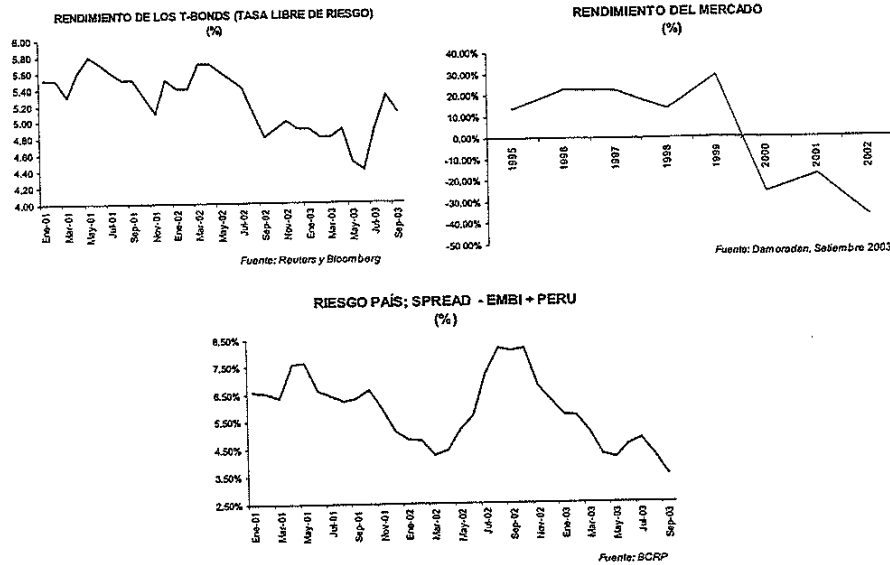
*Sin embargo, este indicador presenta ciertas desventajas:*

- a) *No es apropiado usar la TIR para proyectos mutuamente excluyentes si estos tienen distinta escala o duración, o diferente distribución de beneficios..." (El subrayado es nuestro)*

*(BELTRAN Arlette y CUEVA Hanny. Evaluación Privada de Proyectos. Universidad del Pacifico 2000)*

una tendencia decreciente en los últimos años (ver gráficos adjuntos). Sobre el particular, en la medida en que el resultado del VAN depende grandemente de la tasa de descuento elegida, se hace necesario analizar esta variable con mayor detalle, toda vez que la tendencia decreciente observada en algunas tasa de interés sugeriría que el costo de capital actual es inferior al 12% utilizado por el Indecopi.

**Cuadro No 2**  
**Tasa libre de riesgo, rendimiento del mercado y riesgo país**



En un informe posterior, APOYO Consultoría evaluará si es económicamente factible el ingreso al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente mediante la adquisición de material tractivo y rodante. Para ello presentará la evaluación económica de este proyecto.

### 1.2 Limitación del ámbito geográfico del mercado relevante a la región Cusco

Además de excluir a la compra de material tractivo y rodante de la definición del producto relevante, el Indecopi limita el ámbito geográfico para el alquiler de material tractivo y rodante a la región del Cusco, basándose en las siguientes consideraciones:

- a) La limitada red vial de trocha angosta en el mundo (a excepción de Colombia, Guatemala y Alaska) lo cual hace especialmente difícil encontrar un mercado secundario de material tractivo y rodante que cumpla con las especificaciones técnicas necesaria para operar en la ruta ferroviaria Sur-Oriente<sup>5</sup>.
- b) La limitada oferta de material tractivo y rodante nuevo fabricado en China, Estados Unidos y España<sup>6</sup>.

En opinión de APOYO Consultoría, el análisis efectuado por el INDECOPI para estimar el ámbito geográfico del mercado adolece de las siguientes imprecisiones:

- a) Existen otros países además de los mencionados en donde se encuentran redes ferroviarias de trocha angosta (inferior a 1 m.) que coexisten con redes ferroviarias de trocha ancha, tal como se muestra en el Anexo 1. De otro lado, no existe evidencia en el documento elaborado por Indecopi del que se derive que es "especialmente difícil" conseguir material tractivo y rodante de segunda mano.
- b) El análisis del Indecopi descarta la posibilidad que tiene el nuevo operador de adquirir material tractivo y rodante, nuevo o usado, diseñado para un ancho de trocha distinto y acondicionarlo a los requerimientos técnicos del ancho de vía de la ruta ferroviaria Sur - Oriente.

Esta opción es técnica y económicamente posible. De hecho, Perurail ha adquirido en más de una ocasión material de Indonesia y lo ha acondicionado al ancho de trocha de Perú<sup>7</sup>. Según la propia Perurail, el

<sup>5</sup> "(...) El hecho que la línea férrea de la Red Sur Oriental sea de trocha angosta (914 mm), genera que los interesados en operar en dicha red sólo puedan prestar el servicio con material tractivo y rodante que cumpla con dichas especificaciones. Es importante señalar que, en la actualidad, prácticamente no existe en el mundo redes viales de trocha angosta (a excepción de Colombia, Guatemala y Alaska), lo cual hace específicamente difícil encontrar un mercado secundario de material tractivo y rodante que cumpla con dichas especificaciones(...)". Informe No 055-2004/GEE. Pág. 29.

<sup>6</sup> "(...) Según información proporcionada por el MTC, una empresa interesada en entrar al mercado de servicios de transporte del Sistema Sur Oriente, podría adquirir el material tractivo y rodante, de fabricantes provenientes de China, Estados Unidos y/o España. La operación de compra puede realizarse a través de empresas como General Electric y/o General Motors, entre otras (...)". Informe No 055-2004/GEE. Pág. 29.

<sup>7</sup> Carta No 55-GL-2004/FETRANS. 15 de marzo 2004.

procedimiento de adaptación es sencillo y toma en promedio tres meses.



En resumen, en opinión de APOYO Consultoría, el producto relevante no debe estar únicamente conformado por el alquiler de material tractivo y rodante, sino que debe incluirse también la adquisición de material tractivo y rodante como parte de la definición del producto. En cuanto al ámbito geográfico del mercado, éste debe incluir no sólo el Cusco, sino que debe ampliarse para incluir también otros ámbitos geográficos desde donde es posible importar material tractivo y rodante de primera o segunda mano, de trocha angosta, trocha métrica o de trocha ancha, que pueda ser incorporado directamente a la vía o requiera ser acondicionado a los requerimientos de la ruta ferroviaria Sur-Oriente.

En un informe posterior, APOYO Consultoría evaluará en mayor detalle las fuentes alternativas disponibles de material tractivo y rodante para un potencial entrante al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente.

### 1.3 Acerca de la naturaleza “hundida” del material tractivo y rodante:

En diversas partes de su argumentación, el Indecopi utiliza el concepto de “costo hundido” para referirse al material tractivo y rodante. En su análisis, Indecopi señala que el material tractivo y rodante constituye una inversión hundida para un entrante potencial debido a las características técnicas “específicas” de la vía Sur-Oriente (trocha angosta de 0.914 m.).

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el material tractivo y rodante es “capital sobre ruedas” y en ese sentido, si bien puede considerarse como un costo fijo de entrada al mercado, en la medida en que puede ser reutilizado, no constituye, al menos en su totalidad, un costo hundido. Como señalan Kessides y Willig (1995)<sup>8</sup>:

*“To operate with current production techniques, a railroad requires at least a locomotive and one car, the costs of which must be included among its fixed costs. Yet, because they constitute capital on wheels, most of their cost can easily and quickly be recovered by rolling them to another market, should the*

<sup>8</sup> Kessides y Willig (1995). Restructuring regulation of the rail industry for the public interest. Pág. 34.



*railroad's management decide (and be permitted) to close down the line in question. Thus, the little or none of this portion of fixed costs is sunk, in contradistinction to the roadbed cost, which typically is sunk. While the bridges, ballast, rails, and ties can also be moved from one route to another, they can be moved only at considerable expense".*

En suma, contrariamente a lo que afirma el Indecopi, siendo que en otros países existen vías ferroviarias de trocha angosta de características similares a las de la ruta Sur-Oriente y que, además, es posible adaptar el material tractivo y rodante de trochas de distinta magnitud, la adquisición de material tractivo y rodante no debe ser considerada como una inversión hundida que limite o restrinja el acceso de nuevos competidores al mercado de transporte de carga y pasajeros en la ruta ferroviaria Sur-Oriente.

#### 4. Conclusiones:

Las conclusiones a las que llega el Indecopi respecto a la existencia de un posible abuso de posición de dominio en el mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente se sustentan en un inadecuado análisis del mercado relevante, que no toma en cuenta la posibilidad que tiene un entrante potencial al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente de adquirir material tractivo y rodante desde diversos proveedores alrededor del mundo.

En opinión de APOYO Consultoría, la CLC en su análisis incurre en los siguientes errores:

En primer lugar, el Indecopi excluye la posibilidad que tiene un entrante potencial de adquirir el material tractivo y rodante y restringe la definición del producto relevante únicamente al alquiler de material tractivo y rodante. Para ello, el Indecopi se basa en un modelo financiero que adolece de las siguientes deficiencias:

- No evalúa la factibilidad económica de la alternativa de entrada con compra de material tractivo y rodante, sino que directamente calcula la rentabilidad que obtendría un inversionista si adquiere el material tractivo bajo una forma de financiamiento determinada.

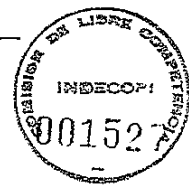




- Omite el cálculo de impuestos en los flujos financieros. El efecto de esta omisión es un posible castigo del escenario de compra de material tractivo y rodante. Esto se debe a que los gastos de alquiler probablemente sean menores a los gastos financieros asociados a la deuda asumida para la adquisición de los activos. Es decir, de haberse incluido el pago de impuestos en los flujos, posiblemente la opción de compra hubiera generado un mayor escudo fiscal que la opción de alquiler y, por lo tanto, habrían mejorado los indicadores de rentabilidad de la alternativa de compra.
- Iguala el periodo de proyección de los flujos del proyecto de adquisición de material tractivo y rodante con el periodo de financiamiento de la adquisición de dicho material (5 y 7 años). Este supuesto distorsiona los resultados pues los años de mayor rentabilidad del proyecto son precisamente aquellos años (no considerados en el análisis) en los cuales se sigue usando el activo, pero este ya ha sido pagado.
- Finalmente, utiliza un costo de capital de 12% que no ha sido sustentado y resulta cuando menos cuestionable, dada la tendencia decreciente observada en algunas de las tasas de interés que influyen en el costo del capital.

En segundo lugar, el Indecopi limita el ámbito geográfico del mercado relevante sólo a la región del Cusco, desconociendo la existencia de otros países que al igual que el Perú tiene infraestructura ferroviaria de trocha angosta y la posibilidad de adquirir y adaptar material tractivo y rodante desde otros países.

Finalmente, el Indecopi asume, contrariamente a lo que sugiere la teoría y la evidencia, que el material tractivo y rodante requerido para operar en la ruta ferroviaria Sur-Oriente es de naturaleza hundida, por lo que existen barreras de ingreso al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente. Sin embargo, siendo que en otro países existen vías ferroviarias de trocha angosta de características similares a las de la ruta Sur-Oriente y que, además, es posible adaptar el material tractivo y rodante de trochas de distinta magnitud, la adquisición de material tractivo y rodante no debe ser considerada como una inversión hundida que limite o restrinja el acceso de nuevos competidores al mercado de transporte de carga y pasajeros en la ruta ferroviaria Sur-Oriente.



## ANEXO 1

### FERROCARRILES DE TROCHA ANGOSTA Y ANCHA A NIVEL MUNDIAL

Esta tabla contiene una lista de los rieles de distinta trocha que fueron o son usados alrededor del mundo. El color rojo denota a los de trocha angosta que son obsoletos. Los números entre corchetes muestran un aproximado de la máxima longitud de las líneas en kilómetros. La información ha sido recopilada del internet (<http://parovoz.com/indexe.php>)

Distancia entre los rieles		Países
Medida mm	Inglesa	
<b>Trocha angosta</b>		
		Las distancias menores a 300mm no son mostradas en esta tabla.
305	1'	USA (Sonora Short Line, CA), Russia (Krasnoyarsk Child Rly)
311	1' 1/4"	UK (Fairbourne & Barmouth)
381	1' 3"	Austria (Wien [4]), France (Rhône [3]), Germany (Illiputbahnen in Stuttgart-Killesberg [2], Leipzig-Auensee [2], Dresden [6]), Japan, UK (Ravenglass & Eskdale Light Rly [11], Romney Hythe & Dymchurch Light Rly [22], Bure Valley Rly, Duffield Bank), USA (amusement parks)
385	1' 3 5/32"	Hungary (Vid?mpark in Budapest)
400	1' 3 3/4"	<b>Decauville</b>
		France (first Decauville rly), Hungary (Holl'h?za porcelain works), Switzerland (brickworks)
406	1' 4"	UK (Great Laxey Mines), USA (amusement park rlys)
450	1' 5 2/3"	<b>Decauville</b>
		Spain (industr. lines), apparently many other countries
457	1' 6"	UK (Woolwich Arsenal; Chatham Dockyard; Crewe Locomotive Works; Horwich Locomotive Works)
480	1' 7"	Spain (Mina Arrayanes)
483	1' 7"	UK (industr. lines), USA (Swanton Pacific) [2]
495	1' 7 1/2"	Mexico (Yucatan horse tramway)
500	1' 7 5/8"	<b>Decauville</b>
		Argentina ( <i>Tren del Fin del Mundo</i> ), Colombia ( <i>Santiago Quinta tramway</i> ), France (Tarn [3], Germany ( <i>Parkeisenbahn Vatterode</i> , etc), Hungary (T?r?kszentmikl?s and Pak brick factories), Indonesia ( <i>Pagonan</i> ) [14], Russia ( <i>field railways</i> ), Spain (industr. lines), apparently many other countries
508	1' 8"	garden rlys, Australia (Gwalia logging rly in W.Aust.), Indonesia (Aneka Tambang), Philippines (Benguet Mine), UK (Brora Colliery Tramway), USA (copper mining rlys in Arizona)
520	1' 8 1/2"	Russia, Spain (industr. lines)
533	1' 9"	garden rlys
540	1' 9 1/4"	Sweden (horse tramways)
540	1' 9 1/4"	USA (Hunt System)
550	1' 9 2/3"	Russia (Bryansk Plant), Spain
558/559	1' 10"	Ireland (Guinness brewery), Dominican Rep., Mexico (El Progreso Mining Co.)
560	1' 10"	Sweden (Sandvik)
565	1' 10 1/4"	Czech Rep. (Usti n. Labem: elec., indust.)
575	1' 10 5/8"	Russia (mines)
576	1' 10 5/8"	Japan (Gumma horse rly, XIX c.)
578	1' 10 3/4"	UK (ind. lines, e.g., Dinorwic)
580	1' 10 13/16"	Hungary (Mogyor?sb?nya, Tokodalt?r?, Dorogi mines)
584	1' 11"	UK (Penrhyn, Cornwall - ?)
597	1' 11 1/2"	Brazil (Paulista, Mogiana, Douradense, São Paulo - Minas, Perus - Pirapora, Tramway Cantareira), UK (Welsh Highland Rly, Festiniog; Ashover; North Wales NG, Lynton & Barnstaple)

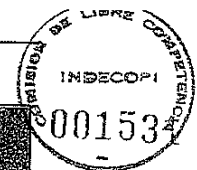
Distance entre rails		
Modèle	Notes	
<b>Trocha angosta</b>		
		<b>Decauville</b>
600	1' 11 5/8"	Argentina, Angola [154/310], Austria (Reißeck [3]), Belarus (field rly's), Belgium (Adele, Ploegsteert, Maldegem, Thuin) [4], Bulgaria [152], Cameroon [145], Colombia (Santiago La Piramide tramway), Congo/DR [1025], Finland [2] (museum), France (Calvados) [80], Germany (field railways, Berliner Parkeisenbahn, etc), Greece (Agrinion-Krionerion, Sarakli-Stavros, Volos-Milies), Hungary (Almamelék, Kemence [3/5]), Indonesia (sugar mills) [797], Italy (field railways), Japan (Chib-Ken and Narita rlys, XIX c.) Latvia, Lithuania, Peru (Cayalti [50]), Russia, Spain, Sweden (Helsingborg Råå Ramlösa, Munkedals, Stavsjö, Kosta Lessebo, Jönköping Gripenberg, Nätraby Alnaby Älmeboda, Anneberg Ormaryd, Lindfors-Bosjön, Malma-Haggården) [197], Switzerland [2] (SATEB), Ukraine, Uzbekistan
603	1' 11 3/4"	UK (Festiniog & Blaenau Rly)
610	2'	Antigua & Barbuda [13], Australia [4000], Brunei [13], Fiji [644], Hong Kong [12] (Sha Tau Kok), India [3265/2], Indonesia (Toelangan, Kremboong) [22], Japan (Kishu Mine, Tateyama, Aso, Mamurogawa, Musashino Mura), Kazakstan (Tselinograd PRLY [2]), Russia (Dobryanka, Lysva, Chernoz), South Africa [314], South Korea (Pusan streetcars [9.5]), UK (RAF Fauld - ?, Groudle Glen Rly [1], Ashover [12], London post office rly), USA (Maine, Edaville, Sandy River, Gilpin Tramway [42], Chicago Tunnel Co.), Venezuela (Bolivar [220])
615	2' 1/5"	Congo/DR [136]
620	2' 2/5"	Slovenia [2]
630	2' 2/3"	Germany (industr. rlys), Russia
635	2' 1"	Japan (Iwafune rly, XIX c.)
643	26"	Sweden (Strömsnäsbruk) [15]
650	2' 2"	Spain
660/661	2' 2"	Australia (Mount Morgan Gold Mining), Brazil (Raposos-Nova Lima tramway)
666	2' 2 7/32"	Japan (Hongo streetcars, Yamanashi horse rly; XIX c.)
670	2' 2 1/3"	Indonesia (Kadhipaten) [7]
686	2' 3"	Australia (Otway Ranges), UK (Tal-y-Llyn [11], Corris, Campbeltown & Macrihanish)
693	28"	Sweden (Kroppa, Yngs-Daglöse, Domnarvet) [28], Cuba (Simon Bolivar) [15]
		<b>Decauville</b>
700	2' 3 1/2"	Argentina, Denmark, Germany (stone mill in Bavaria), Indonesia (sugar mills, salt) [1,897], Netherlands (industrial lines), Spain
710/712	2' 4"	UK (Snailbeach [5]), Russia
716	2' 4 3/16"	Poland (Kruszwica sugar mills, 1881-1923) [40]
720	2' 4.3"	Belgium (Le Tram Zaman) [10], Indonesia (Loenggadajah, Karangsoewung, Sindanglaut) [31]
724/725	2' 4 1/2"	Russia, UK (Glyn Valley Tramway)
730	29"	Sweden (ind. lines)
737	2' 5 1/64"	Japan (Shinagawa horse rly; XIX c.)
742	30"	Sweden (ind. lines)
750	2' 5 1/2"	Argentina (Old Patagonian Express, Rio Turbio Coal), Australia (in Victoria), Belarus, Bolivia (Cochabamba tramway), Chile (Santiago Yungay tramway), Germany, Greece [22], Ecuador [180] (El Oro, Bahia-Chome), Egypt [347], Estonia, Finland [2] (museum), Indonesia (sugar mills) [223], Italy (field railways) [71], Japan (lumber lines), Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Lithuania, Norway (Urskog - Hölandsban [51]), Philippines (Benguet Mine), Poland, Russia, Sierra-Leone, Slovak Rep., Spain [43], Sweden (Glava, mining rlys), Switzerland (WB [14], funic's), Taiwan (lumber lines), Tajikistan, Turkey [246], Ukraine, Uruguay (Piriapolis [43])
753	2' 5 5/8"	Japan (Fuhoku streetcars; XIX c.)
		<b>"Bosnian gauge"</b>
760	2' 5.9"	Albania [34], Antigua & Barbuda [64], Austria [339], Bolivia [32], Bosnia, Bulgaria [245], Croatia, Czech Rep., Haiti [40], Hungary [222], Italy (Valgardena, Val di Fiemme) [29], Rumania [370], Serbia, Slovak Rep., St. Kitts & Nevis [58], Sweden (ind. lines), Ukraine (Transcarpathian lines)
762	2' 6"	Australia (Erica), Barbados (till 1900), Brazil [13], China, Cuba [150], Cyprus [113], Dominican Rep. [140], India [3265/2], Indonesia (rubber plantation; Pongkor), Japan (Kinki Nippon [27], Seibu, Kintetsu, Kurobe Valley), Mauritius [16], Mozambique [148], Nepal [52], Nigeria [213], North Korea [665], Pakistan [900], Peru (Patillos), Sierra Leone [500], South Korea (Pusan), Sri Lanka [141] (Kelani Valley Rly), UK (Welshpool & Llanfair, Pentewan; Oakhill Brewery, Alford & Sutton Tramway; Leek & Manifold; Hoo Ness Island; Chattenden & Upnor, Bowaters Paper Mill / Sittingbourne & Kemsley rly), USA (park railways in Portland, OR; mining rlys in MO, AZ, NV, CA; sugar plantations in LU), Venezuela (Maracaibo)



Distancia en metros		País
Métrica	Inglés	
mm		
<b>Trocha angosta</b>		
785	30"+	Denmark, Poland/Germany (Silesia [188])
787	2' 7"	Finland, Germany (Broelthal), Sweden (Kroppa)
791	2' 6.9"	Denmark (Faxe Jernbane)
792	32**	Sweden (horse tramways, lumber yards)
794	2' 7 1/4"	UK (Neath Abbey)
800	2' 7 1/2"	Belgium (indust. lines), Brazil (Santos, Itatinga tramways), Georgia, Germany [2] (Museumsfeldbahn Leipzig-Lindenau e.V.), Spain (industr. lines) Switzerland (WAB [19], PB [5], BRB [8], MG [9], MTGN [10], BOB [7], funic's), UK (Snowdon Mountain [8]), Ukraine
802	2.7**	Sweden (Hällefors-Fredriksberg, Bredsjö-Degerfors, Voxna-Lobonäs) [222]
813	2' 8"	UK (Neath Abbey, Levensat - ?)
820	2' 8 1/4"	Brazil (Rio de Janeiro Carris Urbanos tramway)
826	2' 8 1/2"	UK (Volks Electric Rly [2]; Brighton & Rottingdean)
838	2' 9"	Japan (Kamaishi iron rly; XIX c.), Sao Tome, UK (Seaton Tramway)
850	2' 9 1/2"	Italy (Porlezza-Menaggio [12], Ponte Tresa Italia - Luino [12]), Sweden (ind. lines)
864	2' 10"	UK (John Brogden & Sons, Bridgend)
875/876	2' 10 1/2"	Russia, UK (Cornwall - ?)
880	2' 11 1/64"	Germany [20] (Bernau), Japan (Nakaya Ryokan, 1960)
884/885	35 3/4**	Russia Demidoff's Mining & Iron Works(), Sweden (horse tramway)
889	2' 11"	UK (London Brick Co., Hunts)
891	36**	<b>"Swedish Three Feet Gauge"</b> Norway (Spitsbergen) [2], Russia, Sweden (museum + commercial) [3024]
900/901	2' 11 1/2"	Australia (Victoria), Austria (Linz trams), China (mines) [18+], Germany (Doberan, Borkum Light Rly), Iceland, Indonesia (Tjoekir) [19], Ireland (Cork trams), Portugal (Lisboa and Braga trams), Sweden (Kiruna mines), Switzerland (funic's), UK (Butterworth & Brooks - ?), Ukraine (Kiev funic. [0.27]), USA (Detroit streetcars)
910	2' 11 1/2"	Spain (Soller), Uruguay [42]
914	3'	Azerbaijan (Shusha), Colombia [3236] (Medellin, Pereira), Cuba [91], El Salvador [602], Georgia (Bakuriani) [37], Guatemala [1019], Guyana [187], Honduras [277], Indonesia (Freeport mine), Ireland [158+], Isle of Man (Manx Electric Rly [29], Isle of Man Rly) [48], Japan (Otaru, Koiwai fam tramway, Kyushu railways), Mexico (Pachuca), New Zealand (Dun Mountain Rly), Norway (Spitsbergen), Panama [160], Peru [300], Philippines (Corregidor tramway [11]), Singapore, UK (Douglas Horse tram / Isle of Man; Ulster TA [68]; Londonderry & Lough Swilly [50]; Marland; Ravensglass & Eskdale; Strabane & Letterkenny [32]; Southwold), Ukraine (Skvira), USA (White Pass & Yukon; Hawaii; Cumbres & Toltec; Durango & Silverton; Denver & Rio Grande; Sumpter Valley), Venezuela [184] (Carenero, La Ceiba, La Guaira, Macuto)
915	3'	Ireland (Ballymena, Cushendall & Red Bay), Spain (Palma-Soller [32], Irun-Elizondo [56])
925	3' 0.4"	Germany (Chemnitz tramway)
950	3' 1.4"	Eritrea [307], Italy [2557] (Sardegna, STEFER/Rome, many other rlys), Libya [165]
955	3' 1.6"	Switzerland (funic's),
964	3' 2"	Russia (Nytva)
972	3' 2 1/4"	UK (Dorking Greystone Lime Co.)
978	3' 2 1/2"	UK (New British Iron Co.)
988	3' 2.9"	Switzerland (funic's),
990/991	3' 3"	Egypt [11], Russia, UK (Contractor)

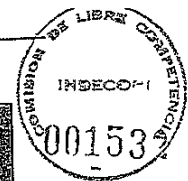


Distancia entre los rieles		Países
milímetros	inglés	
<b>Trocha Métrica</b>		
1 000	3' 3 3/8"	Algeria [256], Argentina [9860] (Belgrano Cargas, Ferrovias, SEFEChA, Mendoza, Salta, Jujuy, ONABE), Austria [16], Bangladesh [1914], Benin [578], Bolivia [3652] (Oriental, Andina, Antofagasta-Bolivia, Arika-La Paz), Brasil [24864], Burkina Faso [620], Cambodia [612], Cameroon [858], Chile [3642], China [600], Colombia (Ferrocarril de Girardot), Congo/DR [125], Cote d'Ivoire [650], Denmark (Skjoldenaesholm museum, Skagensbanen, Horsens-Trørring, Bornholm, etc., Aarhus tramway, Kolding-Egtved 1898-1930, Horsens-Bryrup, Haderslev Amts, Aabenraa Amts, Als Amts), Djibouti [97], Ethiopia [474], Finland [75] (Helsinki tramway), France [720], Germany [800] (Brotalbahn), Gibraltar, Greece [892], Guadelupa [2], Guinea [806], Hungary (Borsodn?dasdi, Di?sgy?r, Perecesi; Szombathely streetcars), India [14766], Indonesia (oil fields), Italy (trams and small rlys) [263], Kenya [2040], Latvia (Hasenpoth) [50], Lithuania (Memel, Tilsit) [115], Madagascar [1020], Malaysia [1800], Mali [642], Malta, Mexico (San Luis Potosi), Myanmar [3878], New Zealand (Wellington cable car [0.6]), Norway (Thamshavn, museum [26]; Grakallbanen), Pa



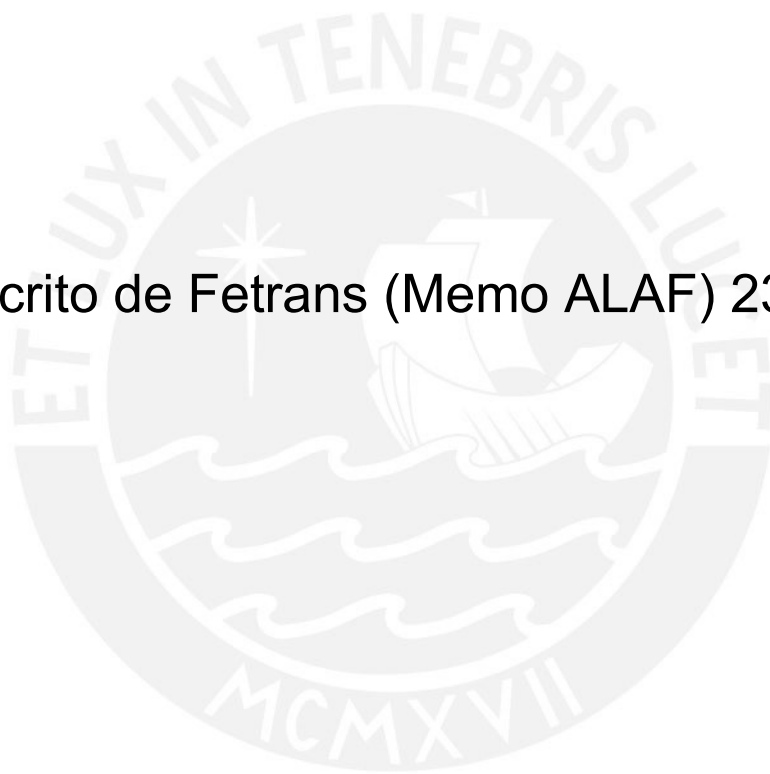
Trocha Ancha		
1 003	3' 3 1/2"	UK (Furness Mining Co.)
1 009	3' 3 3/4"	Bulgaria (Sophia streetcars)
1 016	3' 4"	USA (Splint Jellico Coal Co., Elk Valley Coal & Coke Co.), Venezuela (Santa Barbara [59])
1 029	3' 4 1/2"	Australia (Rubicon Forest, 1907-50), UK (Hudson & Co)
1 039	42"	Sweden (ind. lines)
1 050	3' 5 1/4"	Israel ( <i>Hedjaz Rly</i> ), Jordan [789] ( <i>Hedjaz Rly, Aqaba Rly</i> ), Lebanon, Saudi Arabia ( <i>Hedjaz Rly</i> ), Syria [232], Turkey [42]
1 054/1 055	3' 5 1/2"	Algeria [1081/1188], UK (Associated Portland Cement Co)
1 060	3' 5 3/4"	Spain [1628]
1 067	3' 6"	"CAP, or Cape, gauge" Angola [2781/2879], Australia [16307], Barbados (1900-1937), Belgium (SNCV), Botswana [712], Canada [1120] (Newfoundland, Toronto & Nipissing, etc.), Chile (Tocopilla, Taltal), China (Taiwan) [4600], Congo [797], Congo/DR [3968], Costa Rica [950] (San Jose), Dominican Rep., Ecuador [965] (Quito), Estonia [39] (Tallinn tramway), Ghana [953], Guyana [29], Haiti [180], Honduras [508], Hong Kong (tram) [16], Indonesia [6389], Isle of Man (Snaefell Mtn Rly) [8], Japan [25315], Liberia [152], Malaysia (Penang streetcar [21]), Malawi [789], Mozambique [3140], Namibia [2341], Netherlands (RTM Interurban, Arnhem), New Zealand [4716], Nicaragua [373], Nigeria [3505], Norway (Sulitjelmabanen, etc), Panama (Panama City), Peru (Arequipa), Philippines [378], Russia (Sakhalin, Livny), Sierra Leone (Marampa) [84], South Africa [20324], South Korea (Pusan streetcars [9.5]), Sri Lanka (Colombo), Sudan [4800], Swaziland [297], Sweden (the Blekinge system, Sundsvall-Torpshammar, Mattfors-Vattjom, Utsjö) [608], Tanzania [960], UK (East Cornwall; Caldon Low Quarries; Severn & Wye; Wolverton & Stony Stratford Tramway; Sou
1 090	3' 7"	UK (Middleborough Tram)
1 093	3' 7 1/32"	Sweden [58] (Köping - Uttersburg - Riddarhyttan)
1 100/1 101	44"	Belgium (Antwerp - Ghent), Brazil (Rio de Janeiro Santa Teresa streetcars; Cantagalo), France (Paris - Orleans, Mont Cenis), Germany (tramway: Braunschweig, Kiel, Lübek), Italy [47] (Varese), Sweden (Frykstad, Kristinehamn-Sjöändan) [19], UK (Fell)
1 106	3' 7 1/2"	Austria (Linz-Gmunden), Sweden (Frykstad)
1 118	3' 8"	New Zealand (Napier trams [7]), UK (Sidmouth Harbour Co.)
1 130	3' 8 1/2"	Canada (Portage Rly)
1 143	3' 9"	UK (Colin Dunlop, Broseley wagonway - wooden)
1 149/1 150	3' 9 1/4"	Spain (Sestao Galdames [32]), Switzerland (funic's), USA (Arcata & Mad River)
1 160	3' 9 2/3"	Russia, Spain (Bilbao River & Cantabrian [22])
1 168	3' 10"	UK (Butterley Co)
1 170	3' 10"	Martinique [1]
1 188	48"	Indonesia (Jakarta tram) [40], Sweden (Norberg-Amänningen, Vässman-Barken, Åtvädaberg-Bersbo) [45]
1 200	3' 11 1/4"	Italy (Genova-Granarolo) [81], Switzerland (Rheineck-Walzenhausen)
1 217	4'	Sweden (Hudiksvall, Söderhamn, Borås, Uddevalla-Vänernsberg-Herrijunga) [165]
1 219/1 220	4'	India (Nalhati-Azimganj), New Zealand (Gisborne and Wellington trams [58]), Russia (Kalatinsky factory, the Urals), Spain (Tharsis Rly [46], Canars), UK (Glasgow Subway [10], Surrey Iron Rly**, Padam Rly, Redruth & Chacewater rly; Stratford & Moreton Tramway, Kilmarnock & Troon, trams), USA (Honolulu, Canton, Laredo, Pueblo, San Antonio, Springfield, Delaware and Hudson)
1 245	4' 1"	USA (Keweenaw Penninsula) <
1 270	4' 2"	UK (Peak Forest Tramway)
1 321	4' 4"	UK (Penydarren, Fordell)
1 350	4' 5 1/8"	Brazil (Santos)
1 365	4' 5 3/4"	Brazil (Rio de Janeiro Sao Cristovao streetcars), Spain (Bilbao streetcars [80])
1 372/1 375	4' 6"	Japan (Hakodate, Yokohama, and Tokyo streetcars; Keio, Shinjuku Tokyo metro [24], Tokyu Setagaya Line, Tokyu Express Rly [5]), Spain, UK (early Scottish rlys)
1 391	4' 6 3/4"	Japan (Akita streetcars; XIX c.)
1 410	4' 7 1/2"	USA (Mt. Washington)
1 416	4' 7 3/4"	UK (Glasgo area tramways)
1 422	4' 8"	New Zealand (Dunedin trams [62]), UK (Liverpool & Manchester)
1 432	4' 8 3/8"	Algeria [4290], Hong Kong (MTR [87]), UK (London tube)





Trocha Ancha		
		<b>"Standard (Stephenson) gauge"</b>
1 435	4' 8 1/2"	Albania [670], Argentina [2900] (APL, Metrovias, ONABE), Australia [17621], Austria [5394], Belarus [60], Belgium [3568], Brazil (Amapá, Jari), Bulgaria [4055], Canada [77387], Chile [150], China [70000], Colombia [150] (Medellin Metro), Croatia [2592], Cuba, Czech Rep. [9434], Denmark [2770], Dominican Rep. [375], Egypt [4763], France [34322], Gabon [649], Germany [44770], Greece [1565], Guinea [239], Guyana [110], Hong Kong (KCR, tramway, Ma On Shan [110]), Hungary [7508], India (Calcutta Tramways Co), Iran [5240], Iraq [2457], Ireland (Dublin & Kingstown), Israel [700], Italy [18166], Jamaica [294], Japan (Shinkansen [2503], Keisei Elec. Rly [83], Shin-Keisei, Hokusou Kaihatsu; Keihin Kyuko; Tokyo Subway: Marunouchi, Ginza, and Asakusa Lines; Kintetsu [200]; Keihin Hankyu; Hanshin; Nishi Nippon; Hakone Tozan), Lebanon, Liberia [328], Liechtenstein [19], Lithuania [16], Luxembourg [272], Malaysia (LRT) [56], Mauritania [690], Mauritius [170], Mexico [26612], Monaco [2], Morocco [1893], Netherlands [2828], New Zealand (tram
1 440	4' 8,7"	Austria (Viennese tramway) [300], Brazil (Amapa), France (Metro Paris?), Germany (Rostock and Munich trams), Spain (Ferrocarril de Langreo en Asturias [64])
1 445	4' 8,9"	Italy (the majority of trams), Spain (Madrid Metro)
1 447/1 448	4' 9"	<b>"Compromise" gauge</b> USA (New Jersey & Ohio, Pennsylvania Rly), UK (Lancashire)
1 450	4' 9"	Germany (Dresden tramway)
1 458	4' 9.1"	Germany (Leipzig tramway)
1 473	4' 10"	USA (Camden & Amboy, New Jersey & Ohio, many more...)
1 495	4' 10 7/8"	Canada (Toronto subway and streetcars)
		<b>"Russian gauge"</b>
1 520/1 524	5'	Afghanistan [12] (Khairaton, Torgundi), Armenia [830], Azerbaijan [2090], Belarus [5488], Estonia [1030], Finland [5924], Georgia [1570], Germany [40] (Rügen is.), Hungary [35], Kazakhstan [14460], Kyrgyzstan [370], Latvia [2400], Lithuania [2100], Moldova [1318], Mongolia [1750], North Korea [10], Panama [78], Poland (LHS) [397], Rumania [45], Russia [158100], Slovak Rep., Sweden (Haparanda) [2], Tajikistan [480], Turkey [123], Turkmenistan [2120], Ukraine [23350], USA (south-eastern rlys), Uzbekistan [3460]
1 524	5'	Hong Kong (peak tram) [1.4]
1 549	5' 1" (5' ?)	UK (London & Blackwall, Eastern Counties Rly, Northern & Eastern Rly) [130]
1 575/1 576	5' 2"	Ireland (Dublin & Drogheda), USA (Columbus, Norfolk, Trenton, Philadelphia streetcars)
1 581	5' 2 1/4"	USA (Baltimore [21] and Philadelphia streetcars; Wilmington)
1 588	5' 2 1/2"	<b>"Pennsylvania Trolley gauge"</b> USA (Pittsburgh, Philadelphia, and New Orleans streetcars)
		<b>"Irish gauge"</b>
1 600	5' 3"	Brazil [4290], Australia (Victoria, South Australia) [7970], Germany ( <i>Badische Staatsbahn</i> ), Ireland [2810], New Zealand, UK (Northern Ireland) [330], USA (Altoona)
1 638	5' 4 1/2"	USA (Baltimore)
1 645	5' 4 3/4"	Russia (Cherepanovs' loco)
1 668/1 674	5' 5 2/3"	<b>"Iberian gauge"</b> Austro-Hungary, Portugal [2613], Spain [11791]
		<b>"Indian gauge"</b>
1 676	5' 6"	Argentina [18829] (ALL-Central, Nuevo Central Argentino, Ferrosur Roca, Ferrosresro Pampeano, Tren Patagonico, TBA, Metropolitano, TMS, Ferrobaires, ONABE), Bangladesh [978], Canada, Chile [3974] (EFE, FEPASA, tramways in Santiago and Valparaiso), India [59865], Iran [92], Pakistan [7718], Paraguay (Asunsion - Encarnasion, till 1911 [440]), Sri Lanka [1948], UK (Arbroath & Forfar), USA (BART, Missouri Pacific, Texas railroads [760])
1 680	5' 6 1/8"	Brazil (Maua-Fragoso, 1854)
1 740	5' 8 1/2"	USA (Gualala Lumber Company/CA)
1 760	5' 9 1/4"	Indonesia
1 800	5' 10 7/8"	Germany (Obsfelderschmiede - Lichtenhain funicular)
1 829	6'	Russia (St.-P.-Pavlovsk), USA (Erie & Lackawanna; Atlantic & Great Western RR; Ohio & Mississippi RR)
1 880	6' 2"	UK (Ulster Rly)
1 945	6' 4 5/8"	the Netherlands (1839-64)
2 000	—	UK (CairnGorm Mountain Railway)
2 134	7'	the Azores
2 140	7' 1/4"	UK (GWR [1712])
2 440	8'	USA (loggin RLY in Oregon, 1880s)
2 743	9'	Japan (Kyoto-Lake Biwa Canal funicular)
3 000		Germany (Hitler's project; never built)

08. Escrito de Fetrans (Memo ALAF) 23.03.05





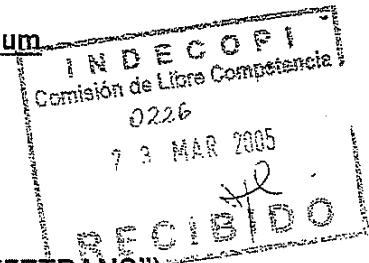
ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA  
ABOGADOS

RECIBIDO  
UNIDAD DE TRÁMITES  
DOCUMENTACIÓN

RECIBIDO  
UNIDAD DE TRÁMITES  
DOCUMENTACIÓN

Expediente N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente No.  
012-2004/CLC)

Adjunta Memorándum



A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:

**FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (en adelante, "FETRANS")**,  
representada por su abogada, Teresa Tovar Mena, en el procedimiento por  
supuesto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, conforme lo ofreciéramos en nuestro escrito de descargos,  
adjuntamos al presente escrito, una copia legalizada notarialmente del  
Memorándum elaborado por la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles<sup>1</sup>  
(en adelante "ALAF") dando respuesta a las consultas formuladas por nuestra  
empresa en relación con: (i) la posibilidad de realizar la conversión de material  
tractivo y rodante; y, (ii) la disponibilidad del mencionado material.

<sup>1</sup> La Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF), fundada en 1964, es una entidad reconocida por las Naciones Unidas como organización no gubernamental (ONG). Está constituida por la mayoría de las empresas ferroviarias e industriales del sector de Latinoamérica, lo que le otorga la representatividad de esta región en el Consejo Mundial de la UNION INTERNACIONAL de FERROCARRILES (UIC). La sede se encuentra en la Ciudad de Buenos Aires en la República Argentina.  
ALAF tiene como premisa, potenciar un transporte ferroviario seguro, eficiente y económico, fomentando y fortaleciendo los ejes de integración latinoamericanos, a través de los flujos de intercambio que permita absorber la multiplicación de los tráficos.  
Para alcanzar este objetivo, se promueve en los niveles públicos una política de transporte que asegure la participación del modo ferroviario en un contexto de equidad.  
ALAF estimula el comercio por ferrocarril y promueve la cooperación técnica entre los países de la región, procurando la coordinación y progreso del modo junto con el de las industrias ferroviarias latinoamericanas apuntalando el desarrollo de las economías regionales de los países miembros. Todo ello a los efectos de lograr la integración social y económica en beneficio de los pueblos de América Latina.  
También se orientan esfuerzos para la homogeneización de normas técnicas que hacen al transporte ferroviario de forma de propender a la normalización de los productos con garantía de calidad, facilitando el intercambio entre las redes ferroviarias nacionales e internacionales.  
Asimismo, se impulsa el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte ferroviario, incluyendo los centros de transferencia con los otros modos y los accesos a puertos.  
(Mayor información en <http://www.alaf.int.ar/>)

Sin perjuicio de que la Comisión realice la valoración de dicho documento, consideramos importante resaltar algunos aspectos mencionados por la ALAF.



### 1. Respecto a la posibilidad de adaptar material tractivo y rodante

Sobre el particular, la ALAF, luego de señalar que en todo proceso de conversión deben tomarse las medidas de precaución necesarias, señala que *"[V]isto las medidas o cotas de la trocha 914 mm [trocha angosta] que nos fueron entregadas para el análisis y contrastadas con el gálibo de la trocha estándar, no habría inconvenientes en utilizar vehículos originarios de esta última, modificados para la 914 mm., modificación que es posible concretar, con un adecuado análisis de las características particulares de cada equipo rodante que se desea adecuar"*<sup>2</sup>

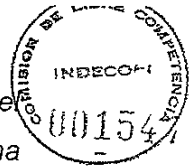
Lo mencionado por la ALAF guarda absoluta concordancia con lo que FETRANS ha señalado en este procedimiento, esto es, que es posible técnicamente realizar conversiones para adecuar material tractivo y rodante a la trocha angosta.

Lo anterior también queda demostrado con las referencias a experiencias de distintos operadores en la conversión de material tractivo y rodante. En efecto, la ALAF señala que, en Brasil: *"distintas empresas ferroviarias nacidas del proceso de privatización han utilizado vehículos rodantes (fundamentalmente tractivos) adquiridos en Estados Unidos de Norteamérica de trocha 1.435 mm y puestos sobre trocha angosta de 1.00 mm."*<sup>3</sup>

Asimismo, la ALAF menciona que también en Argentina "(...) se tuvo experiencias al respecto, cuando, unidades General Motors, modelo

<sup>2</sup> El agregado y resaltado es nuestro

<sup>3</sup> El agregado es nuestro



GT22CU y G22CU de 2475 y 1650 HP, respectivamente, provistas por el fabricante para el ferrocarril General Urquiza-Mesopotámico de trocha estándar, fueron utilizadas en el ferrocarril General Belgrano de trocha métrica, también con cambio de boguies, **inscribiéndose sin inconvenientes en la misma, aún cuando, éste último ferrocarril tiene importantes tramos de montaña y cuenta en su trayecto con innumerables puentes, túneles y viaductos**<sup>4</sup>.

Debe recordarse que FETRANS, en el presente procedimiento, ha sostenido que es posible realizar las conversiones a trocha angosta, es más, ha mencionado la experiencia que PERURAIL S.A. ha tenido cuando adaptó material tractivo.

En consecuencia, queda claro que sí es posible realizar la adecuación del material tractivo y rodante, con el objeto de utilizar dicho material en trocha angosta.

En tal sentido, contrariamente a lo afirmado por la Secretaría Técnica de la Comisión, la determinación del servicio relevante no debe restringirse al alquiler de material tractivo y rodante de trocha angosta y, por el contrario, debe tenerse en cuenta los diversos mecanismos de aprovisionamiento que se encuentran en el mercado.

## 2. Con relación a la disponibilidad de material tractivo y rodante

Al igual que FETRANS, la ALAF menciona en su memorándum que existen en el mercado diversas fuentes de aprovisionamiento, tales como Latinoamérica y Europa.

Al respecto, la ALAF menciona que: ***(...) en nuestra opinión la búsqueda debería centralizarse principalmente en algunos países centroamericanos que por racionalización o cese, posean excedentes de***

<sup>4</sup> El resaltado es nuestro



material que pueda interesar de acuerdo a su costo y estado. También resultaría factible ubicar material usado en la trocha métrica (1.000 mm), ya que es una trocha más difundida tanto en Europa como en Latinoamérica y en ese caso la conversión requerirá menores adaptaciones: retrochamamiento de ruedas en los ejes, adaptaciones de timonerías y según los casos, algunas modificaciones de poca importancia en la estructura de boguie”<sup>5</sup>

Adicionalmente, y como si no fuera ya contundente lo mencionado por la ALAF, dicha asociación señala, de manera referencial, una relación de países en los que se puede obtener material de trocha angosta.

Es importante resaltar que, como lo señaló FETRANS en su escrito de descargos, la ALAF ha puesto en evidencia que en el Perú cuentan con material de trocha angosta FETRANS y el Ferrocarril de Huancayo-Huancavelica.

Con lo mencionado anteriormente se corrobora que la Secretaría Técnica incurrió en error al restringir el mercado geográfico relevante, ya que no se tuvo en cuenta la ubicación de una fuente de aprovisionamiento dentro del país.

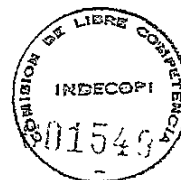
**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:** Se tenga presente lo expuesto.

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos al presente, copia legalizada notarialmente del Memorándum elaborado por la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF). (Anexo 6-A)

<sup>5</sup> El resaltado es nuestro

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, adjuntamos copia del presente escrito y sus recaudos.



Lima, 23 de marzo de 2005

TTM/PSP

*Teresa Tovar*  
TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echevarría García S.Civ.R.L.



NOTARIA  
ASOCIACION LATINOAMERICANA DE FERROCARRILES  
ASSOCIAÇÃO LATINOAMERICANA DE ESTRADAS DE FERRO  
MIRAFLORES  
Central Telefónica 444 1616  
Fax 444 1517

Buenos Aires, febrero 17 de 2005



Memorando

A) Transformación de vehículos de trochas mayores en trocha 914 mm.

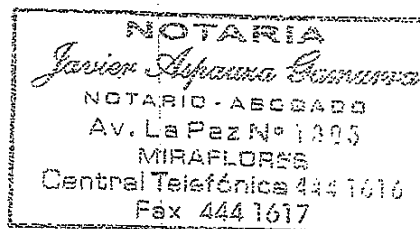
La necesidad que tienen las empresas ferroviarias en aprovechar material disponible o bien adquirir en el mercado de segunda mano material rodante de otras trochas (locomotoras, vagones de mercancías o coches de pasajeros) para transformarlos en trocha distinta de la original, hace que se deban efectuar diversos análisis técnico-económicos, para definir la conveniencia de su concreción.

Cuando la transformación debe realizarse de una trocha menor a una mayor, al margen de las adecuaciones que deben efectuarse a los boguies por la variante en el ancho de vía, la caja o carrocería del rodante, prácticamente no requiere modificaciones, solo en ciertos casos el cambio de ubicación de los patines estabilizadores, pero rara vez presentan algún problema. Por supuesto que estamos considerando que no existen diferencias de altura entre los ganchos centrales de acoplamiento, o del sistema de freno, con sus respectivas uniones.

Cuando la modificación debe concretarse de una trocha mayor a una menor, además del cambio de boguies o la lógica adaptación (estructura, ejes, timonerías de freno, etc.), debe examinarse cuidadosamente que en los puntos característicos del trayecto, no exista invasión del gálibo máximo de material rodante en el galibo mínimo de obras (o sea el perfil mínimo de las obras de arte, sean estas túneles, puentes, viaductos etc.)

Visto las medidas o cotas de la trocha 914 mm. que nos fueron entregadas para el análisis y contrastadas con el gálibo de la trocha estándar, no habría inconvenientes en utilizar vehículos originarios de esta última, modificados para la 914 mm., modificación que es posible de concretar, con un adecuado análisis de las características particulares de cada equipo rodante que se desee adecuar.

Al margen de transformaciones que pueden haber realizado algunas empresas ferroviarias de la región y que no llegaron a nuestro conocimiento, en Brasil distintas empresas ferroviarias nacidas del proceso de privatización, han utilizado vehículos rodantes (fundamentalmente tractivos) adquiridos en Estados Unidos de América de trocha 1.435 mm. y puestos sobre trocha angosta de 1.000 mm.



Estas locomotoras del mercado doméstico de USA, son unidades de alto peso por eje (20/24 Ton.) que pueden permitir su utilización en vías de capacidad portante inferior, realizándoles una descarga de peso en algunos componentes o reduciendo la capacidad de los suministros (fundamentalmente combustible). Pero haciendo abstracción de la masa, lo importante es destacar que locomotoras originarias de la trocha estándar fueron transformadas y utilizadas en trocha métrica, obviamente con el consiguiente cambio de boguies.

También en Argentina se tuvo experiencias al respecto, cuando unidades General Motors, modelo GT22CU, y G22CU de 2475 y 1650 HP respectivamente, provistas por el fabricante para el ferrocarril General Urquiza-Mesopotámico de trocha estándar, fueron utilizadas en el ferrocarril General Belgrano de trocha métrica, también con cambio de boguies, inscribiéndose sin inconvenientes en la misma, aún cuando éste último ferrocarril tiene importantes tramos de montaña y cuenta en su trayecto con innumerables puentes, túneles y viaductos.

Como síntesis resulta importante señalar, que la transformación de material rodante (locomotoras, vagones o coches de pasajeros) de trochas anchas mayores a trocha 914 mm., es técnicamente factible, tal como se demuestra en los casos citados, pero cada caso en particular debe ser cuidadosamente analizado.

#### B) Ubicación de material rodante

Considerando que la trocha angosta en Perú, es la trocha yárdica (914 mm.) y al no ser esta trocha común en los ferrocarriles de Europa, que son quienes pudieran tener alguna disponibilidad de sobrantes, en nuestra opinión la búsqueda debería centralizarse principalmente en algunos países centroamericanos que por racionalización o cese, posean excedentes de material que pueda interesar de acuerdo a su costo y estado. También resultaría factible ubicar material usado en la trocha métrica (1.000 mm.), ya que es una trocha más difundida tanto en Europa como en Latinoamérica y en ese caso la conversión requerirá menores adaptaciones: retrochamamiento de ruedas en los ejes, adaptación de timonerías y según los casos, algunas modificaciones de poca importancia en la estructura del boguie.

Respecto de material nuevo, sin dudas las empresas proveedoras y fabricantes, están en condiciones de entregar material rodante de la trocha y características que requiera el comprador,



**NOTARIA**  
*Javier Asparruca Guarnotta*  
NOTARIO - ABOGADO  
Av. La Paz N° 1305  
MIRAFLORES  
Central Telefónica 444 1616  
Fax 444 1617

En Latinoamérica las empresas ferroviarias que cuentan con la  
trocha 914 mm. son:

Colombia – Fenoco  
Tren de Occidente  
Drummond  
Turistren

El Salvador – F. C. Nacional de El Salvador (Fenadesal)

Guatemala – Ferrovías Guatemala


Honduras - F. C. Nacional de Honduras (FNH)

Costa Rica - F. C. de Costa Rica (Incofer)

Perú - Perú Rail (ramal Cuzco - Machu Pichu)  
F. C. Huancayo a Huancavelica (FHH)

Si se toma en cuenta también a la trocha métrica (1000 mm.),  
aumentan las alternativas en la región, por cuanto en Argentina, Brasil, Chile y Bolivia  
operan una muy importante cantidad de ferrocarriles con este ancho de vía.

Asimismo en China, Australia y Sudáfrica, países que cuentan con  
ferrocarriles en trochas angostas, posiblemente puedan disponer de material tractivo y  
remolcado para su venta.

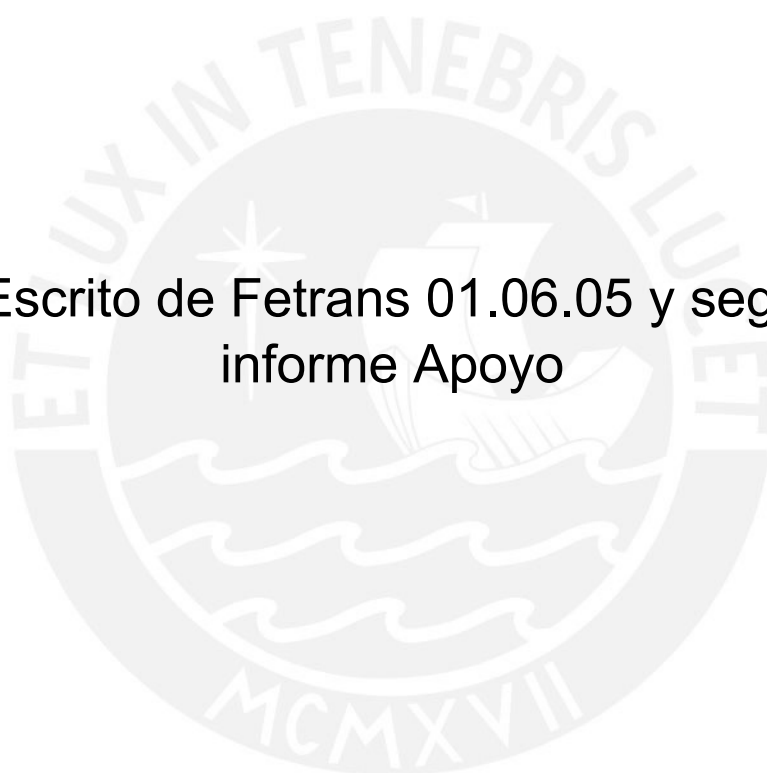


Dr. Lauro Ramírez López  
Secretario General

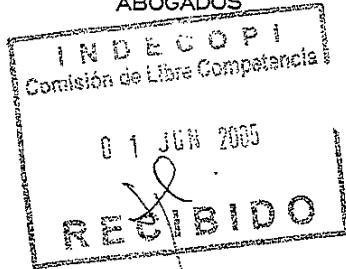




09. Escrito de Fetrans 01.06.05 y segundo informe Apoyo



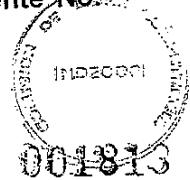
ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA  
ABOGADOS



2005 JUN 1

Expediente N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente N°  
012-2004/CLC)

RECIBIDA  
UNIDAD DE TRÁMITE  
DOCUMENTARIO



### A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:

**FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.** (en adelante, "FETRANS"), representada por su abogada, Teresa Tovar Mena, en el procedimiento por supuesto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, con la finalidad de aportar mayores elementos al momento de resolver, adjuntamos al presente escrito la Opinión Técnica elaborada por Apoyo Consultoría S.A. (en adelante, Apoyo) sobre los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas. Asimismo, de conformidad artículo 6° del Decreto Legislativo N° 807<sup>1</sup>, Ley sobre Organización y Funciones del Indecopi, SOLICITAMOS QUE LA COMISIÓN DECLARE COMO RESERVADA parte del mencionado informe, tal como se menciona en el punto 4 del presente escrito.

Sin perjuicio de que la Comisión realice la valoración de dicho documento, consideramos importante resaltar algunos aspectos mencionados por Apoyo en el citado informe.

<sup>1</sup> Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi

Artículo 6.- La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad.

Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los miembros y personal encargados del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio.

1. **Respecto de las características económicas y tecnológicas de la industria ferroviaria y ruta Sur - Oriente**



Sobre el particular, Apoyo ha analizado las características económicas y tecnológicas de la ruta ferroviaria Sur-Oriente, constatando que no constituyen barreras estructurales a la entrada al mercado de transporte de pasajeros. Por el contrario, la demanda creciente y la inexistencia de competencia intermodal para llegar al destino más importante de la ruta (Machu Picchu), son factores que reducen la incertidumbre de demanda que enfrentaría cualquier nuevo entrante, lo que constituye un factor facilitador del ingreso de nuevos competidores.

En tal sentido, resulta claro que las características económicas y tecnológicas de la ruta Sur - Oriente no constituyen barreras estructurales a la entrada al negocio de transporte ferroviario en dicha ruta.

2. **Análisis de la definición de mercado relevante realizada por el Indecopi**

En el análisis realizado por Apoyo, se concluyó que, a diferencia de lo sostenido por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la "Secretaría Técnica"), sí resulta económica y tecnológicamente factible el ingreso de nuevos competidores a través de la adquisición de material tractivo y rodante, por lo que no se debió circunscribir el mercado relevante al alquiler de dicho material.

Apoyo concluye que sí es posible obtener locomotoras y vagones con las especificaciones técnicas requeridas para la ruta Sur – Oriente, adaptando otras locomotoras y componentes que se consiguen en el mercado internacional. En este sentido, Apoyo señala que:

"Si bien es cierto que el material tractivo y rodante debe cumplir ciertos requerimientos técnicos específicos de la ruta sur-oriente, **ello no implica que el material tractivo y rodante que hoy existe en dicha ruta y es operado por PERURAIL sea el único disponible y que el alquiler del mismo sea la única alternativa viable de ingreso al mercado para un nuevo operador. En particular, tal como lo hemos demostrado en este documento, existe la alternativa de comprar material tractivo y rodante en un mercado secundario y adaptarlo a las características de la ruta Sur-Oriente**". (Resaltado y subrayado agregados)

SECRETARÍA TÉCNICA  
00181

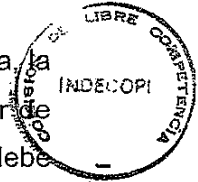
Lo mencionado por Apoyo guarda absoluta concordancia con lo que FETRANS ha señalado en este procedimiento, esto es, que es posible técnicamente realizar conversiones para adecuar material tractivo y rodante a la trocha angosta. Es más, FETRANS ha mencionado la experiencia que PERURAIL S.A. ha tenido cuando adaptó material tractivo.

Asimismo, también existe la posibilidad de ingresar al mercado utilizando autovagones en vez de locomotoras, lo que tendría la ventaja de reducir el tiempo y la inversión de entrada con relación a la alternativa de adquirir y adaptar locomotoras.

De esta manera se comprueba que el análisis efectuado por la Secretaría Técnica para reducir el ámbito del mercado relevante únicamente al alquiler del material tractivo y rodante hoy existente en el Cusco adolece de una serie de errores conceptuales y metodológicos que lo invalidan. Si se corrige este análisis, se muestra claramente como sí resulta económica y tecnológicamente viable el ingreso de un nuevo operador con material tractivo y rodante propio.

En esa línea, debe quedar claro que ha quedado demostrado que sí es posible realizar la adecuación del material tractivo y rodante, con el objeto de utilizar dicho material en trocha angosta.

En tal sentido, contrariamente a lo afirmado por la Secretaría Técnica, la determinación del mercado relevante no debe restringirse al alquiler de material tractivo y rodante de trocha angosta y, por el contrario, debe tenerse en cuenta los diversos mecanismos de aprovisionamiento que se encuentran en el mercado.



001811

**3. Con relación a la disponibilidad del material tractivo y rodante existente**

Finalmente, Apoyo ha considerado que aun en el supuesto negado de que el mercado relevante estuviera constituido solamente por el alquiler del material tractivo y rodante hoy existente en Cusco, dado el volumen actual de demanda, ni FETRANS ni PERURAIL tienen material tractivo y rodante disponible para ser alquilado a terceros, toda vez que el material existente viene siendo utilizado a plena capacidad. Es más, la FETRANS se ha visto en la necesidad de adquirir (y adaptar) material para poder abastecer la creciente demanda.

En este contexto, resulta claro que la supuesta negativa no tiene la intención anticompetitiva de impedir la entrada de un competidor y se justifica por razones de índole comercial, al no existir material disponible para el alquiler.

**4. Solicitud de Confidencialidad**

Como ya se ha adelantado, solicitamos que la Comisión declare la reserva de la siguiente información:

- a) Información de proveedores - Cuadro No. 6 (Página 18 del Informe).
- b) Información sobre posibles locomotoras que pueden ser utilizadas en la ruta Sur - Oriente. (Páginas 19 y 20 del Informe)
- c) Información sobre el modelo económico-financiero de entrada con autovagones. ( Anexo No. 3 del Informe).



Nuestra solicitud se sustenta en lo siguiente:

Respecto de "a)" y "b)", consideramos que dicha información constituye secreto comercial en tanto que están referidos a aspectos comerciales (proveedores actuales y potenciales), información que ha sido obtenida por nuestras empresas como parte de la estrategia competitiva, por lo que no deben ser conocidos por terceros, pues ello generaría un perjuicio irreparable a nuestra empresa.

Por su parte, respecto de "c)", consideramos que dicha información es altamente sensible en tanto que se trata de un Plan de Negocios que muestra la viabilidad de la entrada de un competidor de nuestra empresa vinculada, siendo lo correcto que cada entrante haga por su propia cuenta un análisis del mercado antes de incursionar en él. Como es evidente, dicha información no puede ser conocida por terceros ya que ello implicaría otorgarles una ventaja indebida pues, de conocer el mencionado plan, podrían reducirse los costos de ingreso al mercado a partir de un documento que tiene por único objeto acreditar que sí es posible el ingreso al mercado de transporte ferroviario adquiriendo material tractivo y rodante.

Es importante tener en cuenta que en los Lineamientos sobre Información Confidencial de la Comisión de Libre Competencia se señala que: "*Se considera secreto comercial aquella información cuya importancia para el desarrollo de las actividades empresariales obliga a las firmas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa. Tal es el caso de los aspectos relativos a la estrategia competitiva, datos relacionados a la estructura de costos, término de negociación y condiciones contractuales acordados, etc.*"

De otro lado, a efectos de no restringir el derecho de defensa de la denunciante, acompañamos un resumen no confidencial de la información cuya reserva se solicita.



**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:** Se tenga presente lo expuesto.

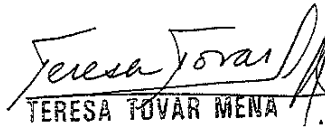
**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos al presente:

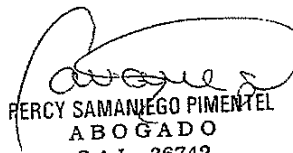
1. Versión Confidencial de la Opinión Técnica elaborada por Apoyo Consultoría S.A., en sobre cerrado (Anexo 1-A)
2. Versión No Confidencial de la Opinión Técnica elaborada por Apoyo Consultoría S.A. (Anexo 1-B)
3. Copia de la Versión No Confidencial de la Opinión Técnica elaborada por Apoyo Consultoría S.A. (Anexo 1- C)
4. Resumen no Confidencial de la Opinión Técnica (Anexo 1-D)

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, solicitamos a la Comisión se fije fecha para la realización de una audiencia, con el objeto de que los miembros de Apoyo Consultoría S.A. expongan ante los señores comisionados los términos y conclusiones de su Opinión Técnica.

**TERCER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copia del presente escrito y sus recaudos.

Lima, 1 de junio de 2005

  
**TERESA TOIVAR MENA**  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echecopar Garcia S.Civ.R.L

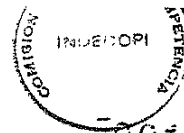
  
**PERCY SAMANIEGO PIMENTEL**  
ABOGADO  
C.A.L. 36742  
Estudio Luis Echecopar Garcia

TTM-PSP-JHR/nba

**LAS FOJAS 1819 A 1862  
SE ENCUENTRAN EN  
EXPEDIENTE  
CONFIDENCIAL DE  
FETRANS**

**RES. 029-2005-INDECOPI/CLC**





001863

**Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y  
035-2004-INDECOP/ST-CLC del INDECOP y sobre la  
Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio  
contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas.**

Informe preparado para

**Ferrocarril Trasandino S.A.**



**APOYO  
CONSULTORIA**

Lima, 30 de mayo de 2005

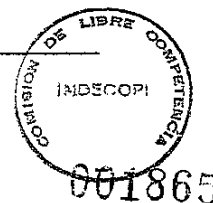


001864

## INDICE

Resumen Ejecutivo	2
1. Características económicas y tecnológicas de la industria ferroviaria	4
1.1 Características de la ruta Sur-Oriente	6
2. Análisis del mercado relevante	9
2.1 Evaluación del Modelo de INDECOP	9
2.1.1 Análisis de la elaboración de los supuestos	10
2.1.2 Deficiencias en la elaboración del modelo	13
2.1.3 Deficiencias financieras conceptuales	16
2.2 Ingreso a través de la adquisición de locomotoras y vagones adaptados	18
2.3 Ingreso a través de la adquisición de autovagones	21
3. Análisis de la práctica	23
3.1 El material Tractivo y Rodante empleado en la ruta del Ferrocarril Sur Oriente	24
3.1.1 Material Tractivo	24
3.1.2 Material Rodante	27
4. Conclusiones	30
ANEXO No 1: Ferrocarriles de trocha angosta y ancha a nivel mundial	32
ANEXO No 2: El caso Hiram Bingham	32
ANEXO No 3: Modelo de entrada con adquisición de autovagon y coches de pasajeros	41

## RESUMEN EJECUTIVO



En un informe anterior preparado para Ferrocarril Transandino (*en adelante, FETRANS*) señalamos que las conclusiones a las que ha arribado el INDECOPI respecto a la existencia de un abuso de posición dominante por parte de FETRANS se sustentan en un inadecuado análisis del mercado relevante, que no toma en cuenta la posibilidad que tiene un entrante potencial al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente de adquirir material tractivo y rodante desde diversos proveedores alrededor del mundo.

En el presente informe profundizamos nuestro análisis respecto a la definición del mercado relevante e incluimos una discusión sobre la supuesta práctica de negativa de FETRANS de alquilar material tractivo y rodante a un nuevo operador de transporte. Se demuestra que, aún en el supuesto de haberse producido dicha negativa, está estaría justificada al no disponer FETRANS de material tractivo y rodante para su alquiler a un nuevo operador.

El informe ha sido dividido en cuatro partes. En la primera sección se revisan las características económicas y tecnológicas de la industria ferroviaria en general y de la ruta ferroviaria Sur-Oriente en particular. En esta sección se muestra de qué manera las características de la demanda en la ruta Sur-Oriente, en particular el crecimiento de la demanda y la inexistencia de competencia intermodal para llegar al destino más importante de la ruta (Machu Picchu), reducen la incertidumbre de demanda que enfrentaría cualquier nuevo entrante, lo que constituye un factor facilitador del ingreso de nuevos competidores.

En la segunda sección se analiza y discute la definición del mercado relevante efectuada por el INDECOPI. A diferencia de lo sostenido por el INDECOPI respecto a que sólo es factible el ingreso al mercado vía el alquiler del material tractivo y rodante existente, en esta sección se demuestra que sí resulta económica y tecnológicamente factible el ingreso de nuevos competidores a través de la adquisición (no alquiler) de material tractivo y rodante. Desde un punto de vista tecnológico, en esta sección se evidencia que es posible obtener locomotoras y vagones con las especificaciones técnicas para la ruta Sur-Oriente, a partir de la adaptación de otras locomotoras y componentes que se consiguen en el mercado internacional. Se demuestra asimismo que corrigiendo los supuestos y otros errores conceptuales y metodológicos del modelo financiero efectuado por INDECOPI, es económicamente factible la entrada de un competidor vía la adquisición de material tractivo y rodante. Finalmente, se presentan los resultados de un modelo de entrada, en el cual la empresa entrante utiliza autovagones en vez de locomotoras para prestar el servicio de transporte, lo que permite reducir de manera importante los requerimientos de inversión y tiempo de ingreso al mercado.

En la tercera sección de este documento se analiza la disponibilidad del material tractivo y rodante existente, y se concluye que, dado el volumen actual de demanda, ni FETRANS ni PERURAIL mantienen material tractivo y rodante disponible para el alquiler a terceras empresas. En este contexto, la supuesta negativa de FETRANS a alquilar material tractivo y rodante no responde a una conducta anticompetitiva

orientada a favorecer a su vinculada PERURAIL, sino más bien a la inexistencia de material tractivo y rodante disponible para atender los requerimientos del entrante.

001866



Finalmente, en la cuarta sección concluimos que:

- a) Las características económicas y tecnológicas de la ruta Sur-Oriente no constituyen barreras estructurales a la entrada al negocio de transporte ferroviario en dicha ruta.
- b) El mercado relevante no está constituido únicamente por el alquiler del material tractivo y rodante en el Cusco, sino que también es económica y tecnológicamente factible el ingreso de nuevos competidores al mercado, ya sea mediante la compra de locomotoras o mediante la compra de autovagones.
- c) El análisis del mercado relevante efectuado por el INDECOPI adolece de una serie de deficiencias de tipo metodológico y conceptual que lo invalidan para definir el mercado relevante.
- d) Aún en el supuesto de que el mercado relevante sea sólo el alquiler del material tractivo y rodante en el Cusco, la supuesta negativa de FETRANS no es contraria a la normas de libre competencia, sino que se justifica por la inexistencia de material disponible para el alquiler a terceros, ya que todo el material que fue originalmente concesionado viene siendo utilizado a plena capacidad.

## 1. Características económicas y tecnológicas de la industria ferroviaria

001867

La industria ferroviaria presenta características económicas y tecnológicas particulares que conviene revisar para entender la dinámica del mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente.

Por el lado de la oferta, en la industria ferroviaria es posible distinguir, como lo hace la legislación vigente en el Perú<sup>1</sup>, dos actividades o servicios que presentan distintas características de costos:

- a) **Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria.** Comprende la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas permanentes, del ancho de la zona del ferrocarril, de los terraplenes, puentes, túneles, rieles, durmientes y otros bienes afectados al servicio, así como las instalaciones complementarias que comprenden patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal.
- b) **Servicio de transporte ferroviario.** Comprende las operaciones de embarque, desembarque, carga, descarga y, en general, todo lo necesario para permitir el movimiento de pasajeros y de carga en las vías férreas, así como las operaciones relacionadas al material rodante, compuesto por locomotoras, coches y vagones y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad.

Ambas actividades presentan distintas características de costos. Por un lado, las inversiones y costos involucrados en los servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria son considerados de naturaleza hundida, lo que junto a la existencia de importantes economías de escala en la operación de la infraestructura vial ferroviaria, determinan que esta actividad sea considerada como un "monopolio natural", en donde no resulta socialmente deseable la introducción de competencia (en el mercado)<sup>2</sup>. Por otro lado, si bien el servicio de transporte ferroviario presenta condiciones de costo más favorables para el desarrollo de competencia<sup>3</sup>, para que la competencia se desarrolle se requiere que el operador

<sup>1</sup> Artículo No 2 del Decreto Legislativo No 690. Declara de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria.

<sup>2</sup> "Fixed costs are large because of the infrastructure (track, stations, etc.) that must be provided before any trains can run on a route. Duplication of infrastructure would generally be inefficient, and natural monopoly costs conditions therefore characterize physical network provision. These fixed infrastructure cost are largely sunk because the assets are of minimal value for other purposes. For example, embankments and cuttings, the rail formation and the platforms are fixed in situ—they are sunk, committed irreversibly to a specified market. The sunk nature of infrastructure costs create significant entry barriers, especially where there are natural monopoly conditions as well". Kessides y Willig (1995). Restructuring Regulation of the Rail Industry for the Public Interest. Policy Research Working Paper 1506. Banco Mundial. Pág. 25

<sup>3</sup> "The costs conditions relating to the operation of services on the physical network, on the other hand, may be more consistent with active and potential competition. To operate a service its necessary (at least) to have trains, staff, support and rights of way. Although there are inevitably some sunk costs in hiring staff and buying or leasing rolling stock, they are small in relation to the massive sunk costs of establishing network infrastructure. Locomotives and freight cars constitute capital on wheels, and most of their costs might be easily and quickly recovered by rolling them to other markets". Op.Cit. (1995). Pág. 25.

entrante perciba que sus inversiones no son hundidas, lo que dependerá de su capacidad para movilizar el capital invertido<sup>4</sup>. 001868

Además de las diferencias en costos, la industria ferroviaria presenta "indivisibilidades" en su proceso productivo que determinan que los costos de transporte de una unidad adicional (de carga o de pasajeros) sean muy bajos cuando hay capacidad disponible, pero constituyen un costo sustancial cuando el material tractivo y rodante se está utilizando a plena capacidad<sup>5</sup>.

Las características particulares de cada actividad o servicio de la industria ferroviaria han impulsado a algunos países a reformar sus industrias ferroviarias, en algunos casos separando los servicios o actividades mencionados. En algunas experiencias, como en Suecia y el Reino Unido, la separación vertical de las actividades ha sido absoluta, en el sentido en que no se ha permitido que ningún operador de servicios de transporte controle simultáneamente la infraestructura vial<sup>6</sup>. Sin embargo, en la mayoría del resto de países la industria ferroviaria ha permanecido integrada, estableciéndose en algunos casos el "acceso competitivo" a la infraestructura vial ferroviaria para que otros operadores de transporte también puedan prestar servicios.

La experiencia peruana corresponde a este último caso, toda vez que se ha permitido al concesionario de la infraestructura (FETRANS) prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros a través de una empresa vinculada (PERURAIL), sujeto a provisiones de acceso abierto a la infraestructura vial ferroviaria. Otros países también han optado por esta estructura de "acceso competitivo" aunque es preciso resaltar que sólo en el Perú se obligó a la creación de dos personas jurídicas (FETRANS y PERURAIL) para la prestación del servicio de transporte.

<sup>4</sup> "For potential competition to be powerful, an entering operator must perceive that significant sunk investments in rolling stock and in specialized facilities can be avoided. Locomotives and freight cars may indeed be an example of "capital on wheels" so long as they can be transported to alternative points of gainful utilization without substantial costs." Op.Cit. (1995) Pág. 26

<sup>5</sup> "(...) the rail industry remains extremely capital intensive, with several others indivisibilities within its productive process. Specifically, the capital units (rolling stock, tracks, and stations) can only be expanded in discrete, indivisible increments (the addition of a train or a wagon, for example), while demand fluctuates in much smaller units. Consequently, increases (decreases) in supply can exceed increases (decreases) in demand, resulting in excess capacity. This lumpiness has several important implications for investment and pricing. For example, the transportation costs of an additional unit of traffic (freight or passengers) may be insignificant when capacity is idle, but they may become substantial when the capital is being used to its fullest". Campos y Cantos (2000). Railways. En: Estuche y de Rus. Privatization and Regulation of Transport Infrastructure. Guidelines for Policymakers and Regulators. World Bank Institute. Pág. 174.

<sup>6</sup> Es importante resaltar que el modelo inglés ha estado sujeto a profundas críticas y no se considera un modelo ideal o único. Sobre la base de la revisión del modelo inglés, Louis Thompson recomienda para los países clientes del Banco Mundial lo siguiente: "Bank clients should aim at simpler solutions than in the U.K. and, if possible, they should take more time in reaching them. Bank clients that are not compelled to adopt the vertically separated approach should consider other options (notably leaving infrastructure integrated with the dominant operator and allowing smaller, complementary or, at least non-competitive, services to be provided by tenant operators). Choosing among the alternatives is not simple, and the particular conditions and objectives in each country will weigh heavily in the result." Thompson, Louis. (2004) Privatization British Railways. Are there lessons for the World Bank and its Borrowers?. World Bank Transport Papers.

Cuadro No 1

001869

ALTERNATIVAS DE ORGANIZACIÓN PARA LA INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA

PARTICIPACIÓN PRIVADA	VERTICAL UNBUNDLING		
	Integración Vertical Total	Acceso Competitivo (Infraestructura)	Separación Vertical
Departamento de Gobierno	India, China y países socialistas.		
Empresas públicas	Algunos ferrocarriles europeos		
Empresas públicas reformadas	Varios ferrocarriles europeos (presente)		Suecia
Servicios de contrato con el sector privado		Japón (HSR), Estados Unidos (rolling stock) y Pakistán (venta de tickets)	Reino Unido (rolling stock)
Contrato de operación con el sector privado	Nigeria (1980)	Pequeños ferrocarriles de Estados Unidos	
Contrato Leasing con el sector privado		VIA (Canadá), Japón, Camerún, Estados Unidos y Europa (Vagones y coches)	
Concesión		Argentina, Brasil, Chile, Cote d'Ivoire y Perú	Reino Unido (Pasajeros)
Joint Venture		Canadá, Estados Unidos (Rieles)	Reino Unido
Compañías Privadas	Nueva Zelandia	Japón (en proceso), Estados Unidos (Class I) y Canadá	Reino Unido (carga e infraestructura)

Fuente: Galenson y Thompson (1993)

1.1 Características de la ruta Sur-Oriente

Para prestar el servicio de transporte en la ruta Sur-Oriente se requiere material tractivo<sup>7</sup> y rodante<sup>8</sup> con determinadas especificaciones técnicas referidas al ancho de la trocha, peso por eje, radios de curvatura y equipamiento, que se describen a continuación:

a) Ancho de trocha

La trocha se refiere a la distancia que existe entre los rieles del tren. Estas pueden clasificarse en tres tipos: (i) Trochas Anchas: miden más de un metro, (ii) Trochas Métricas: miden un metro y (iii) Trochas Angostas: miden menos de un metro.

Si bien la trocha del Ferrocarril Sur-Oriente es de tipo angosto (914 mm.), esto no constituye un caso único en la industria ferroviaria mundial, existiendo al menos trece países, además de Perú, que tienen ferrocarriles de un ancho de trocha de 914 mm:

<sup>7</sup> Material Tractivo: conjunto de unidades de tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros y/o el traslado del personal e supervisión. Está conformado por locomotoras, autovagones, autocarriles y autorías.

<sup>8</sup> Material Rodante: es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros

Colombia, Cuba, El Salvador, Georgia, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda, México, Noruega, Panamá, Singapur y Estados Unidos (Hawai y Denver), entre otros<sup>9</sup>.

001870

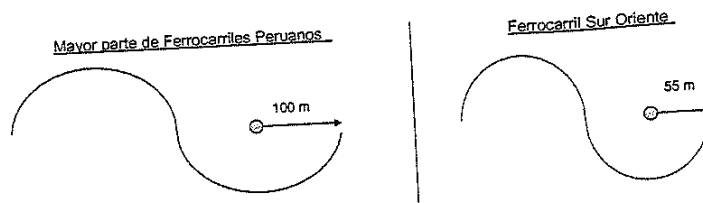
### b) Peso por eje

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha establecido que dadas las características de los puentes que se encuentran a lo largo del recorrido de la ruta ferroviaria Sur-Oeste, el peso por eje que el material tractivo y rodante debe tener es de 13.5 toneladas. Considerando que las locomotoras que operan en el FSO son de seis ejes, el peso máximo por locomotora para esta ruta debe ser de 81 toneladas.

### c) Radios de Curvatura

Debido a la geografía de la ruta Sur-Oriente, las locomotoras y coches que circulan por dicha ruta deben ser capaces de maniobrar en radios de curvatura 55 m.

Gráfico No 1  
**RADIOS DE CURVATURA**



### d) Equipamiento adicional para alturas variables

Finalmente, debido a que el FSO atraviesa alturas variables, el material tractivo y rodante debe estar acondicionado para dichos cambios. Dentro de los requisitos necesarios para operar en alturas variables se incluye tener frenos dinámicos, inyectoros y pistones especiales.

Si bien el material tractivo y rodante requerido para prestar servicios de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente debe cumplir con especificaciones técnicas particulares, dichas especificaciones técnicas no constituyen una barrera estructural a la entrada de nuevos operadores de transporte, en la medida en que se verifica: (i) que es posible adaptar locomotoras y vagones originalmente diseñados para otras rutas, a las especificaciones técnicas de la ruta Sur-Oriente (ver Sección 2-2). Normalmente, dada la antigüedad y características de esta vía, la adquisición de este tipo de material se hace en un mercado secundario y (ii) que es posible prescindir de locomotoras para esta ruta, utilizando en vez de ellas autovagones<sup>10</sup> que puede ser adquiridos de

<sup>9</sup> Para mayor información ver Anexo No 1

<sup>10</sup> Los autovagones tiene la particularidad de ser tractivos y rodantes a la vez, es decir son carros de pasajeros que tienen tracción propia, lo que les permite incluso arrastrar un coche de pasajeros adicional. Los autovagones pueden ser adquiridos de fabrica (nuevos) con las especificaciones técnicas necesarias para la ruta Sur-Oriente, a diferencia de



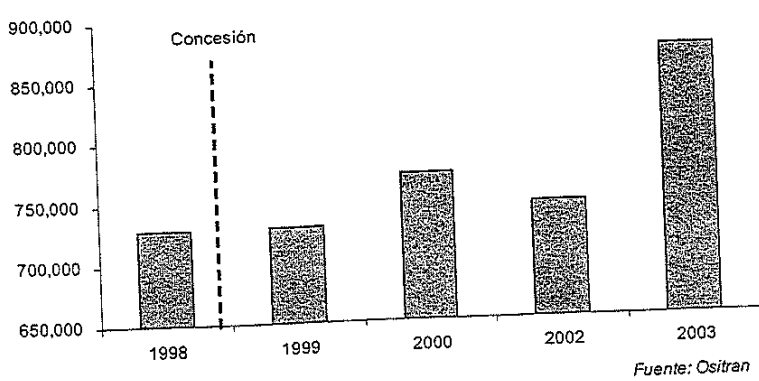
primera mano a un costo inferior que el de las locomotoras reacondicionadas (ver Sección 2-3).

Por otro lado, las características de la demanda por transporte en el ruta ferroviaria Sur-Oriente favorecen más que limitan el ingreso de nuevos operadores. En particular, la demanda creciente y la inexistencia de competencia intermodal<sup>11</sup> para llegar al destino más importante de la ruta (Machu Picchu), reducen la incertidumbre de demanda que enfrentaría cualquier nuevo entrante. En efecto, de acuerdo con estadísticas de OSITRAN, en los últimos cinco años se ha incrementado el número de pasajeros que han sido transportados entre Cusco y Machu Picchu (entre los años 2002 y 2003 se registró un incremento del 17% en el número de pasajeros transportados).

Si bien el INDECOPI sugiere que existe un número máximo de visitantes por día a la Ciudadela de Machupicchu, de la lectura de las fuentes y documentos que ha utilizado el INDECOPI como sustento, no se desprende que exista dicho límite. Por el contrario, el documento del *World Heritage Centre* que cita el INDECOPI indica que a la fecha de elaboración del mismo (año 1999) no se contaba todavía con un estudio a profundidad que indique el límite de carga máximo para Machupicchu<sup>12</sup>. En consecuencia, no existiría un límite al crecimiento o tamaño del mercado. Como lo sugiere la propia GEE de INDECOPI: "(...) en el caso del tramo Sur Oriente, el tamaño del mercado no constituiría una barrera estructural a la entrada de al menos un nuevo competidor a este mercado"<sup>13</sup>.

Gráfico No 2

PASAJEROS TRANSPORTADOS EN LA RUTA DEL FERROCARRIL SUR ORIENTE



las locomotoras, que por sus características y año de fabricación, normalmente son adquiridas en un mercado secundario.

<sup>11</sup> Informe No 003-2000-INDECOPI/CLC. Informe sobre las condiciones de competencia en la prestación de los servicios de transporte de carga y pasajeros del ferrocarril Sur-Oeste. 2000.

<sup>12</sup> "However, the mission is not aware of any in-depth study on the carrying capacity of the Sancturay or the Ciudadela, although for the latter a number of 2200 has been mentioned (based on a study undertaken in 1998 by Wright Water)." Report on the World Heritage Centre IUCN-ICOMOS mission to the historic sanctuary of Machupicchu. Pág.12

<sup>13</sup> Informe No 055-2004-GEE. Pág 33/52.

En síntesis, las características económicas y tecnológicas de la ruta ferroviaria Sur-Oriente permiten – antes que limitan – el ingreso de nuevos operadores. Como se muestra más adelante, en el corto plazo el ingreso de un nuevo operador podría generarse a partir de la utilización de autovagones (en vez de locomotoras) y en un mediano plazo – a medida que se adquiere una participación de mercado mayor – a partir de la inversión en adquisición de locomotoras. En este último caso, dadas las características de la vía, el material tractivo y rodante tendría que ser reacondicionado y adquirido en un mercado secundario, tal como lo ha venido haciendo la propia Peru Rail.

## 2. ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE

La definición del mercado relevante es el primer paso en la metodología seguida en el análisis de posibles prácticas de abuso de posición de dominio. La definición del mercado relevante es fundamental, pues sólo una vez que este análisis se completa, es posible determinar si la empresa denunciada mantiene o no una posición de dominio en el mercado de la cual pueda abusar.

El mercado relevante se construye mediante la definición de dos elementos: el producto/servicio relevante y el mercado geográfico relevante. Al respecto, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia ha afirmado que para el presente caso el servicio relevante es el alquiler de material tractivo y rodante, pues constituye la única alternativa real y viable de aprovisionamiento de estos activos, descartando así la posibilidad de compra de material tractivo y rodante como parte de la definición del producto relevante. Por otro lado, la Secretaría también limitó el ámbito geográfico del mercado al Cusco, excluyendo la posibilidad de adquirir o alquilar material tractivo o rodante de otras regiones distintas al Cusco.

La CLC basó su análisis en la comparación de los indicadores financieros (valor actual neto, tasa interna de retorno y periodo de recuperación de la inversión) que tendría un entrante al mercado de transporte de carga y pasajeros en la ruta ferroviaria Sur-Oriente bajo dos alternativas: (i) que el material tractivo y rodante es alquilado en condiciones similares a las del actual operador PERURAIL y (ii) que el material tractivo y rodante es adquirido en el mercado internacional.

En un informe anterior, indicamos que el análisis del INDECOPÍ adolecía de una serie de problemas metodológicos y conceptuales. A continuación, se amplía nuestro primer análisis y se corrige el análisis del INDECOPÍ para mostrar que sí es factible ingresar al mercado de transporte de la ruta Sur-Oriente, bien sea a través de un modelo de negocio en el que se utilicen locomotoras desde un inicio, o a través de un modelo en el que se utilicen autovagones en vez de locomotoras, al menos al inicio de las operaciones.

### 2.1 Evaluación del Modelo de INDECOPÍ

La revisión del modelo financiero elaborado por INDECOPÍ sugiere que algunos de los supuesto considerados son inapropiados y que existen diversos errores conceptuales



y metodológicos que invalidan el cálculo realizado como mecanismo para determinar el mercado relevante del presente caso.

Como se muestra a continuación, algunos de los supuestos considerados podrían determinar que la inversión requerida por el entrante potencial, así como otras variables de gastos y costos sean mayores a las que realmente necesitaría una empresa entrante, lo que puede sesgar los resultados en contra de la alternativa de ingreso con material tractivo y rodante propio. Metodológicamente también se incurre en diversos errores como calcular inadecuadamente el valor actual neto (VAN) o utilizar una tasa de descuento sin sustento, lo que invalida el cálculo efectuado por INDECOPI.

### 2.1.1 *Análisis de la elaboración de los supuestos*

A continuación se presenta, de manera esquemática, algunas de las afirmaciones realizadas por la GEE de INDECOPI en su informe y se exponen los motivos por los cuales dichas afirmaciones, en nuestra opinión, no son correctas.

- a. El informe de la GEE del INDECOPI asume que la empresa entrante ofrecerá los mismos servicios de transporte ferroviario de pasajeros que realiza la empresa ya establecida (PERURAIL):

*“Los ingresos percibidos por la empresa entrante serán producto del ofrecimiento de los mismos servicios en el transporte ferroviario de pasajeros que realiza la empresa ya establecida en el Sistema Sur-Oriente, específicamente en la ruta Cuzco-Machupicchu”<sup>14</sup>.*

Sin embargo, este supuesto impone sobre el entrante una estructura de servicios particular que conlleva a que su inversión inicial pueda ser más onerosa que la necesaria para ingresar al negocio de transporte ferroviario. Por ejemplo, el INDECOPI no está tomando en cuenta que algunos servicios, como el servicio de transporte turístico de lujo “Hiram Bigham”, utiliza material rodante especialmente adquirido por PERURAIL para dicho fin y que dicho material no forma parte de los bienes concesionados a FETRANS (y por consiguiente no podrían ser alquilados por FETRANS al entrante). Igualmente, el INDECOPI no está tomando en cuenta que otros servicios, como el servicio de transporte local, pueden resultar poco rentables para un entrante y en consecuencia probablemente no sean prestados por la empresa entrante. Esto último puede tener consecuencia graves, en la medida en que puede llevar a reducir la sostenibilidad del negocio de la empresa establecida que consiste en prestar servicios de transporte para todo tipo de pasajero (turista y local) y no solamente para uno de ellos<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Nota 139 del Informe No 055-2004/GEE. Pág. 38

<sup>15</sup> Es preciso resaltar que el ingreso de un nuevo competidor al mercado de transporte en la ruta ferroviaria Sur-Oriente puede generar lo que la literatura económica denomina “descreme” del mercado (“*cream-skimming*”) que ocurre cuando se produce la entrada de competidores a los segmentos más rentables del mercado (en este caso el transporte de turistas) reduciendo la sostenibilidad del negocio como un todo (en este caso del negocio de transporte de turistas y de locales como un todo). La posibilidad de que se genere un “descreme” del mercado conduce bajo ciertas circunstancias que se tenga que restringir el ingreso de nuevas empresas al mercado. Como sugieren Armstrong, Cowan y Vickers (1994): “*Cream-skimming is another reason sometimes put forward for entry restrictions. Where this danger*

001874

Bajo estas consideraciones, es más plausible que el entrante se concentre en sólo algunos servicios, en vez de tratar de replicar la estructura de servicios de la empresa establecida.

- b. El informe de la GEE de INDECOPI asume una tasa de crecimiento anual de 10% para los ingresos, pagos de derecho de acceso a la vía, pagos por alquiler de material tractivo y rodante, cuotas de financiamiento y pago de seguros:

*"Puesto que los flujos son realizados para 5 y 7 años, se asumió un crecimiento anual de 10% para cada uno de los conceptos descritos en el punto anterior"*<sup>16</sup>

Sin embargo, cuando se obtiene las tasas de crecimiento para estas variables utilizando la propia información presentada por la GEE del INDECOPI, se obtienen tasas de crecimiento distintas al 10%.

Cuadro No 2  
**TASAS DE CRECIMIENTO PARA DISTINTOS CONCEPTOS**

Concepto	Tasas de Crecimiento Promedio Anual (%)
Pasajeros	5.3
Precio Inka	4.7
Precio Autovagón	11.2
Ingresos	13.9
Costo de Acceso 1/	16.2
Costos de Alquiler	11.5

1/ Sólo se tiene información para los años 2002 y 2003.  
 El peaje de acceso se actualiza con la inflación del Estado de Nueva York (EEUU).

Fuente: Cuadro No 6. Informe No 055-2004/GEE  
 Elaboración: APOYO Consultoría

- c. El Informe de la GEE del INDECOPI asume que el porcentaje de material tractivo y rodante que la empresa entrante alquila, es igual al porcentaje de mercado que dicha empresa obtiene (entre 30% y 15% dependiendo del escenario) y que el monto de alquiler a pagar depende de los ingresos obtenidos:

*"Si el potencial entrante elige alquilar material tractivo y rodante a la empresa concesionaria, la primera debe pagarle a la segunda por el concepto de alquiler del mismo. Los montos a pagar en este caso se definirán en función al escenario que asuma el ejercicio. Es decir, si el escenario asume que el entrante captura el 30% de los ingresos de la empresa ya establecida, entonces el monto a pagar por concepto de alquiler será el 30% de lo que paga PeruRail S.A. por el mismo*

*exists, it is usually because of other distortions such as policy-induced cross-subsidies". Armstrong y otros (1994). Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience. The MIT Press. Pág.116.*

<sup>16</sup> Nota 138 del Informe No 055-2004/GEE. Pág. 40

concepto. De esta manera, se asumirá que ambas empresas brindarán el mismo servicio de transporte ferroviario de pasajeros, una operando el 70% del material tractivo y rodante concesionado a Ferrocarril Transandino S.A. y la otra, el 30%.<sup>17</sup>

Esta premisa parte del supuesto de que si una empresa obtiene el 30% del material tractivo y rodante captaría el 30% del mercado. Esto no es necesariamente cierto puesto que: (i) se asume incorrectamente que la empresa entrante podría brindar la misma estructura de servicios que otorga Perurail (considerando el servicio social y el servicio de lujo, este último con coches adquiridos por Perurail); y, (ii) se asume incorrectamente que todos los horarios tienen igual demanda de pasajeros.

- d. Para obtener el monto de la inversión que la empresa entrante debe asumir, la GEE multiplicó la participación estimada de la empresa entrante (15% en un escenario pesimista y 30% en un escenario optimista) por el valor correspondiente a adquirir el mismo material tractivo y rodante que supuestamente utiliza PERURAIL para el transporte de pasajeros (4 locomotoras, 8 autovagones y 4 coches de pasajeros), ascendente a US\$ 21 128 000 (ver Cuadro No 3<sup>18</sup>):

**Cuadro No 3**  
**Material tractivo y rodante considerado por el INDECOPI para el ingreso de un nuevo competidor al mercado de transporte ferroviario**

Material	Cant.	País	Precios 1/ (US\$)	Valor 1/ (US\$)
<b>Locomotoras:</b>				
Potencia: 1000 HP	5	China	1420000	7100000
Potencia: 600 HP	1	China	1420000	1420000
<b>Autovagones:</b>				
Potencia: 310 HP	8	China	1420000	11360000
<b>Coches:</b>				
Capacidad: 56 pp	1	China	312000	312000
Capacidad: 60 pp	1	China	312000	312000
Capacidad: 68 pp	1	China	312000	312000
Capacidad: 72 pp	1	China	312000	312000
<b>Valor Total de Activos</b>				<b>21128000</b>

1/ Las columnas de PRECIO y VALOR fueron obtenidas por el INDECOPI del MTC.

Fuente: Cuadro No 8 del Informe No 055-2004/GEE

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos - Indecopi

Sin embargo, los supuestos del INDECOPI son erróneos. En primer lugar, implícitamente asume que el capital físico (el material tractivo y rodante) es

<sup>17</sup> Nota 142 del Informe No 055-2004/GEE. Pág. 41

<sup>18</sup> "(...) El material tractivo y rodante que utilizaría para brindar el servicio de transporte de pasajeros ascendería a US\$21 millones (...) Los pagos anuales a la entidad financiera por parte de la empresa entrante serán definidos en cada escenario de demanda. En el caso que la empresa entrante concentre el 30% y 15% del mercado, financiará dicha inversión por montos equivalentes a US\$6,3 y US\$3,2 millones, respectivamente". Nota 146 del Informe No 055-2004/GEE. Pág. 41-42

divisible de manera "continua". Por ejemplo, según el criterio de INDECOPI, si la empresa establecida utiliza un (1) autovagon valorizado en US\$ 1 500 000 para prestar el servicio de transporte de pasajeros y la empresa entrante pretende cubrir el 30% de la demanda, entonces la empresa entrante sólo debe comprar el 30% del autovagon (US\$ 450 000), lo cual es claramente absurdo porque no se puede adquirir 1/3 de autovagon. Lo anterior indica que el supuesto que debió emplear INDECOPI es que el capital físico es divisible pero de manera "discreta", es decir que para atender una fracción de la demanda debe invertirse en la compra de toda una unidad tractiva o rodante y no sólo parte de ella.

En segundo lugar, la información que se indica en el informe de la GEE respecto al número de coches que PERURAIL destina al servicio de transporte de pasajeros es errónea, ya que según el INDECOPI se utilizan sólo 4 coches (Ver Cuadro No 3), cuando en verdad, según la información enviada por PERURAIL a solicitud del INDECOPI el 15 de marzo de 2004, se utilizan 33 coches<sup>19</sup>.

Finalmente y relacionado con lo anterior, el material tractivo y rodante considerado por el INDECOPI (Cuadro No 3) tampoco guarda proporcionalidad, toda vez que no se requieren seis unidades tractivas para arrastrar apenas cuatro unidades rodantes.

### 2.1.2 Deficiencias en la elaboración del modelo

#### a) En la elaboración de los flujos financieros

Para determinar la rentabilidad de un proyecto, en primer lugar se debe realizar una evaluación de la factibilidad económica del proyecto, independientemente de su estructura de financiamiento, tomando en cuenta un horizonte de proyección acorde con la naturaleza de la inversión. Sólo en el caso que la rentabilidad (económica) del proyecto sea atractiva según los estándares de la industria, se procede a evaluar la rentabilidad que el accionista obtendría bajo distintos escenarios de financiamiento.

Para realizar la evaluación económica de un proyecto se debe elaborar el flujo económico considerando las siguientes partidas:

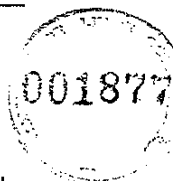
- (+) Ingresos Operativos
- (-) Egresos Operativos (considerando cambios en el capital de trabajo)
- (-) Inversiones
- (-) Impuestos

Para realizar la evaluación de la rentabilidad que obtendría un inversionista se deben incorporar los flujos asociados a la estructura de financiamiento. En tal sentido, se debe adicionar al flujo económico las siguientes partidas:

- (+) Desembolso de financiamiento

<sup>19</sup> Anexo 1-E del escrito de Perurail S.A. del 15 de marzo de 2004.

- (-) Servicio de deuda
- (+) Escudo fiscal por financiamiento



En opinión de APOYO Consultoría, para efectos de determinar si el proyecto de ingreso al mercado vía la adquisición de material tractivo y rodante era factible y por consiguiente formaba parte del mercado relevante, sólo era necesario calcular su factibilidad económica sin incorporar una estructura de financiamiento particular, como lo hizo el informe de la GEE del INDECOPI<sup>20</sup>. En efecto, la forma de financiamiento de un proyecto es una decisión empresarial que compete a la empresa entrante quién, dependiendo entre otros factores de sus credenciales y reputación en el sector, tendrá un mejor conocimiento que el INDECOPI acerca de las fuentes de financiamiento disponibles. Al utilizar una estructura de financiamiento particular (además de los supuestos y errores metodológicos cometidos) la GEE y la CLC del INDECOPI sesgan la opción de entrada al mercado hacia el alquiler de material tractivo y rodante, descalificando con ello la opción de compra de dicho material<sup>21</sup>.

Otro defecto del análisis financiero elaborado por la GEE del INDECOPI es la omisión del cálculo de impuestos en los flujos sobre los cuales se ha medido la rentabilidad de cada una de las alternativas. El efecto de esta omisión es un posible castigo del escenario de compra de material tractivo y rodante. Esto se debe a que los gastos de alquiler probablemente sean menores a los gastos financieros asociados a la deuda asumida para la adquisición de los activos. Es decir, de haberse incluido el pago de impuestos en los flujos, posiblemente la opción de compra hubiera generado un mayor escudo fiscal que la opción de alquiler y, por lo tanto, habrían mejorado los indicadores de rentabilidad de la alternativa de compra.

*b) En la estimación del periodo de proyección*

El periodo de proyección que se ha considerado para evaluar el proyecto de adquisición de material tractivo y rodante coincide con el periodo de financiamiento de la adquisición de dicho material (5 y 7 años)<sup>22</sup>. Este supuesto distorsiona los resultados pues los años de mayor rentabilidad del proyecto son precisamente

<sup>20</sup> La alternativa de financiamiento que utiliza el INDECOPI es la de leasing con una tasa de interés efectiva fija de 10% anual y pagos anuales constantes en plazos de 5 y 7 años.

<sup>21</sup> La CLC basándose en el Informe No 055-2004/GEE, señala que: "(...) la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento, toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material - alquilándolo - a un costo mucho menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado". Informe No 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. Pág. 97. (El subrayado es nuestro).

<sup>22</sup> Adicionalmente, en tanto estos flujos han sido elaborados considerando distintos periodos de tiempo y distintos montos de inversión, emplear la Tasa Interna de Retorno (TIR) como indicador financiero para determinar cuándo el proyecto es más rentable resulta inadecuado y puede presentar inconsistencias:

"... La tasa interna de retorno nos brinda un porcentaje de rentabilidad por lo que es más fácilmente comprensible, en comparación con el VAN que otorga un valor monetario que es más difícil de explicar.

*Sin embargo, este indicador presenta ciertas desventajas:*

a) No es apropiado usar la TIR para proyectos mutuamente excluyentes si estos tienen distinta escala o duración, o diferente distribución de beneficios... (El subrayado es nuestro)

(BELTRAN Arlette y CUEVA Hanny. Evaluación Privada de Proyectos. Universidad del Pacifico 2000)

aquellos años (no considerados en el análisis) en los cuales se sigue usando el activo, pero éste ya ha sido pagado.

Por otro lado, no resulta razonable evaluar el proyecto de ingreso al mercado mediante adquisición de material tractivo y rodante en un horizonte de sólo 5-7 años, cuando la concesión de la vía tiene una vigencia de 30 años (prorrogables hasta 60 años). En todo caso, parece más apropiado evaluar el proyecto de compra de material tractivo y rodante asumiendo que el entrante mantendrá un relación de largo plazo con el proveedor de la infraestructura de transporte (FETRANS) igual al periodo remanente de la concesión.

c) *En la estimación del costo de capital*

El valor actual neto (VAN) de los proyectos evaluados por el INDECOPI fue obtenido aplicando una tasa de descuento de 12% que no ha sido sustentado. La tasa de descuento a aplicar en el caso de la evaluación de una alternativa de inversión debe reflejar el costo del capital el mismo que resulta (según el modelo CAPM) de una combinación del rendimiento mínimo de mercado con el premio por el riesgo específico y del país de la inversión realizada. Así, para la determinación del costo de capital, INDECOPI debió realizar el siguiente análisis:

Gráfico No 3  
Calculo del Costo de Capital

$$\text{Costo de Capital (Re)} = R_f + \beta * (R_m - R_f) + \theta$$

Costo de capital en los Estados Unidos

Corrección por riesgo país

donde:

- Rf: Rendimiento libre de riesgo.
- Rm: Rendimiento de mercado.
- $\beta$ : Correlación respecto a la evolución general del mercado.
- $\theta$ : Corrección por riesgo soberano (Perú).

d) *En la elaboración del flujo de financiamiento*

En el informe de la GEE del INDECOPI, la adquisición de material tractivo y rodante asciende a S/. 22,2 millones que se financian a través de un leasing bancario, con cuotas a cinco años ascendentes a S/. 4,9 millones aproximadamente. Sin embargo, como se observa en el Cuadro siguiente, que representa el flujo realizado por la GEE del INDECOPI para el escenario optimista a 5 años, en el año cero se registra una inversión de S/. 24 millones, pero no se registra el ingreso de S/.22,2 millones que debió corresponder al desembolso del préstamo otorgado para financiar la adquisición de material tractivo y rodante en el



flujo financiero. Este error se repite para todos los escenarios estudiados por el INDECOPI. 001879

Cuadro No 4

ALTERNATIVA DE COMPRA DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE A FABRICANTES CHINOS  
FLUJO A CINCO AÑOS - ESCENARIO OPTIMISTA (30%)  
(En Nuevos Soles)

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Inversión	-24 021 900					
Ingresos		17 053 224,83	18 758 547,31	20 634 402,04	22 697 842,24	24 967 626,47
Costos		14 448 276,02	15 318 127,53	16 274 964,19	17 327 484,51	18 485 256,87
Acceso a la Vía		6 993 192,59	7 692 511,85	8 461 763,04	9 307 939,34	10 238 733,27
Alquiler de Material		0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Mantenimiento		1 705 322,48	1 875 854,73	2 063 440,20	2 269 784,22	2 496 762,65
Seguros		874 887,65	874 887,65	874 887,65	874 887,65	874 887,65
Financiamiento		4 874 873,30	4 874 873,30	4 874 873,30	4 874 873,30	4 874 873,30
Flujo	-24 021 900	2 604 948,81	3 440 419,78	4 359 437,85	5 370 357,73	6 482 369,60

Fuente: Indecopi, Informe N° 065-2004/GEE, Anexo N°4

2.1.3 Deficiencias financieras conceptuales

a) En el cálculo del Valor Actual Neto (VAN)

El VAN es el valor actual de los beneficios netos que genera un proyecto. El VAN mide en moneda de hoy cuánto más rico es el inversionista si realiza el proyecto en vez de colocar su dinero en la actividad que tiene como rentabilidad la tasa de descuento (costo de oportunidad). En términos matemáticos, el valor actual neto se define como la diferencia entre la sumatoria del valor actual de los beneficios y la sumatoria del valor actual de los costos, menos la inversión realizada en el periodo cero. De esta manera, la representación matemática es la siguiente<sup>23</sup>:

$$VAN = \sum_{t=1}^n \frac{B_t}{(1+i)^t} - \sum_{t=1}^n \frac{C_t}{(1+i)^t} - I_0 = \sum_{t=1}^n \frac{B_t - C_t}{(1+i)^t} - I_0$$

$$VAN = \sum_{t=1}^n \frac{BN_t}{(1+i)^t} - I_0$$

Donde:

$B_t$ : Beneficios del periodo (t).

$C_t$ : Costos del periodo (t).

$BN_t$ : Beneficios netos del periodo (t).

$i$ : Tasa de descuento (tasa de interés o costo de oportunidad del capital).

$I_0$ : Inversión en el periodo cero.

$n$ : Vida útil del proyecto.

<sup>23</sup> BELTRÁN Arlette y CUEVA Hanny. Evaluación Privada de Proyectos. Universidad del Pacífico 2000



En el ejercicio elaborado por la GEE de INDECOPI, al momento de calcular el VAN se considera, erróneamente, el año cero como si fuera el año uno; es decir, se considera que la inversión se realiza en el año uno y que los beneficios netos se generan a partir del año dos. Matemáticamente, se calcula el VAN de la siguiente manera:

$$VAN = \sum_{t=1}^n \frac{BN_{t+1}}{(1+i)^{t+1}} - \frac{I_1}{(1+i)}$$

Por ejemplo, suponiendo que para comenzar un negocio es necesario realizar una inversión de S/.100 millones y, a partir del siguiente año, el negocio genera beneficios netos ascendentes a S/.50 millones, se obtiene el siguiente flujo, considerando que la vida útil del negocio es de 3 años y asumiendo un costo de oportunidad para el inversionista de 10%:

Cuadro No 5

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3
<b>Inversión</b>	-100			
<b>Beneficios Netos</b>		50	50	50
<b>Flujo Económico</b>	-100	50	50	50

De esta forma, el VAN del negocio ascendería a:

$$VAN = -100 + \frac{50}{(1+10\%)^1} + \frac{50}{(1+10\%)^2} + \frac{50}{(1+10\%)^3} = S/.24,3$$

No obstante, si se calcula el VAN de la forma errónea utilizada por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, se obtendría:

$$VAN \text{ mal calculado} = -\frac{100}{(1+10\%)^1} + \frac{50}{(1+10\%)^2} + \frac{50}{(1+10\%)^3} + \frac{50}{(1+10\%)^4} = S/.22,1$$

En resumen, las deficiencias de índole conceptual y metodológico presentadas llevaron al INDECOPI a concluir erróneamente "que el alquiler es la única alternativa real y viable de aprovisionamiento de material tractivo y rodante para una empresa ferroviaria que pretenda operar en el FSO"<sup>24</sup>. Sin embargo, a continuación se muestra, corrigiendo para ello el modelo de INDECOPI, que sí es posible ingresar al mercado adquiriendo locomotoras y vagones readaptados para su funcionamiento en el FSO. Asimismo, se plantea una alternativa no considerada en absoluto por el INDECOPI, consistente en el ingreso al mercado con autovagones, en lugar de locomotoras.

<sup>24</sup> Informe No 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. Pág. 98.



## 2.2 Ingreso a través de la adquisición de locomotoras y vagones adaptados:

La alternativa de ingreso al mercado con material tractivo y rodante propio normalmente implicará que el entrante deba recurrir a un mercado secundario para adquirir el material, toda vez que por la antigüedad y las características de la ruta ferroviaria Sur-Oriente este tipo de equipos ya no se produce y sólo sería fabricado a pedido del cliente siempre que se trate de un volumen significativo<sup>25</sup>. Es preciso indicar sin embargo, que la adquisición de locomotoras de segundo uso, es una actividad común en el negocio ferroviario y que existe un mercado de empresas que proveen maquinaria y equipos para el negocio ferroviario, especializadas en conseguir los componentes y las piezas necesarios para readaptación de locomotoras y vagones a este tipo de vías férreas<sup>26</sup> (ver Cuadro No 6).

En el caso peruano por ejemplo, FETRANS compró en el 2001 dos ferrobuses de Bolivia de trocha métrica para brindar los servicios de transporte de pasajeros los cuales se encuentran en proceso de acondicionamiento. Asimismo en el año 2003 se adquirieron y adaptaron seis coches de Indonesia para brindar el servicio de transporte de lujo Hiram Bingham (ver Anexo No 2).

Cuadro No 6  
Proveedores de material tractivo y rodante

# CONFIDENCIAL

De acuerdo a información provista por la empresa Crossland<sup>27</sup>, existirían al menos tres modelos de locomotoras que pueden ser adaptadas a la ruta Sur-Oriente con relativa facilidad. El acondicionamiento que se tendría que hacer involucra: *i*) adaptarlas para trocha de 36" (914 mm), *ii*) proveerlas de ruedas de 36", *iii*) adaptarles un freno dinámico en caso las locomotoras no hayan sido usadas en cordillera y *iv*) incorporarles repuestos y accesorios necesarios para operar en alturas variables. Estas locomotoras serían de los modelos siguientes:

# CONFIDENCIAL

<sup>25</sup> La empresa EMD Motors, por ejemplo, para fabricar locomotoras de 1,100 HP (como la que se requiere para cubrir la ruta de Cusco Macchupicchu) acepta pedidos de mínimo 50 unidades pues su producción está orientada a la elaboración de locomotoras que emplean entre 4,000 y 6,000 HP (estas son las locomotoras nuevas más demandadas en la actualidad). Investment Recommended to upgrade the conditions of locomotives and rail cars for the Cusco - Machu Picchu Service. Preparado por Crossland Técnica S.A. para Perurail en Marzo de 2004.

<sup>26</sup> En el Perú por ejemplo, se encuentra la empresa CROSSLAND y GMC ENG & SERV que se encargan de asesorar y proveer a los operadores ferroviarios que deseen adquirir material tractivo y rodante para adaptarlo a las características de sus rutas.

<sup>27</sup> Información desarrollada por la empresa Crossland a solicitud de PeruRail en el 2003 para un Informe que tenía por objetivo recomendar algunas mejoras en el material tractivo y rodante de PeruRail.



001882

En síntesis, si bien no se encuentra disponible información sobre algún fabricante que pueda proveer de locomotoras nuevas (de fábrica) con las características que se utilizan en el ferrocarril Sur-Oriente, es posible obtener locomotoras con las especificaciones técnicas para la ruta Sur-Oriente a partir de la adaptación de otras locomotoras utilizando componentes que sí se consiguen en el mercado.

Si se corrigen los errores conceptuales y metodológicos del modelo financiero efectuado por INDECOPI<sup>28</sup>, se demuestra que sí es económicamente factible la entrada de un competidor vía la adquisición de material tractivo y rodante. En efecto, si se considera una inversión inicial de S/.21,1 millones (para la adquisición de 1 locomotora, cuatro coches y dos autovagones), un flujo de caja promedio de S/.5,9 millones durante todo el horizonte de proyección y una tasa de descuento de 12% (ver Cuadro No 7), se obtiene un Valor Actual Neto (VAN) de S/.5,8 millones.

En caso se incorpore un valor residual - equivalente a la perpetuidad del último año del flujo sin considerar crecimiento - se obtendría un VAN de S/.34,1 millones. Asimismo, la Tasa Interna de Retorno (TIR) del proyecto sin considerar el valor terminal asciende a 20%, lo cual demuestra que el proyecto es más rentable que otras alternativas de inversión. Ahora bien, si extendemos nuestro análisis al Flujo de Caja Financiero, el cual incorpora el desembolso y el perfil de pagos de la deuda así como el escudo tributario de los intereses, el flujo de caja promedio generado por el proyecto ascendería a S/.767 mil durante los primeros siete años, arrojando un VAN de S/.1,4 millones y una TIR de 32%. En caso se considere un valor residual, el VAN del proyecto ascendería a S/.29,7 millones. Finalmente, si consideramos un horizonte de proyección de 10 años, se obtendría un VAN Económico de S/.15 millones (TIR de 27%) y un VAN Financiero de S/.10,6 millones, (TIR de 51%) sin considerar el valor terminal.

<sup>28</sup> En la corrección del modelo de INDECOPI hemos considerado lo siguiente:

- a) La tasa de crecimiento de crecimiento empleada tanto en los ingresos como en los costos corresponde a su nivel histórico (no se determinó una tasa de crecimiento promedio como hizo el INDECOPI).
- b) Se corrigió el monto de inversión (no se adquiere 3,4 locomotoras ni 1,8 coches como el supuesto realizado por INDECOPI).
- c) Se corrigieron los costos de mantenimiento, es decir, se asume US\$ 1 por KM recorrido.
- d) Se consideraron impuestos y escudo fiscal (el INDECOPI no considera estas variables)
- e) Se corrigió el periodo de proyección (10 años y se considera perpetuidad del último flujo)
- f) Se corrigió la elaboración del flujo de financiamiento.
- g) Se descontó correctamente el flujo del negocio.





Cuadro No 7

**POTENCIAL ENTRANTE  
FLUJO DE CAJA PROYECTADO**  
(S/. miles)

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
<b>Inversión 1/</b>	<b>-21 116</b>							
<b>Ingresos</b>		17 957	18 908	19 161	19 161	19 161	19 161	19 161
Mercado		30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%
Visitantes a Machu Picchu (miles)		584	652	661	661	661	661	661
Pasajeros (miles)		1 891	1 992	2 018	2 018	2 018	2 018	2 018
Tarifa		31,65	31,65	31,65	31,65	31,65	31,65	31,65
<b>Costos</b>		9 630	10 175	10 754	10 754	10 754	10 754	10 754
Kilometros Recorridos (miles)		575	611	649	649	649	649	649
Costos de Mantenimiento		2 013	2 138	2 271	2 271	2 271	2 271	2 271
Seguros 2/		875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la Vía		6 743	7 162	7 608	7 608	7 608	7 608	7 608
Impuestos		2 498	2 620	2 522	2 522	2 522	2 522	2 522
<b>Flujo de Caja Económico</b>	<b>-21 116</b>	<b>5 829</b>	<b>6 113</b>	<b>5 885</b>	<b>5 885</b>	<b>5 885</b>	<b>5 885</b>	<b>5 885</b>
(+) Préstamo	19 278							
(-) Pago de la Deuda		-4 712	-4 712	-4 712	-4 712	-4 712	-4 712	-4 712
(-) Escudo Fiscal		-688	-616	-536	-448	-352	-245	-129
<b>Flujo de Caja Financiero</b>	<b>-1 838</b>	<b>428</b>	<b>785</b>	<b>637</b>	<b>725</b>	<b>821</b>	<b>928</b>	<b>1 044</b>

1/ Se consideró la compra de una locomotora y cuatro choches y dos autovagones.

2/ Se mantiene el supuesto del gasto en seguros realizado por la GEE.

**INDICADORES DE RENTABILIDAD**

Valor Actual Neto (VAN) Económico	5 874
Valor Actual Neto (VAN) Financiero	1 493
Tasa Interna de Retorno (TIR) Económica	20%
Tasa Interna de Retorno (TIR) Financiera	32%

En conclusión, los resultados obtenidos luego de corregir tanto los errores metodológicos como los conceptuales permiten afirmar que es rentable para una empresa operar en el tramo relevante, adquiriendo el material tractivo y rodante.

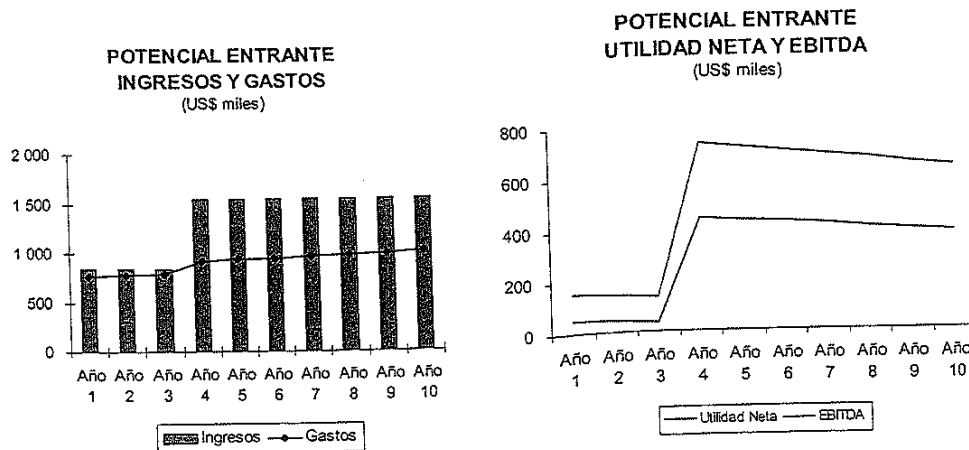
**2.3 Ingreso a través de la adquisición de autovagones:**

Una segunda alternativa consiste en ingresar al mercado de transporte de la ruta Sur-Oriente utilizando autovagones en vez de locomotoras. Esta alternativa no sólo requiere una menor inversión con relación a la compra de locomotoras, sino que

también reduce los tiempos de entrada, en tanto la fabricación y disponibilidad de estos equipos es más amplia que en el caso de las locomotoras<sup>29</sup>.

En el Anexo No 3 se presente el resumen de un modelo económico-financiero que muestra la factibilidad del ingreso de un operador de transporte a la ruta Sur-Oriente a partir del uso de autovagones. Este modelo muestra, a partir de supuestos razonables de operación, que un potencial entrante obtendría una rentabilidad en los primeros diez años de operaciones de 24,6%, realizando una inversión no mayor de US\$1 millón. Si el horizonte de análisis se extiende a treinta (30) años, y se considera que el nuevo operador está en condiciones de obtener a partir del undécimo año un flujo de caja equivalente al promedio de los últimos tres años de análisis, la rentabilidad para el nuevo operador se incrementa hasta niveles del orden del 28,4%. Es preciso resaltar que, a diferencia del modelo económico-financiero del INDECOPI, el modelo presentado no asume una estructura de financiamiento ad-hoc, sino que considera que la totalidad de la inversión se realiza con capital propio, lo cual reduce la eventual rentabilidad que se podría obtener si parte de (o toda) la inversión necesaria es financiada. De esta forma, es posible de que sí exista al menos un esquema de inversión bajo el cual podría entrar un operador de manera rentable.

Gráfico No 4  
Indicadores Financieros de Empresa Entrante con adquisición de Autovagones



<sup>29</sup> Las locomotoras que actualmente se fabrican tienen motores entre los 4000 y 6000 HP. Las que se usan en el FSO son de 1100 HP que actualmente están descontinuadas de fabricación.

### 3. ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA

001885

Como ha señalado la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, las negativas de trato deben ser sancionadas a menos que la empresa con posición de dominio demuestre que tiene una justificación comercialmente válida para dicha negativa.<sup>30</sup> Como se discutió en la sección anterior, la determinación realizada por INDECOPI de la existencia de posición de dominio por parte de FETRANS como proveedor de material tractivo y rodante para la ruta del Ferrocarril Sur Oriente es al menos cuestionable; sin embargo, con el objetivo de realizar un análisis lo más conservador posible se ha procedido a evaluar si FETRANS tuvo alguna razón comercialmente válida al negarse a alquilar material tractivo y rodante.

El análisis efectuado en este capítulo muestra que si bien FETRANS alquiló el íntegro del material tractivo y rodante que le fue concesionado a su empresa vinculada PERURAIL, el incremento de la demanda de transporte de pasajeros de la ruta Cusco Machu Picchu ha llevado a que el material originalmente concesionado resulte insuficiente. Por esta razón, PERURAIL actualmente no sólo viene utilizando la totalidad del material concesionado para la ruta del Ferrocarril Sur Oriente, sino que además se ha visto en la necesidad de adaptar material tractivo y rodante del Ferrocarril del Sur e incluso, adquirir (y adaptar) equipo importado. Siendo que no existe material tractivo y rodante disponible, concluimos que FETRANS no se ha negado injustificadamente a prestar en alquiler material tractivo y rodante, toda vez que dicha empresa (a través de su vinculada PERURAIL) viene utilizando a plena capacidad los equipos disponibles.

#### 3.1 El material Tractivo y Rodante empleado en la ruta del Ferrocarril Sur Oriente

El material que fue concesionado a FETRANS y luego alquilado a PERURAIL para brindar el servicio de transporte de carga y pasajeros se detalla en el siguiente cuadro<sup>31</sup>.

Cuadro No 8

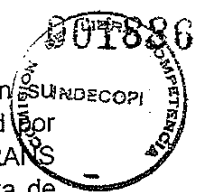
#### MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE CONCESIONADO PARA EL FERROCARRIL SUR ORIENTE

Activo	Cantidad
Locomotoras	6
Autovagones	8
Autovías	7
Coches (Pasajeros)	33
Vagones (Carga)	70

Fuente: Contrato de Concesión

<sup>30</sup> Informe 022-2003-INDECOPI/CLC Pág. 13.

<sup>31</sup> En tanto la presente controversia se refiere al servicio de transporte de pasajeros, en este documento nos centraremos en analizar el uso que se le ha dado al material empleado para brindar dicho servicio, es decir, a las locomotoras, los autovagones y los coches para el transporte de pasajeros.



Como se muestra a continuación, el material tractivo y rodante alquilado en totalidad por FETRANS a PERURAIL viene siendo utilizado a plena capacidad por dicha empresa. No resulta razonable entonces que la supuesta negativa de FETRANS se deba a un comportamiento anticompetitivo, sino simplemente a la mera falta de disponibilidad de equipos para el alquiler a nuevos operadores.

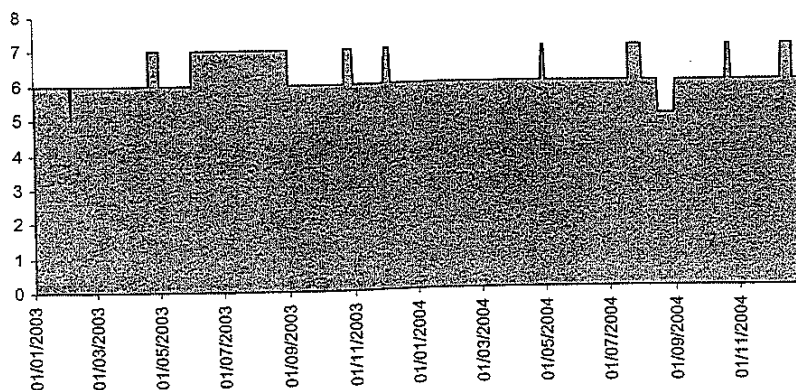
### 3.1.1 Material Tractivo

El material tractivo está compuesto por locomotoras y autovagones. Las locomotoras son empleadas para jalar indistintamente coches de pasajeros y vagones de carga. Los autovagones, en cambio, tiene tracción propia y están destinados a brindar el servicio de transporte de pasajeros *Vistadome*.

El actual operador ha destinado en promedio seis locomotoras para la ruta del Ferrocarril Sur Oriente. En algunos períodos, cuando fue necesario reemplazar alguna máquina que necesitaba ser reparada o darle mantenimiento, se destinaron hasta siete locomotoras. Las locomotoras adicionales fueron traídas del ferrocarril del Sur adaptándolas para poder operar en un ancho de trocha distinto.

Gráfico No 5

LOCOMOTORAS DESTINADAS A LA RUTA DEL FERROCARRIL SUR ORIENTE



Fuente: Ferrocarril Trasandino y Perurail

Para determinar el número de locomotoras que fueron alquiladas pero no fueron destinadas a prestar servicios de transporte de carga o pasajeros se siguió la siguiente metodología:





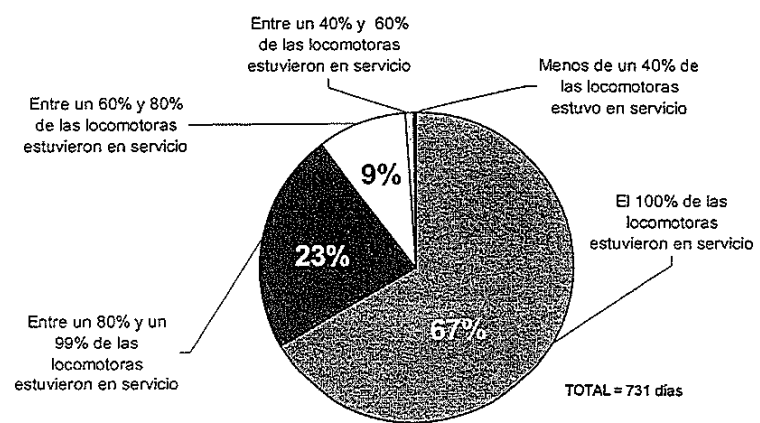


1. Se solicitó información diaria a PERURAIL sobre el uso que tuvieron las locomotoras durante los dos últimos años (731 días, desde el 01/01/03 al 31/12/04).
2. Diariamente las locomotoras fueron clasificadas como: en servicio, en reparación o disponibles. Se consideró como locomotoras en servicio aquellas que fueron empleadas para transportar pasajeros o carga<sup>32</sup> y aquellas que estuvieron en el patio<sup>33</sup>. Las locomotoras disponibles fueron aquellas que no fueron utilizadas para el servicio (es decir aquellas que no estaban siendo utilizadas para transportar carga o pasajeros y tampoco estaban realizando maniobras en patio).
3. Se separaron del análisis las locomotoras que estaban en reparación pues no podrían haber sido empleadas para brindar ningún tipo de servicio de transporte, ni tampoco en el patio<sup>34</sup>.

Los resultados obtenidos indican que el 90% de las veces (655 días de un total de 731) más del 80% de las locomotoras se encontraban en servicio. Más aún, casi un 70% de las veces todas las locomotoras fueron utilizadas y no existía ninguna disponible para alquiler.

Gráfico No 6

**PORCENTAJE DE LOCOMOTORAS EN SERVICIO Y DISPONIBLES (2003-2004)**



FUENTE: PERURAIL  
ELABORACION: APOYO Consultoría

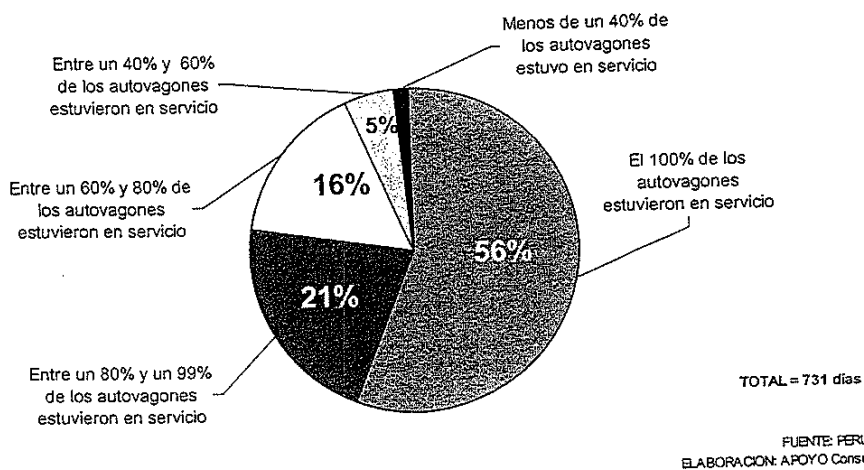
<sup>32</sup> Las locomotoras son empleadas indistintamente para transportar pasajeros o carga. Por lo tanto, una misma locomotora puede ser empleada en la mañana para transportar pasajeros y más tarde carga. Por ello no fue posible clasificar diariamente aquellas locomotoras que sólo transportaran pasajeros.

<sup>33</sup> Las locomotoras que están en patio son aquellas que han pasado el día realizando maniobras o armando un convoy (movimientos previos a la operación en la línea principal).

<sup>34</sup> En promedio sólo el 7% del tiempo las locomotoras estuvieron en reparación.

Gráfico No 8

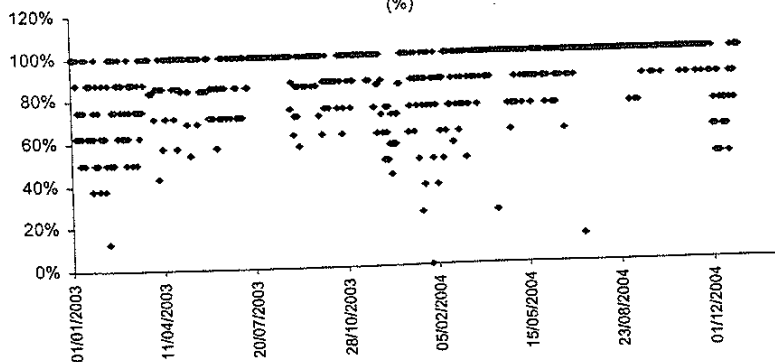
**PORCENTAJE DE AUTOVAGONES EN SERVICIO Y DISPONIBLES (2003-2004)**



Al graficar diariamente esta información, se comprueba que la mayor parte del tiempo el 100% de los autovagones estuvieron siendo operados por PERURAIL. Al igual que en el caso de los ferrocarriles, se observa que en algunos momentos el grado de ocupación de los autovagones disminuyó, pero ello se dio en períodos cortos del tiempo. En este caso el período más largo por el cual al menos un autovagón no fue usado y estuvo disponible para un eventual alquiler fue de tres semanas.

Gráfico No 9

**GRADO DE OCUPACIÓN DE LOS AUTOVAGONES QUE OPERAN EN EL FERROCARRIL SUR ORIENTE 1/ (%)**



1/ Se considera el grado de ocupación de los autovagones operativos.

Fuente: Ferrocarril Tresandino y Perurail

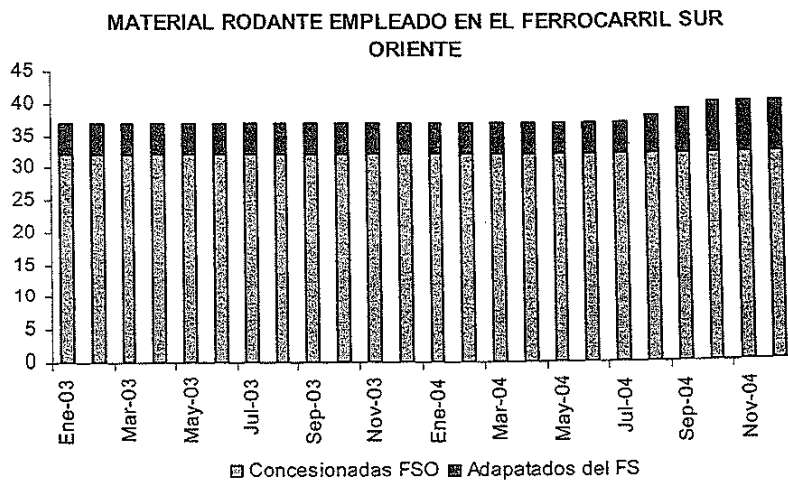
En resumen, todo el material tractivo (locomotoras y autovaganos) viene siendo actualmente utilizado por FETRANS a partir del contrato que mantiene con PERURAIL. En este contexto, no resulta razonable la hipótesis de una negativa injustificada, toda vez que se demuestra que la empresa no mantiene material disponible, que pueda ser alquilado a otros operadores.

**3.1.2 Material Rodante**

Desde la concesión del Ferrocarril Sur Oriente la demanda por el transporte de pasajeros locales y turistas en esta ruta se ha incrementado considerablemente<sup>35</sup>. Para poder satisfacer adecuadamente esta demanda se hizo necesario incrementar el número de coches que brindan este servicio. Asimismo, en este periodo ocurrieron desastres naturales que interrumpieron las vías del tren dejando aislados algunos coches que no pueden ser recuperados en el corto plazo. Por estas razones, se debió aumentar el número de coches destinados a brindar los servicios de transporte de pasajeros en la ruta del Ferrocarril Sur Oriente. Así, se trajeron en distintas oportunidades coches que fueron concesionados para la ruta del ferrocarril del Sur. Estos coches fueron adaptados según las especificaciones técnicas señaladas en el primer capítulo de este documento<sup>36</sup>.

Como se desprende del gráfico siguiente, además del número de coches inicialmente concesionado PERURAIL tuvo que trasladar coches desde el Ferrocarril del Sur. A inicios del 2003 el número de coches que había sido trasladado era cinco y a fines del 2004 se incrementó a ocho.

Gráfico No 10



Fuente: Ferrocarril Trasandino y Perurail

<sup>35</sup> Este tema será explicado con mayor detalle en la siguiente sección.

<sup>36</sup> Además, para poder incrementar la oferta Perurail también adquirió material rodante. Sin embargo, el grado de utilización del material adquirido por Perurail no será analizado pues no se trata de activos otorgados en concesión.

Para determinar si existía material rodante disponible que no viene siendo utilizado por PERURAIL se analizó por separado el grado de utilización de dicho material por parte de PERURAIL, tanto de los coches destinados al servicio de transporte local, como de los coches destinados al servicio de transporte de turistas<sup>37</sup>, siguiendo la siguiente metodología:

1. Se solicitó información a PERURAIL sobre el número de días al mes que cada uno de los coches disponibles (es decir, los coches que en el mes no estuvieron en reparación o aislados) había estado en servicio.
2. Se considero como porcentaje de utilización mensual, el cociente entre el número de días que el coche estuvo de servicio y el total de días del mes.
3. El grado de utilización de los coches para cada servicio (transporte local y transporte turístico) de los años 2003-2004 fue obtenido como el promedio simple de los porcentajes de utilización mensuales.

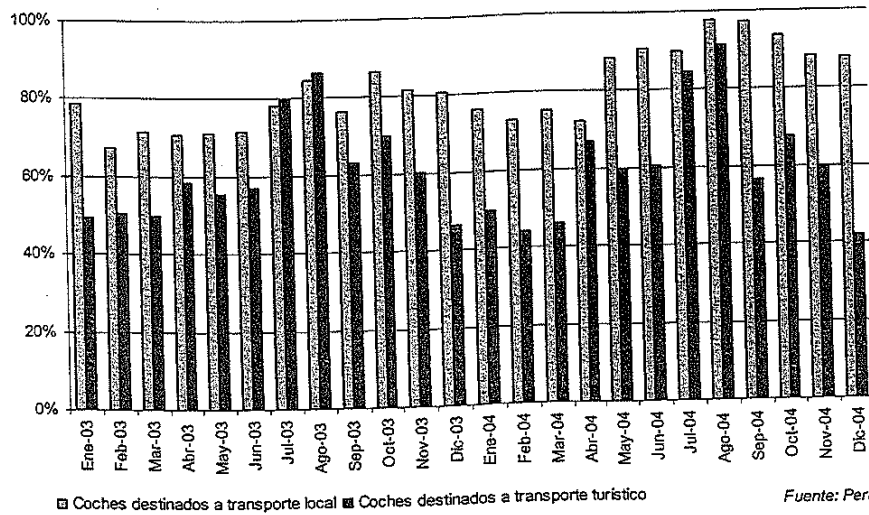
Como se observa en el siguiente gráfico, el porcentaje de utilización del material rodante por parte de PERURAIL es elevado. En el caso del servicio de transporte local, el grado de utilización del material rodante mostró una tendencia creciente. En el mes de septiembre de 2004 por ejemplo, el grado de utilización de los coches para este servicio fue 98%.

Igualmente, en el caso de los coches para el servicio turístico, se observa que durante los meses de mayor afluencia turística al Cusco (junio – septiembre) los coches son utilizados por PERURAIL casi en su totalidad. En la temporada alta del año 2004 por ejemplo, los coches fueron utilizados por PERURAIL en un 97%.

<sup>37</sup> Si bien todos los coches están destinados a brindar servicios de transporte de pasajeros, no todos los coches tienen las mismas características ni son sustituibles.

Gráfico No 11

### PORCENTAJE DE UTILIZACION MENSUAL DE MATERIAL RODANTE



En conclusión, al igual que lo que ocurre con el material tractivo, el material rodante que fue concesionado a FETRANS viene siendo utilizado casi en su totalidad por dicha empresa (a través de PERURAIL). Es más, este material ha resultado en algunos casos insuficiente y el operador se ha visto en la necesidad de abastecerse de equipos adicionales, adquiriendo coches y locomotoras y adaptándolos a las especificaciones técnicas de la ruta Sur-Oriente. Por consiguiente, la empresa no cuenta actualmente con material tractivo y rodante disponible que pueda ser alquilado a un potencial entrante.



#### 4. CONCLUSIONES

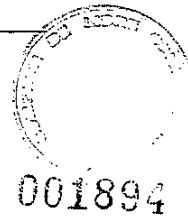
Las características económicas y tecnológicas del ferrocarril Sur-Oriente no constituyen barreras estructurales a la entrada al mercado de transporte de pasajeros. Por el contrario, el hecho de enfrentar un demanda creciente y tramos de la ruta sin competencia intermodal son factores que reducen la incertidumbre de demanda que enfrentaría cualquier nuevo entrante y por consiguiente, es un factor que debe alentar, antes que limitar, la entrada de nuevos competidores.

Si bien es cierto que el material tractivo y rodante debe cumplir ciertos requerimientos técnicos específicos de la ruta sur-oriente, ello no implica que el material tractivo y rodante que hoy existe en dicha ruta y es operado por PERURAIL sea el único disponible y que el alquiler del mismo sea la única alternativa viable de ingreso al mercado para un nuevo operador. En particular, tal como lo hemos demostrado en este documento, existe la alternativa de comprar material tractivo y rodante en un mercado secundario y adaptarlo a las características de la ruta Sur-Oriente. Alternativamente, también existe la posibilidad de ingresar al mercado utilizando autovagones en vez de locomotoras, lo que tendría la ventaja de reducir el tiempo y la inversión de entrada con relación a la alternativa (igualmente factible) de adquirir y adaptar locomotoras.

El análisis efectuado por INDECOPI para reducir el ámbito del mercado relevante únicamente al alquiler del material tractivo y rodante hoy existente en el Cusco adolece de una serie de errores conceptuales y metodológicos que lo invalidan. Si se corrige este análisis, se muestra claramente como sí resulta económica y tecnológicamente viable el ingreso de un nuevo operador con material tractivo y rodante propio.

Finalmente, aún ajustándonos a la hipótesis de que el mercado relevante estuviera constituido solamente por el alquiler del material tractivo y rodante hoy existente en el Cusco, ni FETRANS ni PERURAIL tienen material tractivo y rodante disponible para ser alquilado a terceros, toda vez que el material existente viene siendo utilizado a plena capacidad. Incluso, la empresa ha debido de adquirir (y adaptar) material para poder abastecer la creciente demanda. En este contexto, resulta claro que la supuesta negativa no tiene la intención anticompetitiva de impedir la entrada de un competidor y se justifica por razones de índole comercial, al no existir material disponible para el alquiler.





### ANEXO No 1

#### FERROCARRILES DE TROCHA ANGOSTA Y ANCHA A NIVEL MUNDIAL

Esta tabla contiene una lista de los rieles de distinta trocha que fueron o son usados alrededor del mundo. El color rojo denota a los de trocha angosta que son obsoletos. Los números entre corchetes muestran un aproximado de la máxima longitud de las líneas en kilómetros. La información ha sido recopilada del internet (<http://parovoz.com/indexe.php>)

## Trocha Angosta

001895

Distancia entre los rieles		Países
Métrica	Inglés	
<b>Trocha angosta</b>		
Las distancias menores a 300mm no son mostradas en esta tabla.		
305	1'	USA (Sonora Short Line, CA), Russia (Krasnoyarsk Child Rly)
311	1' 1/4"	UK (Fairbourne & Barmouth)
381	1' 3"	Austria (Wien [4]), France (Rhône [3]), Germany (Liliputbahnen in Stuttgart-Killesberg [2], Leipzig-Auensee [2], Dresden [6]), Japan, UK (Ravenglass & Eskdale Light Rly [11], Romney Hythe & Dymchurch Light Rly [22], Bure Valley Rly, Duffield Bank), USA (amusement parks)
385	1' 3 5/32"	Hungary (Vid?mpark in Budapest)
400	1' 3 3/4"	<b>Decauville</b>
406	1' 4"	France (first Decauville rly), Hungary (Holl?h?za porcelain works), Switzerland (brickworks)
450	1' 5 2/3"	UK (Great Laxey Mines), USA (amusement park rlys)
457	1' 6"	<b>Decauville</b>
480	1' 7"	Spain (industr. lines), apparently many other countries
483	1' 7"	UK (Woolwich Arsenal; Chatham Dockyard; Crewe Locomotive Works; Horwich Locomotive Works)
495	1' 7 1/2"	Spain (Mina Arrayanes)
500	1' 7 5/8"	UK (industr. lines), USA (Swanton Pacific) [2]
508	1' 8"	Mexico (Yucatan horse tramway)
520	1' 8 1/2"	<b>Decauville</b>
533	1' 9"	Argentina ( <i>Tren del Fin del Mundo</i> ), Colombia ( <i>Santiago Quinta tramway</i> ), France (Tam [3]), Germany ( <i>Parkeisenbahn Vatterode</i> , etc), Hungary (T?r?kszentmikl?s and Pak brick factories), Indonesia ( <i>Pagonan</i> ) [14], Russia ( <i>field railways</i> ), Spain (industr. lines), apparently many other countries
540	1' 9 1/4"	garden rlys, Australia (Gwalla logging rly in W.Aust.), Indonesia (Aneka Tambang), Philippines (Benguet Mine), UK (Brora Colliery Tramway), USA (copper mining rlys in Arizona)
540	1' 9 1/4"	Russia, Spain (industr. lines)
550	1' 9 2/3"	garden rlys
558/559	1' 10"	Sweden (horse tramways)
560	1' 10"	USA (Hunt System)
565	1' 10 1/4"	Russia (Bryansk Plant), Spain
575	1' 10 5/8"	Ireland (Guinness brewery), Dominican Rep., Mexico (El Progreso Mining Co.)
576	1' 10 5/8"	Sweden (Sandvik)
578	1' 10 3/4"	Czech Rep. (Usti n. Labem: elec., indust.)
580	1' 10 13/16"	Russia (mines)
584	1' 11"	Japan (Gumma horse rly, XIX c.)
597	1' 11 1/2"	UK (ind. lines, e.g., Dinorwic)
		Hungary (Mogyor?sb?nya, Tokodait?r?, Dorogi mines)
		UK (Penrhyn, Cornwall - ?)
		Brazil (Paulista, Mogiana, Douradense, São Paulo - Minas, Perus - Pirapora, Tramway Cantareira), UK (Welsh Highland Rly; Festiniog; Ashover; North Wales NG, Lynton & Barnstaple)



Medida		País
m	ft	
<b>Trocha angosta</b>		
600	1' 11 5/8"	Decauville Argentina, Angola [154/310], Austria (Reißeck [3]), Belarus (field rly's), Belgium (Adele, Ploegsteert, Maldegem, Thuin) [4], Bulgaria [152], Cameroon [145], Colombia (Santiago La Piramide tramway), Congo/DR [1025], Finland [2] (museum), France (Calvados) [80], Germany (field railways, Berliner Parkeisenbahn, etc), Greece (Agrinion-Krionerion, Sarakli Stavros, Volos-Milies), Hungary (Almamellék, Kemence [3/5]), Indonesia (sugar mills) [797], Italy (field railways), Japan (Chib-Ken and Narita rlys, XIX c.) Latvia, Lithuania, Peru (Cayalti [50]), Russia, Spain, Sweden (Helsingborg Råå Ramlösa, Munkedals, Stavsjö, Kosta Lessebo, Jönköping Gripenberg, Nätraby Alnaby Ålmeboda, Anneberg Ormaryd, Lindfors-Bosjön, Malma-Haggården) [197], Switzerland [2] (SATEB), Ukraine, Uzbekistan
603	1' 11 3/4"	UK (Festiniog & Blaenau Rly)
610	2'	Antigua & Barbuda [13], Australia [4000], Brunei [13], Fiji [644], Hong Kong [12] (Sha Tau Kok), India [3265/2], Indonesia (Toelangan, Kremboong) [22], Japan (Kishu Mine, Tateyama, Aso, Mamurogawa, Musashino Mura), Kazakstan (Tselinograd PRLY [2]), Russia (Dobryanka, Lysva, Chernoz), South Africa [314], South Korea (Pusan streetcars [9.5]), UK (RAF Fauld - ?, Groule Glen Rly [1], Ashover [12], London post office rly), USA (Maine, Edaville, Sandy River, Gilpin Tramway [42], Chicago Tunnel Co.), Venezuela (Bolívar [220])
615	2' 1/5"	Congo/DR [136]
620	2' 2/5"	Slovenia [2]
630	2' 2/3"	Germany (industr. rlys), Russia
635	2' 1"	Japan (Iwafune rly, XIX c.)
643	26"	Sweden (Strömsnäsbruk) [15]
650	2' 2"	Spain
660/661	2' 2"	Australia (Mount Morgan Gold Mining), Brazil (Raposos-Nova Lima tramway)
666	2' 2 7/32"	Japan (Hongo streetcars, Yamanashi horse rly; XIX c.)
670	2' 2 1/3"	Indonesia (Kadhipaten) [7]
686	2' 3"	Australia (Otway Ranges), UK (Tal-y-Llyn [11], Corris, Campbeltown & Macrihanish)
693	28"	Sweden (Kroppa, Yngs-Daglöse, Domnarvet) [28], Cuba (Simon Bolívar) [15]
700	2' 3 1/2"	Decauville Argentina, Denmark, Germany (stone mill in Bavaria), Indonesia (sugar mills, salt) [1,897], Netherlands (industrial lines), Spain
710/712	2' 4"	UK (Snailbeach [5]), Russia
716	2' 4 3/16"	Poland (Kruszwica sugar mills, 1881-1923) [40]
720	2' 4.3"	Belgium (Le Tram Zaman) [10], Indonesia (Loenggadjah, Karangsoewung, Sindanglaut) [31]
724/725	2' 4 1/2"	Russia, UK (Glyn Valley Tramway)
730	29"	Sweden (ind. lines)
737	2' 5 1/64"	Japan (Shinagawa horse rly; XIX c.)
742	30"	Sweden (ind. lines)
750	2' 5 1/2"	Argentina (Old Patagonian Express, Rio Turbio Coal), Australia (in Victoria), Belarus, Bolivia (Cochabamba tramway), Chile (Santiago Yungay tramway), Germany, Greece [22], Ecuador [180] (El Oro, Bahia-Chome), Egypt [347], Estonia, Finland [2] (museum), Indonesia (sugar mills) [223], Italy (field railways) [71], Japan (lumber lines), Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Lithuania, Norway (Urskog - Hölandsban [51]), Philippines (Benguet Mine), Poland, Russia, Sierra-Leone, Slovak Rep., Spain [43], Sweden (Glava, mining rlys), Switzerland (WB [14], funic's), Taiwan (lumber lines), Tajikistan, Turkey [246], Ukraine, Uruguay (Piriapolis [43])
753	2' 5 5/8"	Japan (Fuhoku streetcars; XIX c.)
760	2' 5.9"	"Bosnian gauge" Albania [34], Antigua & Barbuda [64], Austria [339], Bolivia [32], Bosnia, Bulgaria [245], Croatia, Czech Rep., Haiti [40], Hungary [222], Italy (Valgardena, Val di Fiemme) [29], Rumania [370], Serbia, Slovak Rep., St. Kitts & Nevis [58], Sweden (ind. lines), Ukraine (Transcarpathian lines)
762	2' 6"	Australia (Erica), Barbados (till 1900), Brazil [13], China, Cuba [150], Cyprus [113], Dominican Rep. [140], India [3265/2], Indonesia (rubber plantation; Pongkor), Japan (Kinki Nippon [27], Seibu, Kintetsu, Kurobe Valley), Mauritius [16], Mozambique [148], Nepal [52], Nigeria [213], North Korea [665], Pakistan [900], Peru (Patillos), Sierra Leone [500], South Korea (Pusan), Sri Lanka [141] (Kelani Valley Rly), UK (Welshpool & Llanfair, Pentewan; Oakhill Brewery; Alford & Sutton Tramway; Leek & Manifold; Hoo Ness Island; Chattenden & Upnor, Bowaters Paper Mill / Sittingbourne & Kemsley rly), USA (park railways in Portland, OR; mining rlys in MO, AZ, NV, CA; sugar plantations in LU), Venezuela (Maracaibo)

INDECOPI  
COMERCIO  
SEPTIEMBRE 1997

001897

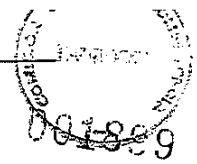
Distancia entre raíles		
Métrica	Inglés	Países
<b>Trocha angosta</b>		
785	30"+	Denmark, Poland/Germany (Slesia [188])
787	2' 7"	Finland, Germany (Broelthal), Sweden (Kroppa)
791	2' 6.9"	Denmark (Faxe Jernbane)
792	32"	Sweden (horse tramways, lumber yards)
794	2' 7 1/4"	UK (Neath Abbey)
800	2' 7 1/2"	Belgium (indust. lines), Brazil (Santos, Itatinga tramways), Georgia, Germany [2] (Museumsfeldbahn Leipzig-Lindenau e.V.), Spain (industr. lines) Switzerland (WAB [19], PB [5], BRB [8], MG [9], MTGN [10], BOB [7], funic's), UK (Snowdon Mountain [8]), Ukraine
802	2.7"	Sweden (Hällefors-Fredriksberg, Bredsjö-Degerfors, Voxna-Lobonäs) [222]
813	2' 8"	UK (Neath Abbey, Levensat - ?)
820	2' 8 1/4"	Brazil (Rio de Janeiro Carris Urbanos tramway)
826	2' 8 1/2"	UK (Volks Electric Rly [2]; Brighton & Rottingdean)
838	2' 9"	Japan (Kamaishi iron rly; XIX c.), Sao Tome, UK (Seaton Tramway)
850	2' 9 1/2"	Italy (Porlezza-Menaggio [12], Ponte Tresa Italia - Luino [12]), Sweden (ind. lines)
864	2' 10"	UK (John Brogden & Sons, Bridgend)
875/876	2' 10 1/2"	Russia, UK (Cornwall - ?)
880	2' 11 1/64"	Germany [20] (Bernau), Japan (Nakaya Ryokan, 1960)
884/885	35 3/4"	Russia Demidoff's Mining & Iron Works(), Sweden (horse tramway)
889	2' 11"	UK (London Brick Co., Hunts)
891	36"	"Swedish Three Feet Gauge" Norway (Spitsbergen) [2], Russia, Sweden (museum + commercial) [3024]
900/901	2' 11 1/2"	Australia (Victoria), Austria (Linz trams), China (mines) [18+], Germany (Doberan, Borkum Light Rly), Iceland, Indonesia (Tjoekir) [19], Ireland (Cork trams), Portugal (Lisboa and Braga trams), Sweden (Kiruna mines), Switzerland (funic's), UK (Butterworth & Brooks - ?), Ukraine (Kiev funic. [0.27]), USA (Detroit streetcars)
910	2' 11 1/2"	Spain (Soller), Uruguay [42]
914	3'	Azerbaijan (Shusha), Colombia [3236] (Medellin, Pereira), Cuba [91], El Salvador [602], Georgia (Bakuriani) [37], Guatemala [1019], Guyana [187], Honduras [277], Indonesia (Freeport mine), Ireland [158+], Isle of Man (Manx Electric Rly [29], Isle of Man Rly) [48], Japan (Otaru, Koiwai farm tramway, Kyushu railways), Mexico (Pachuca), New Zealand (Dun Mountain Rly), Norway (Spitsbergen), Panama [160], Peru [300], Philippines (Corregidor tramway [11]), Singapore, UK (Douglas Horse tram / Isle of Man; Ulster TA [68]; Londonderry & Lough Swilly [50]; Marland; Ravenglass & Eskdale; Strabane & Letterkenny [32]; Southwold), Ukraine (Skvira), USA (White Pass & Yukon; Hawaii; Cumbres & Toltec; Durango & Silverton; Denver & Rio Grande; Sumpter Valley), Venezuela [184] (Carenero, La Ceiba, La Guaira, Macuto)
915	3'	Ireland (Ballymena, Cushendall & Red Bay), Spain (Palma-Soller [32], Irun-Elizondo [56])
925	3' 0.4"	Germany (Chemnitz tramway)
950	3' 1.4"	Eritrea [307], Italy [2557] (Sardegna, STEFER/Rome, many other rlys), Libya [165]
955	3' 1.6"	Switzerland (funic's),
964	3' 2"	Russia (Nytva)
972	3' 2 1/4"	UK (Dorking Greystone Lime Co.)
978	3' 2 1/2"	UK (New British Iron Co.)
988	3' 2.9"	Switzerland (funic's),
990/991	3' 3"	Egypt [11], Russia, UK (Contractor)

001898

### Trocha Métrica

Distancia entre los rieles		Países
Métrica	Inglesa	
<b>Trocha Métrica</b>		
1 000	3' 3 3/8"	Algeria [256], Argentina [9860] (Belgrano Cargas, Ferrovias, SEFEChA, Mendoza, Salta, Jujuy, ONABE), Austria [16], Bangladesh [1914], Benin [578], Bolivia [3652] (Oriental, Andina, Antofagasta-Bolivia, Arika-La Paz), Brasil [24864], Burkina Faso [620], Cambodia [612], Cameroon [858], Chile [3642], China [600], Colombia (Ferrocarril de Girardot), Congo/DR [125], Cote d'Ivoire [650], Denmark (Skjoldenaesholm museum, Skagensbanen, Horsens-Trørring, Bornholm, etc., Aarhus tramway, Kolding-Egtved 1898-1930, Horsens-Bryrup, Haderslev Amts, Aabenraa Amts, Als Amts), Djibouti [97], Ethiopia [474], Finland [75] (Helsinki tramway), France [720], Germany [800] (Brotalbahn), Gibraltar, Greece [892], Guadelupa [2], Guinea [806], Hungary (Borsodn?dasdi, Di?sgy?r, Percesi; Szombathely streetcars), India [14766], Indonesia (oil fields), Italy (trams and small rlys) [263], Kenya [2040], Latvia (Hasenpoth) [50], Lithuania (Memel, Tilsit) [115], Madagascar [1020], Malaysia [1800], Mali [642], Malta, Mexico (San Luis Potosi), Myanmar [3878], New Zealand (Wellington cable car [0.6]), Norway (Thamshavn, museum [26]; Grakallbanen), Pa

# Trocha Ancha



Medida		Trocha Ancha	
mm	inglas		
1 003	3' 3 1/2"	UK (Furness Mining Co.)	
1 009	3' 3 3/4"	Bulgaria (Sophia streetcars)	
1 016	3' 4"	USA (Splint Jellico Coal Co., Elk Valley Coal & Coke Co.), Venezuela (Santa Barbara [59])	
1 029	3' 4 1/2"	Australia (Rubicon Forest, 1907-50), UK (Hudson & Co)	
1 039	42"	Sweden (ind. lines)	
1 050	3' 5 1/4"	Israel (Hedjaz Rly), Jordan [789] (Hedjaz Rly, Aqaba Rly), Lebanon, Saudi Arabia (Hedjaz Rly), Syria [232], Turkey [42]	
1 054/1 055	3' 5 1/2"	Algeria [1081/1188], UK (Associated Portland Cement Co)	
1 060	3' 5 3/4"	Spain [1628]	
1 067	3' 6"	"CAP, or Cape, gauge" Angola [2781/2879], Australia [16307], Barbados (1900-1937), Belgium (SNCV), Botswana [712], Canada [1120] (Newfoundland, Toronto & Nipissing, etc.), Chile (Tocopilla, Taital), China (Taiwan) [4600], Congo [797], Congo/DR [3968], Costa Rica [950] (San Jose), Dominican Rep., Ecuador [965] (Quito), Estonia [39] (Tallinn tramway), Ghana [953], Guyana [29], Haiti [180], Honduras [508], Hong Kong (tram) [16], Indonesia [6389], Isle of Man (Snaefell Mtn Rly) [8], Japan [25315], Liberia [152], Malaysia (Penang streetcar [21]), Malawi [789], Mozambique [3140], Namibia [2341], Netherlands (RTM Interurban, Arnhem), New Zealand [4716], Nicaragua [373], Nigeria [3505], Norway (Sulitjelmbanen, etc), Panama (Panama City), Peru (Arequipa), Philippines [378], Russia (Sakhalin, Livny), Sierra Leone (Marampa) [84], South Africa [20324], South Korea (Pusan streetcars [9.5]), Sri Lanka (Colombo), Sudan [4800], Swaziland [297], Sweden (the Blekinge system, Sundsvall-Torpshammar, Matfors-Vattjom, Utsjö) [608], Tanzania [960], UK (East Cornwall; Caldon Low Quarries; Severn & Wye; Wolverton & Stony Stratford Tramway; Sou	
1 090	3' 7"	UK (Middleborough Tram)	
1 093	3' 7 1/32"	Sweden [58] (Köping - Uttersburg - Riddarhyttan)	
1 100/1 101	44"	Belgium (Antwerp - Ghent), Brazil (Rio de Janeiro Santa Teresa streetcars; Cantagalo), France (Paris - Orleans, Mont Cenis), Germany (tramway: Braunschweig, Kiel, Lübek), Italy [47] (Varese), Sweden (Frykstad, Kristinehamn-Sjöändan) [19], UK (Fell)	
1 106	3' 7 1/2"	Austria (Linz-Gmunden), Sweden (Frykstad)	
1 118	3' 8"	New Zealand (Napier trams [7]), UK (Sidmouth Harbour Co.)	
1 130	3' 8 1/2"	Canada (Portage Rly)	
1 143	3' 9"	UK (Colin Dunlop, Broseley wagonway - wooden)	
1 149/1 150	3' 9 1/4"	Spain (Sestao Galdames [32]), Switzerland (funic's), USA (Arcata & Mad River)	
1 160	3' 9 2/3"	Russia, Spain (Bilbao River & Cantabrian [22])	
1 168	3' 10"	UK (Butterley Co)	
1 170	3' 10"	Martinica [1]	
1 188	48"	Indonesia (Jakarta tram) [40], Sweden (Norberg-Amänningen, Vässman-Barken, Åtvilaberg-Bersbo) [45]	
1 200	3' 11 1/4"	Italy (Genova-Granarolo) [81], Switzerland (Rheineck-Walzenhausen)	
1 217	4'	Sweden (Hudiksvall, Söderhamn, Borås, Uddevalla-Vänersborg-Herijunga) [165]	
1 219/1 220	4'	India (Nalhati-Azimganj), New Zealand (Gisborne and Wellington trams [58]), Russia (Kalatinsky factory, the Urals), Spain (Tharsis Rly [46], Canars), UK (Glasgow Subway [10], Surrey Iron Rly*, Padarn Rly, Redruth & Chacewater rly; Stratford & Moreton Tramway; Kilmarnock & Troon, trams), USA (Honolulu, Canton, Laredo, Pueblo, San Antonio, Springfield, Delaware and Hudson)	
1 245	4' 1"	USA (Keweenaw Peninsula) <	
1 270	4' 2"	UK (Peak Forest Tramway)	
1 321	4' 4"	UK (Penydarren, Fordell)	
1 350	4' 5 1/8"	Brazil (Santos)	
1 365	4' 5 3/4"	Brazil (Rio de Janeiro Sao Cristovao streetcars), Spain (Bilbao streetcars [80])	
1 372/1 375	4' 6"	Japan (Hakodate, Yokohama, and Tokyo streetcars; Keio, Shinjuku Tokyo metro [24], Tokyu Setagaya Line, Tokyu Express Rly [5]), Spain, UK (early Scottish rlys)	
1 391	4' 6 3/4"	Japan (Akita streetcars; XIX c.)	
1 410	4' 7 1/2"	USA (Mt. Washington)	
1 416	4' 7 3/4"	UK (Glasgo area tramways)	
1 422	4' 8"	New Zealand (Dunedin trams [62]), UK (Liverpool & Manchester)	
1 432	4' 8 3/8"	Algeria [4290], Hong Kong (MTR [87]), UK (London tube)	

001900

Distancia en metros (feet)		Países
Medida mm	inglesa	
<b>Trocha Ancha</b>		
		<b>"Standard (Stephenson) gauge"</b>
1 435	4' 8 1/2"	Albania [670], Argentina [2900] (APL, Metrovias, ONABE), Australia [17621], Austria [5394], Belarus [60], Belgium [3568], Brazil (Amapá, Jari), Bulgaria [4055], Canada [77387], Chile [150], China [70000], Colombia [150] (Medellin Metro), Croatia [2592], Cuba, Czech Rep. [9434], Denmark [2770], Dominican Rep. [375], Egypt [4763], France [34322], Gabon [649], Germany [44770], Greece [1565], Guinea [239], Guyana [110], Hong Kong (KCR, tramway, Ma On Shan [110]), Hungary [7508], India (Calcutta Tramways Co), Iran [5240], Iraq [2457], Ireland (Dublin & Kingstown), Israel [700], Italy [18166], Jamaica [294], Japan (Shinkansen [2503], Keisei Elec. Rly [83]; Shin-Keisei; Hokusou Kaihatsu; Keihin Kyuko; Tokyo Subway: Marunouchi, Ginza, and Asakusa Lines; Kintetsu [200]; Keihan; Hankyu; Hanshin; Nishi Nippon; Hakone Tozan), Lebanon, Liberia [328], Liechtenstein [19], Lithuania [16], Luxembourg [272], Malaysia (LRT) [56], Mauritania [690], Mauritius [170], Mexico [26612], Monaco [2], Morocco [1893], Netherlands [2828], New Zealand (tram
1 440	4' 8.7"	Austria (Viennese tramway) [300], Brazil (Amapa), France (Metro Paris?), Germany (Rostock and Munich trams), Spain (Ferrocarril de Langreo en Asturias [64])
1 445	4' 8.9"	Italy (the majority of trams), Spain (Madrid Metro)
		<b>"Compromise" gauge</b>
1 447/1 448	4' 9"	USA (New Jersey & Ohio, Pennsylvania Rly), UK (Lancashire)
1 450	4' 9"	Germany (Dresden tramway)
1 458	4' 9.1"	Germany (Leipzig tramway)
1 473	4' 10"	USA (Camden & Amboy, New Jersey & Ohio, many more...)
1 495	4' 10 7/8"	Canada (Toronto subway and streetcars)
		<b>"Russian gauge"</b>
1 520/1 524	5'	Afghanistan [12] (Khairaton, Torgundi), Armenia [830], Azerbaijan [2090], Belarus [5488], Estonia [1030], Finland [5924], Georgia [1570], Germany [40] (Rügen is.), Hungary [35], Kazakhstan [14460], Kyrgyzstan [370], Latvia [2400], Lithuania [2100], Moldova [1318], Mongolia [1750], North Korea [10], Panama [78], Poland (LHS) [397], Rumania [45], Russia [158100], Slovak Rep., Sweden (Haparanda) [2], Tajikistan [480], Turkey [123], Turkmenistan [2120], Ukraine [23350], USA (south-eastern rlys), Uzbekistan [3460]
1 524	5'	Hong Kong (peak tram) [1.4]
1 549	5' 1" (5' ?)	UK (London & Blackwall, Eastern Counties Rly, Northern & Eastern Rly) [130]
1 575/1 576	5' 2"	Ireland (Dublin & Drogheda), USA (Columbus, Norfolk, Trenton, Philadelphia streetcars)
1 581	5' 2 1/4"	USA (Baltimore [21] and Philadelphia streetcars; Wilmington)
		<b>"Pennsylvania Trolley gauge"</b>
1 588	5' 2 1/2"	USA (Pittsburgh, Philadelphia, and New Orleans streetcars)
		<b>"Irish gauge"</b>
1 600	5' 3"	Brazil [4290], Australia (Victoria, South Australia) [7970], Germany ( <i>Badische Staatsbahn</i> ), Ireland [2810], New Zealand, UK (Northern Ireland) [330], USA (Altoona)
1 638	5' 4 1/2"	USA (Baltimore)
1 645	5' 4 3/4"	Russia (Cherepanovs' loco)
		<b>"Iberian gauge"</b>
1 668/1 674	5' 5 2/3"	Austro-Hungary, Portugal [2613], Spain [11791]
		<b>"Indian gauge"</b>
1 676	5' 6"	Argentina [18829] (ALL-Central, Nuevo Central Argentino, Ferrosur Roca, Ferrosreso Pampeano, Tren Patagonico, TBA, Metropolitano, TMS, Ferrobaires, ONABE), Bangladesh [978], Canada, Chile [3974] (EFE, FEPASA, tramways in Santiago and Valparaiso), India [59865], Iran [92], Pakistan [7718], Paraguay (Asuncion - Encarnasion, till 1911 [440]), Sri Lanka [1948], UK (Arbroath & Forfar), USA (BART, Missouri Pacific, Texas railroads [760])
1 680	5' 6 1/8"	Brazil (Maua-Fragoso, 1854)
1 740	5' 8 1/2"	USA (Gualala Lumber Company/CA)
1 760	5' 9 1/4"	Indonesia
1 800	5' 10 7/8"	Germany (Obsfelderschmiede - Lichtenhain funicular)
1 829	6'	Russia (St.-P.-Pavlovsk), USA (Erie & Lackawanna; Atlantic & Great Western RR; Ohio & Mississippi RR)
1 880	6' 2"	UK (Ulster Rly)
1 945	6' 4 5/8"	the Netherlands (1839-64)
2 000	---	UK (CaimGorm Mountain Railway)
2 134	7'	the Azores
2 140	7' 1/4"	UK (GWR [1712])
2 440	8'	USA (logging RLY in Oregon, 1880s)
2 743	9'	Japan (Kyoto-Lake Biwa Canal funicular)
3 000		Germany (Hitler's project; never built)



001901

**ANEXO No 2**  
**EL CASO HIRAM BINGHAM**

001902

En Julio del 2003, FETRANS comunicó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que PERURAIL había adquirido material tractivo y rodante destinado a brindar el servicio de lujo Hiram Bingham entre Poroy y Puente Ruinas. El material adquirido se detalla en el siguiente cuadro:

Tipo de Activo	Cantidad
Coches con Compartimientos	1
Coche Comedor	2
Coche Car	1
Coche Bar	1
Coche Cocina	1

Fuente: Perurail

Estos coches fueron traídos desde Indonesia y estaban diseñados para operar en una trocha de 1000 mm. Por ello era necesario realizar una serie de adaptaciones como cambiar los boguies, cambiar el motor de tracción, adaptar las ruedas entre otros.

En un primer momento la adaptación de ruedas fue hecha desplazando cada rueda a lo largo del respectivo eje y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones expresó lo siguiente:

*“...Los truques de los coches eran para trocha de 1000 mm. y se han convertido a trocha de 914 mm. efectuando corrimientos de las ruedas, sin cambiar los ejes. Esta práctica no es recomendable ya que el cubo de la rueda queda sin contacto con el asiento del eje en aproximadamente 1”. La regla 1D5 del Manual of Standard and Recommended Practices, Sección G parte II de la AAR señala que se puede hacer un chaflán de 1/8” a 3/8”, es decir esta pequeña dimensión estará sin contacto con la superficie<sup>38</sup>....”*

Como se desprende la respuesta del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, las adaptaciones de material tractivo y rodante son una práctica conocida y aceptada por las autoridades peruanas. Para dicha entidad está claro que el material adaptado es aceptado siempre y cuando cumpla con los estándares establecidos por la AAR (Association of American Railroads). Al respecto, la obligación de los operadores es que el material que emplean cumpla con los estándares y procedimientos señalados<sup>39</sup>, no están obligados a adquirir el material de la misma trocha. El problema en este caso no era si PERURAIL había adaptado o no material de un ancho de trocha distinto al peruano sino si lo había hecho adecuadamente.

Incluso, posteriormente un consultor contratado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones recomendó cómo mejorar esta adaptación señalando que resulta conveniente cambiar los ejes. Debe notarse que nuevamente la discusión en este caso

<sup>38</sup> Memorandum N° 005 – 2003 – MTC / 14.05.FGF.

<sup>39</sup> Directiva N° 06-2004-MTC/14 Aplicación de Estándar de Seguridad para Ferrocarriles, en vías de trocha angosta. MTC.



gira en torno a cómo mejorar la adaptación entendiéndose que se trata de un procedimiento reconocido y aceptado.

001903

*"Para conseguir estos requisitos de la AAR, se recomienda que el operador compre ejes nuevos con un diseño que mantenga las dimensiones de los ejes de trocha de 1000 mm, pero cambiando la dimensión entre los asientos de rueda, reduciendo la dimensión actual de los ejes de trocha de 1000 mm por 86 mm, 43 mm de cada lado del centro del eje. Luego se montan las ruedas de los coches nuevos en los ejes nuevos de acuerdo a procedimiento reglamentado por la AAR<sup>40</sup>..."*

En conclusión, una alternativa económica y técnicamente viable para un operador que desee hacerse de material tractivo y rodante para operar en la ruta de Cusco-Machu Picchu es adquirir este material usado proveniente de otros ferrocarriles del mundo y adaptarlo. El material tractivo y rodante para ser adaptado puede conseguirse en un mercado secundario a nivel mundial. Esta es una práctica usual y conocida por las autoridades peruanas y los principales agentes involucrados en el negocio ferroviario.

<sup>40</sup> Informe de John W. Wright. Para la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles – Dirección de Fiscalización Vial. Lima 25 de octubre de 2003



001904



**ANEXO No 3**

**MODELO DE ENTRADA CON ADQUISICIÓN DE AUTOVAGON Y COCHES DE PASAJEROS**

001905

**CONFIDENTIAL**

RESUMEN NO CONFIDENCIAL

001906



a) Información de proveedores.

En esta parte del informe se muestra un cuadro con diversas empresas que comercializan material tractivo y rodante y sus referencias comerciales.

b) Información sobre posibles locomotoras que pueden ser utilizadas en la ruta Sur - Oriente.

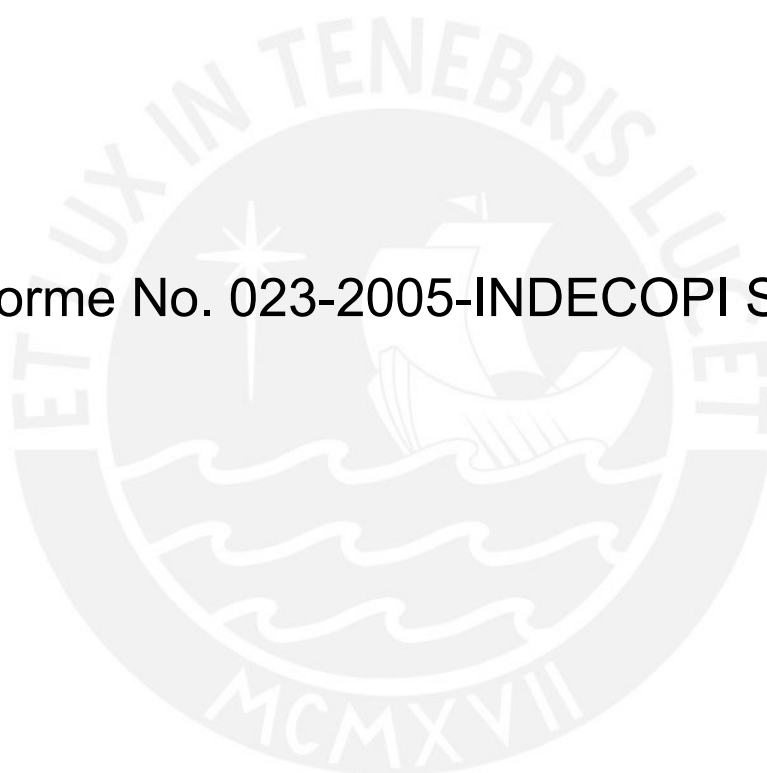
En este caso, se indican los modelos de locomotoras que pueden ser utilizadas por un posible competidor en la ruta Sur – Oriente, incluyendo sus costos y los de su adaptación.

c) Información sobre el modelo económico-financiero de entrada con autovagones.

Se muestra un Estado de Ganancias y Pérdidas proyectado a diez años de una posible empresa operadora que adquiere material tractivo y rodante.

5.

10. Informe No. 023-2005-INDECOPI ST-CLC



**INFORME N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC  
(VERSIÓN PÚBLICA PARA LAS PARTES)**

EXP. SUSTENTADO  
Fecha 09-07-09

A : **Miembros de la Comisión de Libre Competencia**

DE : **Hugo Gómez Apac**  
Secretario Técnico

ASUNTO : Presunto abuso de posición de dominio en el que habría incurrido la empresa Ferrocarril Transandino S.A., concesionario del Ferrocarril Sur - Oriente (Tramo Cusco - Machupicchu - Hidroeléctrica).

FECHA : 13 de junio de 2005

EXP. SUSTENTADO  
Fecha 22.06.12

**PREÁMBULO**

El presente informe técnico recoge el análisis de los medios probatorios recabados en la etapa de instrucción del procedimiento administrativo seguido bajo los Expedientes (acumulados) números 010 y 012-2004/CLC (en adelante, el Expediente), relativo a la denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en lo sucesivo, Fersimsac) y a la investigación de oficio iniciada por la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) contra Ferrocarril Transandino S.A. (en lo sucesivo, Fetrans) por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de trato discriminatorio o negativa injustificada en el alquiler de material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur - Oriente (en adelante, el FSO).

	Pág.
I. ANTECEDENTES	3
II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN	13
III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN	13
3.1 Marco Teórico	13
3.1.1 Propiedad, contratación y libre competencia	13
3.1.2 La determinación del mercado y la posición de dominio	15
3.1.3 El abuso de la posición de dominio	15
3.1.4 Negativa injustificada de trato	17
3.1.5 Barreras a la entrada: barreras estratégicas	26
3.1.6 La integración vertical	28
3.1.6.1 Definición y características de la integración vertical	28
3.1.6.2 Costos y beneficios de la integración vertical	29
3.1.6.3 Efectos anticompetitivos de la integración vertical	31
3.2 Marco Normativo. La reforma del sector ferroviario	34



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



3.2.1	El Decreto Legislativo N°690 y el Decreto Supremo N° 017-99-MTC	34
3.2.2	El transporte ferroviario	38
3.2.2.1	Modelos de organización del transporte ferroviario	40
	a) El modelo de integración vertical	42
	b) El modelo de acceso competitivo	43
	c) El modelo de separación vertical	43
3.2.2.2	Competencia intermodal e intramodal	45
3.2.3	La lógica del proceso de privatización en el sector ferroviario peruano	46
3.2.4	El contrato de concesión	52
<b>3.3</b>	<b>Análisis de los Hechos</b>	59
3.3.1	Análisis de la relación vertical entre Fetrans y Perurail	59
3.3.2	El mercado relevante	67
3.3.2.1	El servicio relevante	71
3.3.2.2	El mercado geográfico	79
3.3.3	La posición de dominio de Fetrans	82
3.3.4	Análisis de las conductas investigadas	85
3.3.4.1	Negativa injustificada de alquiler del material	85
	(i) Existencia de la negativa	85
	(ii) Justificación de la negativa	88
	(ii.1) Primera interpretación	89
	(ii.2) Segunda interpretación	98
	(iii) Evaluación de la negativa	105
	(iv) Precisiones adicionales	108
<b>IV.</b>	<b>DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN</b>	109
	a. La potestad sancionadora de la comisión	111
	b. Cálculo de la multa	112
	b.1) El "primer mejor" de estimación de la cuantía de la multa	113
	b.2) El "segundo mejor" de estimación de la cuantía de la multa	117
<b>V.</b>	<b>MEDIDAS CORRECTIVAS</b>	123
	(i) Negociación	126
	(ii) Arrendamiento del 50% del material	127
	(ii.1) Un operador de transporte ferroviario solicita el material	127
	(ii.2) Dos o más operadores de transporte ferroviario solicitan el material	128
	(iii) Arrendamiento de menos del 50% del material	129
	(iv) Conclusión de la presente sección	129
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIONES Y RESOMENDACIONES FINALES</b>	129





I. ANTECEDENTES

1.1. Expediente N° 010-2004/CLC

1. Mediante escrito del 27 de agosto de 2004 Fersimsac denunció a Fetrans por abuso de posición de dominio y "monopolio" del transporte ferroviario en la ruta Cusco – Machupichu – Hidroeléctrica.

Fersimsac sustentó su denuncia principalmente con los siguientes argumentos:

- (i) La empresa denunciada le ha causado un serio perjuicio económico al haberse negado reiteradamente a atender su solicitud de alquiler del material tractivo y rodante entregado por el Estado (en lo sucesivo, el Material<sup>1</sup>) como parte de los bienes de la concesión del FSO.
- (ii) Mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002 el MTC otorgó a Fersimsac permiso de operación para el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.
- (iii) A efectos de cumplir con lo dispuesto en la referida resolución, se iniciaron las negociaciones con Fetrans para la suscripción del contrato de acceso a la línea férrea. No obstante, dicha empresa dilató el tiempo para la firma del referido contrato, motivo por el cual el MTC declaró la caducidad del permiso de operaciones de Fersimsac.
- (iv) Fersimsac solicitó a Fetrans el alquiler de parte del Material. No obstante, esta empresa contestó que no existía disponibilidad de dicho Material toda vez que lo tenía arrendado a en la modalidad de negativa injustificada (o trato discriminatorio) (en adelante, Perurail).
- (v) En ese sentido, Fersimsac inició las acciones pertinentes ante el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN (en lo sucesivo, Ositran) a efectos de que se ordene a la concesionaria cumplir con su obligación de "Equidad en Servicios", es decir, la obligación de tratar a todas las empresas que soliciten sus servicios de forma equivalente, contenida en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión).
- (vi) Consecuentemente, el argumento utilizado por Fetrans constituye una flagrante infracción al principio de "Equidad de Servicios", pues niega la posibilidad de que se alquile parte del Material a Fersimsac, el cual es de propiedad del Estado y no del concesionario, beneficiándose con ello únicamente a Perurail, empresa vinculada a Fetrans.

2. El 17 de noviembre de 2004 la Comisión emitió la Resolución N° 074-2004-INDECOPi/CLC por medio de la cual resolvió:

<sup>1</sup> En el Anexo N° 1 que forma parte integrante del presente informe se detalla el Material concesionado a Fetrans que opera en el FSO.



**Primero:** Admitir a trámite la denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A., de acuerdo a los siguientes términos:

- (i) Por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente.
- (ii) Que tales hechos configuran supuestos de infracción contemplados en los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y al trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.
- (iii) Que tales supuestos de infracción son susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

**Segundo:** Acumular el presente procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 010-2004/CLC al procedimiento administrativo iniciado de oficio contra Ferrocarril Transandino S.A., tramitado bajo el Expediente N° 012-2004/CLC.

3. El 23 y 24 de noviembre de 2004 mediante Cédulas de Notificación números 786 y 785-2004/CLC-INDECOP esta Secretaría Técnica notificó a Fersimsac y Fetrans, respectivamente, la Resolución N° 074-2004-INDECOP/CLC.
4. Mediante escrito del 5 de enero de 2005 Fetrans formuló sus descargos a los hechos imputados mediante la resolución mencionada en el párrafo anterior.

Los principales argumentos esgrimidos por Fetrans son los siguientes:

**(i) La denuncia de Fersimsac**

- 4.1 Fersimsac no ha señalado cuál es el mercado, en términos de producto y zona geográfica relevante, en el que Fetrans tendría posición de dominio. En ese sentido, resulta cuestionable que la Comisión admita a trámite la denuncia de Fersimsac señalando que los hechos denunciados son los mismos a los que dieron origen al procedimiento de oficio.
- 4.2 Lo anterior es importante si se toma en consideración que las denuncias por prácticas anticompetitivas sólo deben admitirse a trámite si existen indicios razonables que evidencien la comisión de la conducta ilícita.

**(ii) Sobre la propiedad de los bienes de la concesión**

- 4.3 Fersimsac ha señalado que el Material es propiedad del Estado, haciendo referencia a que por esta razón se justificaría su uso compartido, "colectivo" o "comunitario".







- 4.4 Cabe señalar que cuando el Estado otorga una concesión, el titular de ésta se obliga a pagarle una retribución por la explotación de los bienes de la concesión así como a invertir en su mejora. Luego del término de la concesión, los bienes y sus mejoras serán devueltos al Estado.
- 4.5 En ese sentido, el concesionario adquiere el derecho a la explotación económica de los bienes, pudiendo ejercerlo con plena libertad de decisión comercial, salvo en los aspectos regulados en el Contrato de Concesión y en las normas expedidas por Ositran. Por tanto, la regla es la libertad de decisión comercial, mientras que la excepción son las restricciones a esa libertad.
- 4.6 En virtud de la libertad de decisión comercial, Fetrans puede alquilar el Material en las condiciones que considere conveniente. Por ello, la propiedad estatal o privada del Material resulta irrelevante a efectos de definir si un bien es de acceso obligatorio o no.
- 4.7 Existen bienes de titularidad del Estado que son de uso público, pero tal uso no se da por su condición de bien estatal sino por la propia naturaleza del bien que tiene carácter de facilidad esencial (v.g. el acceso abierto a la vía férrea y a las estaciones).
- 4.8 En consecuencia, existen dos clases de bienes dados en concesión a Fetrans. Primero, los bienes de uso público constituidos por la infraestructura ferroviaria que están sujetos a tarifas tope por concepto de acceso. Segundo, los bienes que no son infraestructura esencial, por lo que no se encuentran regulados y la renta que se cobra por ellos es libre. En estos últimos bienes no se aplican los principios regulatorios de equidad, neutralidad o no discriminación, pudiendo denegarse su uso a menos que se tenga posición de dominio, situación que no se da en el caso de Fetrans.

**(iii) Interpretación del numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión**

- 4.9 El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN<sup>2</sup> (en adelante, el REMA), no incluye los materiales tractivo y rodante de los distintos concesionarios por cuanto dicho recurso no constituye infraestructura de uso público.
- 4.10 La obligación o no de alquilar determinado material debe ser analizado bajo el marco del Decreto Legislativo 701 y no bajo los alcances del principio de no discriminación contenido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión. Ello por cuanto a la autoridad de competencia no le compete sancionar a una empresa por violar el referido contrato o incumplir un principio regulatorio.

<sup>2</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de setiembre de 2005.

<sup>3</sup> En la exposición de motivos del Reglamento, el Ositran abrevia el referido dispositivo como REMA.





Al incluir al Material dentro de los alcances del principio regulatorio de no discriminación se le está dando el mismo tratamiento que a la línea férrea (infraestructura de uso público sujeto al REMA)

**(iv) Aplicación de principios regulatorios**

- 4.11 Los principios regulatorios tales como el principio de neutralidad y de no discriminación aplicables a las actividades sujetas a regulación, rigen la actuación del regulador y no la de la agencia de competencia.
- 4.12 Por tanto, se está pretendiendo que el Indecopi regule, vía la aplicación de la legislación de competencia, un bien que no está sometido a regulación económica.

**(v) El mercado relevante y las conductas imputadas**

- 4.13 Con relación al mercado relevante y al análisis de las conductas imputadas, cabe remitirse a los argumentos expuestos por Fetrans en su escrito del 19 de noviembre de 2004, presentado en el procedimiento tramitado bajo Expediente N° 012-2004/CLC (antes de haber sido acumulado).
- 4.14 Los argumentos sobre el mercado relevante son descritos en el inciso (iii) del punto 13 del presente informe, mientras que los argumentos refutando las prácticas de abuso de posición de dominio imputadas son descritos en el inciso (v) del mismo numeral.

**1.2. Expediente N° 012-2004/CLC**

- 5. Mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN del 1 de agosto de 2003 el Ositran remitió al Indecopi copia de los Informes números 074-03-GS-O3-OSITRAN, 177-03-GS-C3-OSITRAN y 019-03-GAL-OSITRAN, y solicitó opinión respecto de una posible infracción a las normas de libre competencia en las que habría incurrido Fetrans, la empresa concesionaria del FSO (tramo Cusco – Machupicchu - Hidroeléctrica).
- 6. El 4 de agosto de 2003 la Gerencia General del Indecopi solicitó a esta Secretaría Técnica absolver el requerimiento realizado por el Ositran mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN.
- 7. Esta Secretaría Técnica solicitó diversa información relacionada con el transporte ferroviario a diferentes organismos, instituciones y empresas del sector, entre los que se cuentan el Ositran, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en lo sucesivo, el MTC), Fetrans, Perurail, Fersimsac, entre otros (ver Anexo N° 2 que forma parte integrante del presente informe).
- 8. Mediante Oficio N° 476-03-GG-OSITRAN del 13 de octubre de 2003 el Ositran solicitó al Indecopi la elaboración de un informe que oriente a los interesados acerca de la aplicación de las normas de libre competencia respecto del alquiler del material tractivo y rodante en las concesiones de ferrocarriles en el Perú. Dicho oficio fue puesto en conocimiento de esta Secretaría Técnica el 14 de octubre de 2003.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 I. Isov-Fs Registrar Quality Assurance



9. Mediante Informe N° 055-2004/GEE del 18 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en lo sucesivo, la GEE) concluyó y recomendó lo siguiente:

- (i) En el tramo del FSO la competencia intermodal es bastante limitada.<sup>4</sup>
- (ii) Existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el FSO; sin embargo, en la práctica se observa que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos cuatro (4) años.
- (iii) La evidencia encontrada en otros procesos de concesión distintos al FSO<sup>5</sup> muestra que la competencia intermodal contrarresta los posibles efectos restrictivos de la libre competencia derivados del modelo de integración vertical.
- (iv) El desarrollo de competencia intramodal en el FSO se ve limitada por la especificidad de los activos necesarios para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros y los costos hundidos que involucra la inversión en material tractivo y rodante.
- (v) Existe asimetría en la rentabilidad de prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO, entre el entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante y el que alquila el Material concesionado a Fetrans en condiciones similares a las del operador establecido.
- (vi) No se debe descartar la posibilidad de que un entrante que adquiera material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aun mayores). Sin embargo, la enorme disparidad de los indicadores de rentabilidad de dicha empresa con los resultados de la entrada vía alquiler del Material, en las mismas condiciones del actual operador, refleja que en el caso de esta última alternativa se darían mejores condiciones para la competencia que en el primero.
- (vii) Una estrategia que busque promover la competencia intramodal a través de mecanismos que incentiven al concesionario el alquiler del Material a otros competidores sería relativamente más eficaz en términos de promoción de la competencia y reducción del poder de mercado del operador establecido, que una que busque promover la entrada vía la inversión en material propio.
- (viii) En el caso que Fetrans ostente una posición de dominio en el mercado relevante, una negativa por parte de éste de arrendar el Material a un potencial nuevo operador, deberá estar debidamente justificada por

<sup>4</sup> La competencia intermodal se da cuando existen medios alternos para realizar el servicio de transporte; por ejemplo, existe competencia intermodal entre el transporte férreo, por carreteras, aéreo y acuático.

<sup>5</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, México y en los otros tramos concesionados en el Perú.





razones de eficiencia empresarial. De no ser así, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo 701.

Asimismo, podría considerarse como una violación de lo estipulado en el Contrato de Concesión celebrado entre el Estado peruano y Fetrans, el cual en el numeral 7.6 de la cláusula séptima señala que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.

- (ix) Al ser Fetrans y Perurail empresas vinculadas empresarialmente, ambas pueden reformular los términos del contrato de alquiler original a fin de facilitar la entrada de un tercero al mercado, a través del alquiler del Material. Por lo tanto, carecería de sentido alegar la existencia de un contrato de alquiler como un impedimento real para que algún operador entrante tenga acceso al uso del referido Material.

10. Teniendo a la vista el informe mencionado en el párrafo anterior, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, por medio del cual concluyó lo siguiente:

- 1) *Recomendar a la Comisión de Libre Competencia iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Ferrocarril Trasandino S.A. por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en las modalidades de:*
  - (i) *Negativa injustificada de contratar el alquiler de material tractivo y rodante con la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701; y,*
  - (ii) *Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante contra la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y cualquier otro potencial operador, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.*

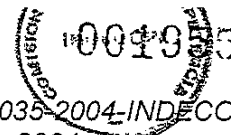
*Actos que serían susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del referido decreto legislativo.*

- 2) *Solicitar a la Comisión de Libre Competencia que autorice la notificación del presente informe al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y al Organismos Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público.*
- 3) *Solicitar a la Comisión de Libre Competencia que autorice la publicación del presente informe en la página web del Indecopi por dos semanas.*

11. El 27 de octubre de 2004 la Comisión emitió la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC mediante la cual resolvió lo siguiente:



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



**Primero:** Aprobar y hacer suyo el Informe N° 035-2004-INDECOPI/CLC emitido por la Secretaría Técnica el 20 de octubre de 2004.

**Segundo:** Iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A., de acuerdo a los siguientes términos:

- (i) Por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente.
- (ii) Que tales hechos configuran supuestos de infracción contemplados en los literales a) y b del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.
- (iii) Que tales supuestos de infracción son susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

**Tercero:** Notificar la presente resolución y las versiones públicas de los Informes números 035-2004-INDECOPI/CLC y 055-2004/GEE a las empresas Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A. y Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C., al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transportes de Uso Público – OSITRAN y a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

**Cuarto:** Encargar a la Secretaría Técnica efectuar las acciones necesarias para que la presente resolución y las versiones públicas de los Informes números 035-2004-INDECOPI/CLC y 055-2004/GEE se publiquen en la página web del Indecopi por el periodo de dos semanas.

12. Mediante Cédulas de Notificación números 740, 741, 742 y 743-2004/CLC-INDECOPI del 28 de octubre de 2004 esta Secretaría Técnica notificó a Fetrans, a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC, al Ositran y a Perurail, respectivamente, el Informe N° 055-2004/GEE, el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC y la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC. Mediante Cédula de Notificación N° 739-2004/CLC-INDECOPI del 29 de octubre de 2004 la Secretaría Técnica notificó a Fersimsac los informes y la resolución señaladas en el presente párrafo.

13. Mediante escrito del 19 de noviembre de 2004 Fetrans formuló sus descargos a los hechos que le fueron imputados mediante la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC.

Al respecto, Fetrans argumentó lo siguiente:

**(i) El proceso de concesión del Ferrocarril Sur y Sur – Oriente**



13.1 Las bases de la Licitación Pública Especial Internacional para la Entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur – Oriente (en lo sucesivo, la Licitación Pública) fueron aclaradas mediante la Circular N° 17 a través de la cual se dispuso que, con la finalidad de no afectar la operación del sistema ferroviario, el adjudicatario de la Concesión debía contratar con, o constituir, una persona jurídica distinta que actúe como operador del servicio de transporte ferroviario.

13.2 En ese sentido, luego de la suscripción del Contrato de Concesión, el 20 de setiembre de 1999 Fetrans suscribió un contrato de alquiler del Material con su empresa vinculada, Perurail. Esta empresa se encargaría de prestar los servicios de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril del Sur y el FSO.

**(ii) El potencial entrante**

13.3 El 5 de enero de 2003, mediante Carta GG/GG-01-FC.Santuario.2003 Fersimsac comunicó a Fetrans que había obtenido el permiso como operador ferroviario por parte de la autoridad competente. En dicha comunicación, Fersimsac sólo se refirió a tratar los términos de un contrato de acceso a la vía férrea, sin mencionar su intención de alquilar el Material.

Fue recién el 17 de enero de 2003 que Fersimsac informó a Fetrans su intención de arrendar el Material que le había sido otorgado en concesión. En ese sentido, mediante comunicación del 24 de enero de 2003 Fetrans comunicó a la solicitante que no era posible arrendar el referido material, toda vez que éste ya había sido arrendado en su integridad a Perurail.

13.4 En su Carta GG/GG-016-FC.Santuario.2003 del 12 de febrero de 2003 Fersimsac remitió observaciones al proyecto de contrato de acceso a la vía férrea que le había remitido Fetrans. En este proyecto, Fersimsac declaró que contaba con: (i) dos unidades locomotoras diesel eléctricas; (ii) seis coches de pasajeros; y, (iii) una autovía.

13.5 Fetrans comunicó a Fersimsac que como concesionaria se encontraba obligada a supervisar la idoneidad técnica del material que había declarado que poseía para operar en el FSO. Incluso la empresa denunciada refirió que mediante Oficio N° 217-03-GS-C3-OSITRAN del 15 de marzo de 2003 el Gerente de Supervisión del Ositran le comunicó que el MTC había encargado a dicho organismo regulador que comunique a Fetrans a efectos de que ésta proceda a realizar las verificaciones pertinentes sobre el personal y el material tractivo y rodante mencionados por Fersimsac en su Carta GG/GG-016-FC.Santuario.2003.

Por lo tanto, se puede inferir que hasta ese momento era razonable asumir que Fersimsac poseía su propio material tractivo y rodante por cuanto así lo había declarado la propia empresa.

13.6 Perurail utiliza gran parte del Material arrendado a Fetrans, motivo por el cual Fersimsac no tenía otra posibilidad de operar si no era con su propio material tractivo y rodante.





13.7 Finalmente, mediante Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14 del 14 de julio de 2003 el MTC declaró la caducidad del permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros a Fersimsac. Esta resolución fue confirmada mediante Resolución Vice Ministerial N° 275-2003-MTC/02 del 26 de agosto de 2003.

**(iii) Definición del mercado relevante**

13.8 En opinión de la Secretaría Técnica, el Material necesariamente debe ser utilizado por cualquier operador potencial, toda vez que, para el presente caso, ha considerado como servicio relevante el alquiler de dicho material.

13.9 Asimismo, la Secretaría Técnica ha descartado dentro del servicio relevante el aprovisionamiento del material tractivo y rodante, toda vez que éste no se encuentra disponible de forma efectiva para Fersimsac o cualquier otro operador. En efecto, según el órgano instructor, existe una limitada cantidad de proveedores en el mundo, y el costo asociado a la adquisición de material tractivo y rodante sería superior al monto que paga Perurail por concepto de arrendamiento.

13.10 La Secretaría Técnica no ha definido adecuadamente el servicio relevante, en tanto no se ha considerado la diversidad de alternativas para agenciarse de material tractivo y rodante.

Con relación a la adquisición de material tractivo y rodante, en el Informe N° 055-2004/GEE la GEE arribó a conclusiones obvias, esto es, que los indicadores de rentabilidad son significativamente más favorables y que el plazo de recuperación de la inversión es menor, en escenarios en que la empresa alquila el Material en lugar de adquirir los propios. Incluso la GEE ha señalado que en un posible escenario la empresa que adquiere material tractivo y rodante tendría una rentabilidad de 16,4%

7

Las conclusiones de la GEE tienen relevancia para demostrar que a pesar de que es supuestamente costoso comprar los mencionados materiales, se puede obtener ganancias razonables. Por lo tanto, la adquisición de material tractivo y rodante no implica costos prohibitivos pudiendo ser asumidos por los competidores sin que ello implique una desventaja respecto del operador actual.

Existe una gran cantidad de proveedores de material tractivo y rodante de trocha angosta cuya cercanía con el Perú permite su adquisición. Además, no se debe descartar la posibilidad de adquirir material de trocha ancha y luego proceder a adaptarlo a trocha angosta. Así por ejemplo, Perurail ha adquirido y acondicionado material tractivo y rodante de trocha ancha bajo la supervisión de Ositran y el MTC.

Por tanto, el servicio relevante debe estar constituido por "el aprovisionamiento de material tractivo y rodante".

13.11 La Secretaría Técnica ha señalado que el mercado geográfico relevante estaría constituido por el Material concesionado a Fetrans ubicado en la región del Cusco.





No obstante, al concluirse que el servicio relevante está constituido por el aprovisionamiento en general de material tractivo y rodante (v.g. alquiler, compra, etc.), entonces el mercado debería incluir los siguientes ámbitos geográficos:

- (i) Compra de material (trocha ancha o angosta): A nivel mundial (en particular, Argentina, Brasil, Canadá, Alemania, Estados Unidos de América y España).
- (ii) Alquiler de material de trocha angosta: A nivel local en el Perú se puede alquilar material tractivo y rodante del Ferrocarril de Huancayo – Huancavelica<sup>6</sup>. Asimismo, en los siguientes países se pueden encontrar empresas que operan con material de trocha angosta: Colombia, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda y Panamá.

13.12 Fetrans no ostenta posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante.

#### (iv) Recursos importantes

13.13 La Secretaría Técnica ha distinguido entre una facilidad esencial y un “recurso importante”, sin que haya precisado las características que debe reunir un recurso para ser considerado “importante”.

No obstante, el órgano instructor y la GEE han señalado que Fetrans debe alquilar el Material debido a que su compra no constituye una real alternativa de aprovisionamiento. Es decir, que para la referida gerencia y el órgano instructor, un recurso será calificado como importante en la medida que sea necesario para un nuevo operador y su adquisición resulte demasiado onerosa por razones técnicas y económicas.

13.14 Como se puede observar, se le ha otorgado a los “recursos importantes” las mismas características que las facilidades esenciales. Sin embargo, el acceso al material tractivo y rodante en general no ha sido incluido dentro del REMA, debido a que Ositran ha considerado que estos materiales pueden ser adquiridos libremente por los distintos agentes económicos. Cabe señalar que ordenar compartir un recurso es una medida excepcional, incluso en el supuesto de que una empresa tenga posición de dominio.

#### (v) Conductas imputadas

13.15 Negativa injustificada a contratar: No ha existido una negativa por parte de Fetrans, toda vez que cuando ésta le comunicó a Fersimsac que no poseía Material disponible, dicha empresa no manifestó su disconformidad con ello, sino que, por el contrario, informó que ya contaba con material tractivo y rodante, señalando sus características técnicas.

Cabe señalar que en supuestos de negativa injustificada de contratar debe cuidarse de no desincentivar la inversión de los agentes económicos. En efecto,

<sup>6</sup> Según lo señalado en el escrito de Fetrans del 5 de enero de 2005.





Fetrans evaluó la posibilidad de invertir en el país tomando en cuenta la posibilidad de poder operar, a través de Perurail, en el servicio de carga y pasajeros en el FSO. Ello determinó los niveles de inversión que Fetrans o Perurail destinarían para el mejoramiento del Material en el entendido de que ningún tercero se beneficiara de la inversión.

13.16 Práctica discriminatoria: El numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión recoge el principio de no discriminación propio de los sistemas regulatorios, en virtud del cual se prohíbe a las empresas que cuentan con facilidades esenciales a realizar conductas discriminatorias. Así por ejemplo, Fetrans no puede cobrar diferentes precios por el uso de la vía férrea favoreciendo a su vinculada.

**1.3. Expedientes números 010 y 012-2004/CLC (acumulados)**

14. Las principales actuaciones procesales del expediente acumulado se detallan en el Anexo N° 3 que forma parte integrante del presente informe.

**II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN**

15. El presente Informe tiene por objeto determinar:

- a) Si Fetrans ostentó posición de dominio en el mercado relevante en el periodo en que sucedieron los hechos investigados, según lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701.
- b) Si, de ser el caso, Fetrans ha abusado de dicha posición en los términos previstos en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, a través de una o más de las siguientes conductas:
  - (i) Negativa injustificada de alquilar el material tractivo y rodante en el FSO otorgado por el Estado peruano en virtud del Contrato de Concesión.
  - (ii) Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante contra Fersimsac y cualquier otro potencial operador.

**III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN**

**3.1. Marco teórico**

**3.1.1. Propiedad, contratación y libre competencia**

16. En esta primera sección se explica el grado de interdependencia y mutua relación que existe entre los derechos de propiedad y de libertad de contratación, por un lado, y el principio rector de la libre competencia, por el otro, a efectos de demostrar que la aplicación de las políticas de libre competencia constituye una limitación natural de los derechos constitucionales antes mencionados, siempre que dicha aplicación, claro está, guarde





coherencia, razonabilidad y proporcionalidad con el propósito de maximizar el bienestar social a través de la asignación eficiente de los recursos escasos de la sociedad.

17. El derecho de propiedad y la libertad de contratación<sup>7</sup> son los pilares de una economía social de mercado. En efecto, sin derecho de propiedad y sin libre contratación, las personas no podrían dedicarse a la actividad económica de su preferencia ni gozarían de la autonomía para conducir libremente sus negocios. Sin derecho de propiedad y sin libre contratación no habría desarrollo económico, pues sólo a través de una adecuada asignación de titularidades (garantizada mediante una adecuada protección de la propiedad) y la libre transferibilidad de éstas (garantizada mediante la libre contratación) puede lograrse una mayor generación de riqueza y por consiguiente un aumento del bienestar social.
18. Tanto el derecho de propiedad como la libertad de contratación, sin embargo, se desenvuelven en un marco en el que coexisten principios rectores que resultan también fundamentales en una economía social de mercado. Uno de estos principios rectores, y quizá el más importante, es el de la libre competencia, entendido como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre ellos con el fin de obtener las preferencias de los consumidores.
19. El derecho de propiedad y la libertad de contratación, entonces, deben ejercerse sin restringir o distorsionar la libre competencia. En efecto, la propia Constitución Política establece que los derechos de propiedad privada y libre contratación deben ejercerse de acuerdo a los límites previstos en la ley<sup>8</sup>, por lo que estos derechos deben ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701, que precisamente viene a ser la legislación de desarrollo constitucional del principio rector de la libre competencia.
20. Queda claro, en consecuencia, que los derechos de propiedad privada y libre contratación no son absolutos ni irrestrictos, siendo un límite natural de ellos el interés público contenido en las normas de defensa de la libre competencia.
21. La cuestión debe girar en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción que en cada caso se imponga sobre los derechos de propiedad y libre contratación. Las limitaciones impuestas en aras de proteger la competencia no pueden llegar al punto de reducir injustificadamente o

<sup>7</sup> Cuando utilizamos el término "libertad de contratación" queremos abarcar tanto la denominada "libertad de contratar" (libertad de decidir cuándo y con quién contratar o no contratar), como la "libertad contractual" o "libertad de configuración interna" (libertad de diseñar las reglas contractuales), conceptos que la doctrina distingue pese a que nuestro ordenamiento no realiza tal diferenciación. Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Editorial Palestra, Lima, 2001, pág. 197.

<sup>8</sup> **Constitución Política.-**  
**Artículo 62.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato...

**Artículo 70.-** El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley...





irrazonablemente los incentivos para competir. Cualquier limitación a la propiedad y a la libre contratación debe partir de la convicción de que ésta es la única forma de lograr una mayor eficiencia y, por ende, un mayor bienestar de los consumidores.

### 3.1.2. La determinación del mercado relevante y la posición de dominio

22. Antes de analizar la práctica concreta materia de la denuncia debe analizarse si la empresa denunciada tiene posición de dominio. Si ésta no tuviera posición de dominio, no podrá existir abuso de posición de dominio.
23. Para determinar si una empresa ostenta o no posición de dominio, la autoridad de competencia debe preguntarse en qué mercado la empresa en cuestión podría tener posición de dominio. Así, sólo puede hablarse de la tenencia de posición de dominio por parte de una o más empresas una vez resuelta la cuestión relativa a cuál es el mercado relevante en el que dicha empresa se desempeña. El mercado relevante, a su vez, está constituido por (i) el mercado de producto o servicio relevante y (ii) el mercado geográfico relevante.
24. El mercado de producto (o servicio) se define desde el punto de vista del consumidor, es decir, incluyendo el producto demandado por éste y ofrecido por la empresa denunciada. Asimismo, deben incluirse en el mercado de producto todos los productos que razonablemente en términos de precio, calidad y otras condiciones, puedan ser considerados —también desde el punto de vista del consumidor— sustituibles o intercambiables por el producto ofrecido por la empresa denunciada<sup>9</sup>.
25. Una vez definido el mercado relevante deberá determinarse si la empresa denunciada tiene la capacidad de actuar “independientemente” respecto de sus competidores y consumidores o, en términos más precisos, de elevar su precio sostenidamente por sobre los niveles competitivos o excluir la competencia, analizando para ello la información disponible sobre la cuota de mercado de la empresa a la luz de la presencia de competencia real o potencial, lo que implica a su vez analizar la elasticidad de demanda de la empresa, la elasticidad de oferta del mercado, la presencia de barreras de entrada al mercado, la concentración del mercado y las ventajas competitivas que puedan tener las empresas por razones de *know how*, tecnología, respaldos financieros (*deep pocket*) o la existencia de externalidades de red, entre otros.

Un estudio más detallado de la determinación de la posición de dominio se encuentra en el Anexo N° 4 que forma parte del presente informe.

### 3.1.3. El abuso de una posición de dominio

26. Un abuso de posición de dominio se da cuando una empresa que ostenta dicha posición realiza prácticas comerciales restrictivas con el fin de desplazar a sus competidores del mercado o impedir de modo alguno la entrada de nuevos competidores.

<sup>9</sup> CONRATH, Craig W. *Practical handbook of antimonopoly law enforcement for an economy in transition*. World Bank, Washington, 1995, págs. 4 y 5.



27. En ese sentido, la jurisprudencia del sistema comunitario europeo ha definido el abuso de posición de dominio como la "... conducta por parte de tal empresa [con posición de dominio] que tiene el efecto de poner en peligro el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado, o el incremento de tal competencia..."<sup>10</sup>.
28. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 señala lo siguiente:

**Artículo 5.-** *Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.*  
(...)

29. De lo estipulado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 se entiende que aquellos actos o conductas merecedores de ser calificados como abusos de posición de dominio necesariamente tienen que estar orientados a obtener un beneficio económico y causar perjuicio a otros, donde estos "otros" pueden ser tanto competidores reales o potenciales como consumidores.
30. El objetivo económico último de un abuso de posición de dominio es el cobro de precios monopólicos por parte de la firma infractora, esto es, una firma que ejerce de manera abusiva su posición de dominio lo hace con la intención de eliminar a su competencia para luego poder cobrar precios monopólicos<sup>11</sup> por sus productos.
31. La doctrina y jurisprudencia internacional en materia de libre competencia, distingue dos grandes tipos de conductas empresariales que pueden ser consideradas como prácticas de abuso posición de dominio: las conductas explotativas y las conductas exclusorias.<sup>12</sup>
32. Las conductas explotativas son aquellas que representan el ejercicio (o uso) directo del poder de mercado de la empresa dominante mediante la elevación de los precios por encima del nivel de competencia y la reducción del nivel de producción. Este tipo de conductas no tiene como objetivo lesionar a los competidores actuales o potenciales sino que su objetivo es "explotar" directamente a los consumidores y usuarios, reduciendo su producción e

<sup>10</sup> Asunto 85/76 Hoffman – La Roche c. Comisión (1979); citado en BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, pág. 504.

<sup>11</sup> El beneficio de la firma en un mercado monopólico es máximo con relación al resto de estructuras de mercado, y el precio monopólico es el precio que maximiza el beneficio en el mercado monopólico.

<sup>12</sup> En particular la legislación y jurisprudencia de origen europeo continental considera como un abuso de posición de dominio tanto las conductas explotativas como las exclusorias. Sin embargo, la legislación norteamericana únicamente considera como un abuso de posición de dominio aquellas conductas que tienen carácter exclusorio.



imponiéndoles mayores precios respecto de los niveles vigentes en un mercado competitivo.

33. Por su parte, las conductas exclusorias son aquellas que, a través de un abuso de posición de dominio, tienen como objeto y efecto desplazar a los competidores del mercado o impedir el acceso de nuevos competidores al mismo. Dicha exclusión no se realiza en función del desempeño eficiente de la empresa dominante ni de su éxito dentro del proceso competitivo, sino que se da en función de un comportamiento anticompetitivo. El objetivo final de la práctica exclusoria es reforzar una posición dominante y en el extremo crear un monopolio.
34. Como se aprecia ambos tipos de conductas son sustancialmente diferentes, mientras una de ellas usa el poder de mercado en perjuicio de los consumidores y usuarios (explotativa), la otra tiene el efecto de restringir, limitar o dañar la competencia y a los competidores (exclusoria). Tanto en el objeto como en el efecto las conductas explotativas resultan diferentes a las exclusorias.
35. De modo particular, las prácticas anticompetitivas dirigidas a los competidores potenciales se caracterizan por entorpecer, desalentar o evitar la entrada de éstos al mercado, donde la realización de dichas prácticas equivale a establecer barreras de entrada al mercado. Estas barreras, sin embargo, también afectan al competidor que ya ingresó al mercado.
36. Si bien en ambos casos el resultado final buscado es el de eliminar la competencia, los propósitos son distintos para cada uno de ellos. Cuando el competidor ya se encuentra en el mercado el objetivo es excluirlo, haciendo insostenible su permanencia. Cuando aún no ha ingresado el objeto es impedir su ingreso, haciendo más costoso su acceso al mercado.

#### 3.1.4. Negativa injustificada de trato

37. En ejercicio de su libertad contractual, en principio las empresas pueden decidir libremente con quién y cuándo contratar. Asimismo, también pueden decidir libremente no contratar, sin necesidad de expresar la causa o justificación para ello.<sup>13</sup>
38. Sin embargo, pese a ser fundamental para el funcionamiento de una economía social de mercado, la libertad de contratación debe desenvolverse en un marco en el que coexisten diversos principios rectores que resultan también necesarios para el desarrollo del referido régimen económico. Uno de estos principios rectores, y quizá el más importante, es el de la libre competencia, entendido como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre ellos con el fin de obtener las preferencias de los consumidores.
39. En consecuencia, la libertad de contratación debe ejercerse sin restringir o distorsionar la libre competencia. Como se ha señalado, la propia Constitución Política establece que los derechos de propiedad privada y libre contratación

<sup>13</sup> Ver: ALPA, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: AA.VV. *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. ARA, Lima, 2003, pág. 149.



deben ejercerse de acuerdo a los límites previstos en la ley<sup>14</sup>, por lo que estos derechos deben ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701.

40. En particular, una de las limitaciones que establece la normativa de libre competencia a la libertad de contratación es la prohibición de las negativas injustificadas de trato<sup>15</sup>. Así, el ya citado artículo 5 del Decreto Legislativo 701, que tipifica el abuso de posición de dominio, señala en su literal a) lo siguiente:

**Artículo 5.- (...)**

*Son casos de abuso de posición de dominio:*

- a) *La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.*  
(...)

41. Para que se configure una negativa injustificada de trato, la empresa a la que se imputa tal práctica debe tener posición de dominio. En ese sentido, el ordenamiento jurídico consagra el derecho a la negativa de trato sin expresión de causa como regla general, siendo la excepción que las empresas con posición de dominio en el mercado sólo pueden negarse a contratar si cuentan con una razón justificada para ello. Así, puede afirmarse que:

*Al igual que como ocurre con otras prácticas, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monopolio) o con un cliente (en el caso de un monopolio)<sup>16</sup>.*

(El subrayado es nuestro).

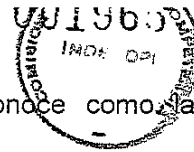
42. Al pronunciarse sobre las negativas injustificadas de trato que podrían ser castigadas en virtud de la *Sherman Act*<sup>17</sup>, la Corte Suprema de los Estados

<sup>14</sup> Ver nota al pie de página N° 8.

<sup>15</sup> En el presente informe se hará referencia únicamente a las negativas injustificadas de trato o negociación llevadas a cabo de manera unilateral, es decir, a aquellos casos en los que la negativa es llevada a cabo por una sola empresa o un conjunto de empresas (con posición de dominio). Cuando la negativa se da por parte de un conjunto de vendedores o compradores se trata de una *negativa concertada e injustificada*, práctica tipificada en el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

<sup>16</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio*. En: Themis – Revista de Derecho. N° 36, 1997, pág. 83.

<sup>17</sup> 15 U.S. Code, Sección 2 (1976). La *Sherman Act*, promulgada en 1889, es la norma que prohíbe la monopolización y las prácticas restrictivas de la competencia en los Estados Unidos de América. Para una reseña histórica de su aplicación por parte de las autoridades norteamericanas, puede verse: CASES PALLARES, Lluís. *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 449 y ss.



Unidos de América ha consagrado lo que se conoce como la "Doctrina Colgate"<sup>18</sup> al señalar que:

... ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley [refiriéndose a la Sherman Act] no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o productor de decidir libremente con quien contrata en sus transacciones privadas<sup>19</sup>.

43. Así, puede afirmarse que una negativa de trato será ilícita sólo cuando sea realizada por una empresa que ostente posición de dominio (o que espere obtenerla mediante tal conducta) con la intención de monopolizar el mercado<sup>20</sup>. En el mismo sentido, se ha señalado que la ley permite a las empresas negarse a contratar con otras "a menos que la negativa esté destinada a apoyar otra restricción ilegal o constituya un intento de monopolización"<sup>21</sup>.
44. En línea con la Doctrina Colgate antes expuesta, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América declaró ilegal la negativa de un periódico, el *Lorain Journal*, a publicar avisos de aquellos anunciantes que también hayan contratado avisos de una radio local<sup>22</sup>. Al analizar el caso, la Corte consideró que *Lorain Journal*, publicado en la ciudad de Lorain, Ohio, gozaba de posición de dominio en el mercado de publicidad al cubrir el 99% de familias de la localidad. En 1948, sin embargo, la instalación de una estación de radio, WEOL, introdujo la competencia en el mercado de avisos publicitarios. En respuesta al ingreso al mercado de dicha radio, la referida publicación empezó a condicionar la colocación de avisos en sus páginas al hecho de que los anunciantes no contraten los espacios publicitarios ofrecidos por WEOL. La Corte consideró que dicha conducta resultaba contraria a la normativa de libre competencia, pues interpretó que la negativa era un medio para mantener su monopolio en el mercado de medios publicitarios de la ciudad de Lorain.
45. En este punto cabe señalar que en Estados Unidos de América se ha desarrollado, al analizar casos de negativas injustificadas de trato, lo que la literatura legal y económica denominan la "doctrina de las facilidades esenciales".
46. Una "facilidad esencial" es una instalación, infraestructura, servicio o insumo que cumple con las siguientes condiciones<sup>23</sup>:

<sup>18</sup> Ver: *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919).

<sup>19</sup> Traducción libre del siguiente texto: "In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal".

<sup>20</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Second edition. St. Paul, Minnesota, 1999, pág. 565.

<sup>21</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*. Segunda edición. Free Press, New York, 1993, pág. 344.

<sup>22</sup> *Lorain Journal Co. vs. U.S.* 342 U.S., 143 (1951).

<sup>23</sup> LIPSKY, Abbott B. Jr. y J. Gregory SIDAK. *Facilidades esenciales*. En: *Ius et Veritas*. Año XIV, No. 27. Lima, diciembre de 2003, págs. 143 y ss.





- (i) Se trata de un recurso indispensable para la realización de determinada actividad, de modo tal que una empresa no puede concurrir en el mercado sin acceso a él.
  - (ii) Su reproducción es, sino imposible, sumamente difícil por razones técnicas y/o económicas.
47. Adicionalmente a las condiciones enunciadas, es inherente al concepto de "facilidad esencial" que el titular de la supuesta facilidad tenga posición de dominio. Esto porque sin posición de dominio no habría base para aplicar al titular de la facilidad las normas de libre competencia y porque, además, es precisamente el control de un recurso esencial lo que le concederá al titular un poder de mercado suficiente para considerar que ostenta posición de dominio.
48. Las facilidades esenciales son generalmente "cuellos de botella", una "vía" por la que necesariamente hay que transitar para poder concurrir en determinado mercado<sup>24</sup>. Son ejemplos claros de facilidades esenciales: la red portadora, en el caso de la telefonía fija; ciertas facilidades portuarias (por ejemplo, el muelle) o aeroportuarias (por ejemplo, la pista de aterrizaje), en el caso de infraestructura de transporte de uso público, etc.
49. En opinión de esta Secretaría Técnica, no necesariamente el bien al cual se solicita acceso debe ser una "facilidad esencial" para que se configure una negativa de trato en los casos de libre competencia. Tal como ha afirmado la Comisión en pronunciamientos anteriores, basta que el recurso sea importante o constituya una ventaja competitiva "relevante"<sup>25</sup>. En este último caso, deberá evaluarse las eficiencias generadas derivadas del uso compartido de un recurso, por contraposición a posibles efectos negativos tales como el desincentivo a la inversión.
50. Como puede apreciarse de lo expuesto hasta aquí, el criterio general en virtud del cual la jurisprudencia norteamericana evalúa una negativa de trato responde a la intención de la empresa investigada de "crear o mantener un monopolio". Sin embargo, este criterio (básicamente, el establecido en la Doctrina Colgate) puede resultar ambiguo<sup>26</sup> toda vez que toda empresa que concurre en el mercado tiene por finalidad obtener un monopolio. La esencia misma de la competencia implica que las empresas traten de desplazar a sus competidoras del mercado.

<sup>24</sup> LIPSKY, Abbott B. Jr. y J. Gregory SIDAK. Op. Cit., pág. 137.

<sup>25</sup> Así por ejemplo, la Comisión ha señalado que "... la negativa de acceso a una organización indispensable o sustancialmente importante para operar en el mercado podría constituir una barrera a la entrada que lesiona la competencia (potencial) en el mercado. Dicha negativa podría ser considerada como una infracción a las normas de libre competencia, siempre que la misma no tenga justificación de tipo económico o legal" (el subrayado es nuestro). Resolución N° 010-2004-CLC, del 10 de marzo de 2004, pág. 29.

<sup>26</sup> Tal, por ejemplo, es la opinión de Posner, al señalar que "determinada práctica puede ser a la vez exclusiva y eficiente". POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Segunda edición. Chicago University Press, Chicago, 2001, pág. 80. Traducción libre del siguiente texto: "a practice may be at once exclusionary and efficient".







51. En opinión de esta Secretaría Técnica, un criterio en función al cual se debería determinar la legalidad de una negativa de venta (y, en general, de cualquier práctica de abuso de posición de dominio) debería ser el de los medios empleados por la empresa investigada para excluir a sus competidores. Si la negativa de trato encuentra justificación en la generación de mayores eficiencias (reducción de costos, innovación tecnológica, entre otras) será perfectamente lícita a la luz de la normativa de libre competencia.
52. Así por ejemplo, si la empresa "A" se niega a vender el producto "X" a la empresa "B" debido a que, por ejemplo, atender sus demandas involucra mayores costos (supongamos, costos de transporte) la negativa será lícita. Del mismo modo, si la empresa "A" se niega a vender el mismo producto a la empresa "B" debido a que ya tiene su producción comprometida con la empresa "C", tal podría ser también una justificación válida.
53. En un caso bastante ilustrativo, la Corte Suprema estadounidense encontró responsable de violar la *Sherman Act* a una de las empresas que se negó a permanecer en un *joint venture* (conformado por las empresas Aspen Skiing Company y Aspen Highlands Skiing Corporation) por el que se compartían los ingresos derivados de la venta de un pase múltiple (denominado All-Aspen Ticket) en virtud del cual los esquiadores podían utilizar cualquiera de los cuatro complejos para esquiar de ambas empresas<sup>27</sup>. Al resolver la controversia, la Corte consideró que:

*La evidencia apoya la inferencia de que Ski Co. [en referencia a Aspen Skiing Company, la empresa denunciada] no estuvo motivada por razones de eficiencia y que estuvo dispuesta a sacrificar ingresos en el corto plazo y goodwill en beneficio del consumidor a cambio del impacto de largo plazo esperado en su competidor más pequeño<sup>28</sup>.*

(El subrayado es nuestro).

54. En el caso de la Unión Europea, las autoridades de competencia se han limitado a establecer que las empresas con posición de dominio deben tener una "justificación objetiva" para poder negarse a proveer un bien o servicio válidamente. Así, en la decisión Polaroid/SSI Europa la Comisión Europea declaró:

*... como principio general es una infracción del artículo 86 que una empresa que tenga una posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada a servir un pedido...*

<sup>27</sup> *Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation*. 472 U.S. 585 (1985). Cabe precisar que ésta decisión ha sido muy criticada debido a que la Corte no consideró, al evaluar la legalidad de la conducta de la empresa denunciada, las mayores eficiencias que se hubieran podido generar en una situación de mayor competencia entre ambas empresas (es decir, si no colaboran en el All-Aspen Ticket). Ello, sin embargo, no invalida el criterio de interpretación defendido por la Corte norteamericana.

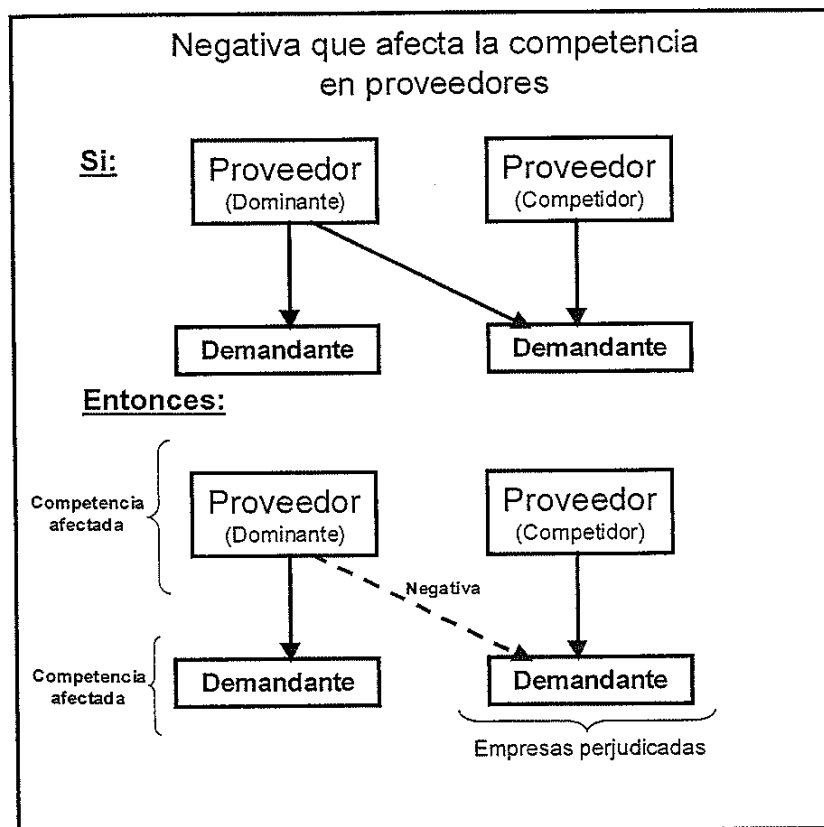
<sup>28</sup> Traducción libre del siguiente texto: "*Thus the evidence supports an inference that Ski Co. was not motivated by efficiency concerns and that it was willing to sacrifice short-run benefits and consumer goodwill in exchange for a perceived long-run impact on its smaller rival*".





55. Este criterio —al igual que la doctrina Colgate— ha sido criticado debido a su ambigüedad. Así, se ha señalado que “lo que será precisamente una ‘justificación objetiva’ no está claro”<sup>29</sup>. En opinión de esta Secretaría Técnica el criterio que debe primar es el de la eficiencia económica. En tal sentido, una negativa de trato se considerará justificada si responde a razones de eficiencia productiva, tal como se ha señalado en los ejemplos propuestos en los párrafos anteriores.
56. A continuación se analiza algunas formas en las que podrían presentarse los casos de negativa injustificada de trato:
57. Un primer supuesto se configura cuando la empresa con posición de dominio o dominante en determinado mercado “aguas arriba” se niega a prestar un servicio o vender un producto a una empresa demandante “aguas abajo” se niega a prestar un servicio o vender un producto a una empresa demandante “aguas abajo” a menos que ésta cese de comprar a un competidor de la empresa dominante. Tal actuar de parte de la empresa dominante tiene por objeto proteger su poder monopólico. Estas prácticas son consideradas inherentemente anticompetitivas (ver Gráfico N° 1).

Gráfico N° 1



Elaboración: ST-CLC/INDECOPROTEC

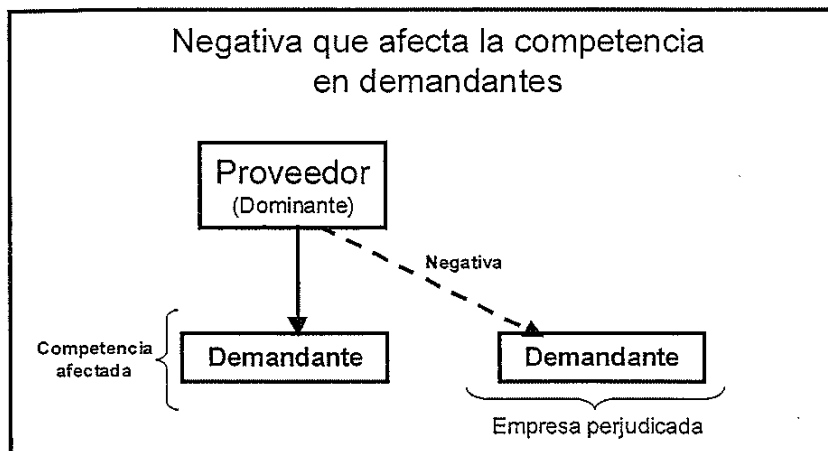
<sup>29</sup> BELLAMY, Cristopher y Graham CHILD. Op. Cit., págs. 533 y 534.





58. Un segundo supuesto toma forma en aquellos casos en los que la empresa demandante en el mercado "aguas abajo" tiene la necesidad de utilizar un producto o servicio provisto por otra empresa, dominante en el mercado "aguas arriba", con el objeto de continuar compitiendo con ella u otra empresa vinculada a ésta en el mercado "aguas abajo". Si, en dicho supuesto, la empresa dominante en el mercado "aguas arriba" se niega a tratar con la empresa demandante con el fin de restringir la competencia en el mercado "aguas abajo" en el que también participa, la práctica deberá ser declarada ilícita. En tal caso, el objeto del actuar de la empresa dominante es utilizar su posición de dominio en el mercado "aguas arriba" para obtener o mantener su posición de dominio en el mercado "aguas abajo" (ver Gráfico N° 2).

Gráfico N° 2

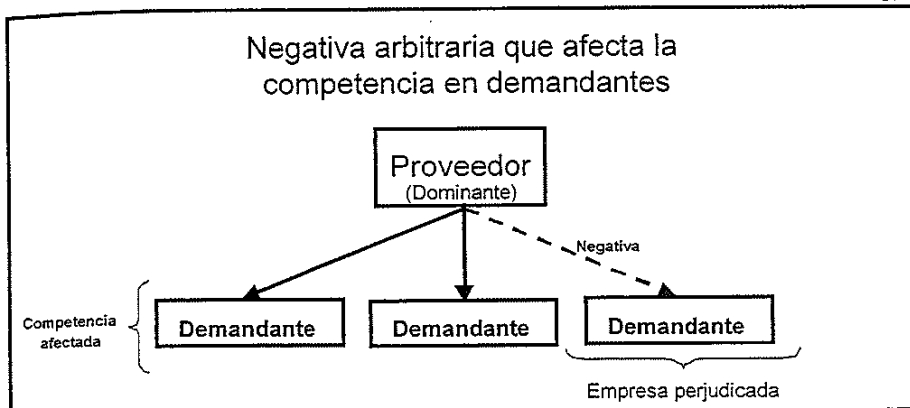


Elaboración: ST-CLC/INDECOP

59. Un tercer supuesto se presenta cuando una empresa dominante se niega arbitrariamente (sin motivo aparente) a mantener una relación comercial con una (o varias) empresa demandantes, sin que ello le signifique el preservar o extender su posición de dominio y por ende obtener un beneficio de su accionar (Ver Gráfico N° 3). Ello en principio no se ajustaría plenamente a lo consignado en el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, donde se considera que existe un abuso de posición de dominio, entre otros, cuando la conducta cuestionada se da con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, esto es, que la empresa dominante perciba algún beneficio derivado su acción, y que ella cause perjuicio a la empresa demandante.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Loyalty Register Quality Assurance



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

60. En los dos primeros casos se sanciona la conducta cuando no existe una justificación comercial válida para la negativa de trato. Una empresa dominante puede justificar la negativa de trato por razones técnicas o económicas, entre las que se cuentan: calidad de sus productos, plazos, limitación técnica de producción, incumplimientos en el pago, violación a derechos de propiedad intelectual, entre otras.
61. En el caso de las negativas arbitrarias, esta Secretaría Técnica considera que tales conductas podrían ser analizadas por la Comisión siempre y cuando tengan un efecto restrictivo de la competencia. Tal como se ha señalado:

... si bien las negativas arbitrarias no generan un beneficio para quien se niega a contratar, en algunos casos pueden ocasionar efectos restrictivos de la competencia sin necesidad de que esa haya sido la intención de la empresa dominante<sup>30</sup>.

62. En anteriores procedimientos, la Comisión ha emitido diversos pronunciamientos respecto de los alcances del literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701. Así por ejemplo, en el procedimiento iniciado por la Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. (en adelante, Comercial Holguín) contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca (ENACO) ante una supuesta negativa injustificada de venta de hoja de coca de esta última, la Comisión analizó la posición de dominio de dicha empresa y determinó que ENACO tenía el monopolio del acopio, la comercialización y la industrialización de la hoja de coca al ser el "Organismo Funcional" encargado de adquirir y tomar posesión de la totalidad de la cosecha de hojas de coca en cumplimiento de tratados internacionales sobre la materia. Se comprobó, además, que ENACO competía con Comercial Holguín en el mercado de comercialización de mate de coca (mercado "aguas abajo") y que se negaba a venderle la coca a dicha empresa, por lo que era factible suponer que ENACO tenía la intención de excluir a su competidor del mercado y extender su monopolio a la comercialización de mate de coca. En consecuencia, la

<sup>30</sup> QUINTANA, Eduardo. *Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?* En: *Ius et Veritas*, Año XII, N° 25. Lima, 2002, pág. 387.





Comisión declaró fundada la denuncia, ya que la negativa no se encontraba justificada por una razón válida.<sup>31</sup>

- 63. Por otro lado, respecto de la denuncia presentada por Roberto Bergerman Acosta y Walter Barboza Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita, la Comisión determinó que se había negado injustificadamente el acceso al mercado de Santa Anita al producto "Arroz Super Extra Molino del Rey" comercializado por los denunciantes.

El mercado de Santa Anita contaba con posición de dominio, toda vez que a través de él se comercializaba el 50% de la producción nacional de arroz y contaba además con una amplia capacidad de recepción. Abastecía a ciudades de provincia y ofrecía servicios complementarios, como seguridad y agencias bancarias que otros mercados no ofrecían. La Comisión tomó en cuenta que las negativas de ingreso al mercado de Santa Anita ocurrieron con posterioridad a la denuncia presentada ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPÍ por uno de los denunciantes contra un miembro de la Asociación denunciada, debido al uso indebido de la marca "Molino del Rey" que era de propiedad del denunciante. Finalmente, señaló que la negativa restringía la competencia en el mercado de comercialización de arroz en tanto se limitaban las opciones de los consumidores y se excluía a un competidor del mercado relevante.<sup>32</sup>

- 64. Adicionalmente, en la denuncia presentada por Cab Cable S.A. (en adelante, Cab Cable) —empresa que prestaba servicios de televisión por cable— contra Electrocentro S.A. (en adelante, Electrocentro) —empresa de distribución de energía eléctrica—, la Comisión determinó que la empresa demandada se había negado injustificadamente a alquilar sus postes de tendido eléctrico para que el denunciante instalara sus cables de transmisión de señales de televisión en la ciudad de Huancayo.

Dicho caso fue tratado como una negativa de trato arbitraria, dado que las empresas no eran competidoras entre sí. En este caso, la Comisión determinó que el mercado relevante era el servicio de alquiler de postes en los distritos donde Cab Cable obtuvo su concesión (la ciudad de Huancayo). De acuerdo a lo anterior, la Comisión definió que Electrocentro tenía posición de dominio porque el medio alternativo que tenía Cab Cable para transmitir su señal, es decir, utilizando los postes de Telefónica, era limitado, por cuanto la infraestructura de esta última no incluía postes en ciertas zonas en las que Electrocentro sí contaba con ellos. Asimismo, la Comisión concluyó que la negativa era injustificada toda vez que los argumentos expresados por Electrocentro, como son el proceso de privatización de la empresa, la norma técnica de calidad y el desconocimiento comercial de la empresa Cab Cable, no constituían motivos económicos suficientes para justificar la negativa denunciada.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Resolución N° 016-94-CLC, de fecha 24 de julio de 1994.

<sup>32</sup> Resolución N° 002-99-CLC, de fecha 19 de marzo de 1999.

<sup>33</sup> Resolución N° 011-00-CLC, de fecha 09 de octubre del 2000.



65. Como consecuencia de todo lo expuesto, para que se configure una negativa injustificada de trato se deberá verificar:
- (i) Que la empresa investigada ostente posición de dominio;
  - (ii) Que se compruebe una efectiva negativa en la provisión de un bien o servicio; y,
  - (iii) Que dicha negativa no tenga como justificación una mayor eficiencia y tenga como efecto restringir la competencia.

### 3.1.5. Barreras a la entrada: barreras estratégicas

66. Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas a ingresar en un determinado mercado<sup>34</sup>. Las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas; las barreras estructurales no dependen de la acción directa de la empresa establecida<sup>35</sup>, mientras que las barreras estratégicas sí.
67. Las barreras estratégicas o de conducta, tienen como objetivo evitar que un nuevo competidor ingrese al mercado. Para ello resulta necesario convencer al posible entrante de que los beneficios producto de su incursión en el mercado serán menores que los esperados, nulos o negativos.
68. Las empresas establecidas pueden llevar a cabo diversas prácticas con el objetivo de influir negativamente sobre los beneficios esperados del o los entrantes. El éxito de dichas prácticas dependerá, entre otros aspectos, de que las amenazas resulten creíbles para la empresa entrante así como de que puedan mantenerse en el tiempo sin que existan prácticas alternativas más convenientes para la empresa establecida. Estas prácticas pueden estar orientadas a la reducción o eliminación de los beneficios esperados de la empresa entrante una vez ya ingresada al mercado, o pueden estar orientadas a elevar los costos de entrada u operación en el mercado.

#### a) Reducción o eliminación de los beneficios esperados

69. Entre las prácticas destinadas a reducir o eliminar el beneficio esperado de la empresa entrante se pueden considerar las que la literatura económica ha definido como<sup>36</sup>:

<sup>34</sup> Se suele utilizar el término "barrera a la entrada" para denominar a cualquier obstáculo que debe enfrentar un entrante para lograr ingresar al mercado. Stigler nos ofrece una definición más precisa al señalar que una barrera de entrada es "una condición que impone a los entrantes costos de producción de largo plazo más altos que los soportados por las empresas que ya están en el mercado". Así, las barreras a la entrada surgen de la existencia de diferenciales de costos entre las empresas establecidas y las entrantes. Ver: STIGLER, George J. *Barriers to entry, economies of scale and firm size*. Citado por: POSNER, Richard A. Op. Cit., pág. 74.

<sup>35</sup> Las barreras estructurales pueden ser de tipo económico o legal.

<sup>36</sup> Para un desarrollo más exhaustivo de las barreras o comportamientos estratégicos, consultar: VISCUSI, Kip, VERNON, John y HARRINGTON, Joseph. *Economics of Regulations and Antitrust*. MIT Press editions, London, 1998. Capítulo 6.



**a.1) Precios límite**

70. Los precios límite consisten en la fijación de precios por parte de la empresa establecida, a niveles que provocan que los beneficios esperados por parte del entrante sean negativos o nulos si éste considera que la empresa establecida mantendrá sus niveles de producción inalterados luego de su ingreso<sup>37</sup>. Así, la empresa establecida podrá protegerse de la entrada de un potencial entrante, escogiendo un precio lo suficientemente bajo que haga que el beneficio esperado del entrante sea negativo. Existen algunas críticas que se han formulado al modelo de precios límite relacionadas con la dependencia de sus resultados de algunos supuestos que pueden considerarse altamente restrictivos.<sup>38</sup>

**a.2) Sobre-inversión en capacidad**

71. La sobre-inversión en capacidad puede permitir a las empresas establecidas la utilización del exceso de capacidad como una señal disuasiva frente a la posibilidad de entrada de terceras empresas. En efecto, el exceso de capacidad, en principio, hace posible que ante el ingreso de un competidor al mercado la empresa establecida haga uso de dicha capacidad, reduciendo los beneficios del entrante. Dicha posibilidad de expandir la producción en el corto plazo, tiene el efecto de disuadir la entrada del potencial competidor<sup>39</sup>.

**a.3) Subsidios cruzados**

72. Con la finalidad de lesionar los beneficios esperados de la empresa entrante, la empresa establecida que opera en dos mercados diferentes realiza el subsidio del producto con el cual la empresa entrante desea competir. Esta estrategia resulta creíble en la medida que el margen dejado de percibir en el mercado del producto subsidiado se compense con lo ganado en los otros mercados, y que los beneficios descontados del conjunto de acciones de subsidiar sea mayor que el beneficio de dejar entrar y competir.

**a.4) Integración y restricciones verticales**

73. La integración vertical o las restricciones verticales por parte de las empresas establecidas pueden dificultar la entrada de competidores al mercado, toda vez que condicionan a la empresa entrante a realizar mayores esfuerzos de coordinación con los mercados aguas arriba o aguas abajo. Este fenómeno será analizado con mayor detalle en el acápite 3.1.6 del presente Informe.

<sup>37</sup> En la literatura económica esto se conoce como el postulado Bain-Sylos. El entrante cree que en respuesta a su entrada la empresa establecida continuará produciendo al mismo nivel que producía antes del ingreso.

<sup>38</sup> Las principales críticas son las siguientes: i) la estrategia de precios límite sólo podría funcionar cuando existen economías de escala, por lo tanto, la barrera real sería la existencia dichas economías, (ii) el compromiso para mantener el nivel de producción es la barrera decisiva, y (iii) se requiere que la amenaza de mantenimiento del nivel de producción sea creíble. SCHMALENSEE, Richard and WILLING. *Handbook of Industrial Organization*. Robert Editors, North-Holland, 1998, 5th Edition. Capítulo 8.

<sup>39</sup> DIXIT, A. *The role of investment in entry deterrence*. Economic Journal, 90, March 1980, págs. 95 a 106



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

**b) Incremento de los costos de entrada u operación**

74. Entre las barreras de acceso estratégicas destinadas a incrementar el costo de ingreso y operación en el mercado, se pueden mencionar:

**b.1) Elevación de costos de cambio de producto (*switching costs*)**

75. En el caso de productos que requieren guardar compatibilidad con determinados estándares, una empresa dominante establecida puede hacer más costosa la sustitución de productos por parte de sus competidores, modificando dichos estándares de forma tal que sus competidores no puedan adecuar a costos bajos su tecnología a dichos cambios.

**b.2) Incremento del costo de los medios de producción y comercialización**

76. Una empresa que utiliza una tecnología de producción diferente a la de sus rivales, puede tener capacidad para elevar el costo de un insumo para todas las empresas en la industria. Por ejemplo, una empresa intensiva en capital puede elevar artificialmente sus salarios de tal forma que cause incrementos generales de las remuneraciones con el objetivo de que dicho incremento afecte en mayor magnitud a empresas competidoras intensivas en mano de obra.

**b.3) Negativa de trato para el acceso a un insumo necesario**

77. Un insumo necesario es aquel que resulta indispensable para la operación en el mercado de la empresa que lo utiliza, con lo que la carencia de este insumo, en el caso particular de un potencial entrante, impide su ingreso al mercado.
78. Así, en el caso de un potencial entrante, una negativa de trato que le impida acceder a un insumo necesario para el desarrollo de su proceso productivo se constituye en una barrera a la entrada al mercado.

**3.1.6 La integración vertical**

**3.1.6.1 Definición y características de la integración vertical**

79. Una empresa se encuentra integrada verticalmente cuando controla directa o indirectamente todas las unidades de negocio que forman parte de una estructura productiva vertical. Es decir, si una sola empresa participa en las actividades de producción de insumos, producción de bienes finales, distribución y comercialización de dichos bienes, es posible decir que esta empresa está integrada verticalmente.
80. Por lo general, toda empresa enfrenta la decisión de "fabricar - comprar". Así por ejemplo, las compañías de automóviles tienen que decidir si fabrican un conjunto de autopartes o si los adquieren de un proveedor independiente. Una compañía de construcción tiene que decidir si debe contratar electricistas como empleados en planilla o requerir sus servicios sobre la base de un sistema contractual<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> Ejemplos tomados de CHURCH, Jeffrey y Roger WARE, *Industrial Organization, A Strategic Approach*. Editorial Mc. Graw - Hill, Estados Unidos de América, 2000, págs. 684 - 685.





81. Cuando una actividad está integrada verticalmente, se presume que las decisiones que afectan a las distintas unidades que componen la cadena de producción y comercialización se toman de manera centralizada, de acuerdo con la conveniencia del grupo económico que controla dichas unidades. En cambio, cuando la actividad está verticalmente desintegrada lo normal es que cada empresa individual tome las decisiones que le competen según la posición en la que se encuentre, pensando en su beneficio individual y no en el de otras empresas que operan dentro de la cadena de producción y comercialización de la que forma parte.
82. La integración vertical posee una dirección, la cual puede ser hacia atrás o hacia adelante. Si una empresa decide acercarse a sus proveedores incorporándolos a su cadena de valor, y de esta manera tomar el control sobre ellos, se dice que la empresa está "integrada verticalmente hacia atrás". Por el contrario, si la empresa decide acercarse más a sus clientes encargándose de distribuir sus productos al consumidor final, prescindiendo de empresas externas para realizar dicha labor, entonces se dice que la empresa está "integrada verticalmente hacia adelante".
83. Existen distintos grados de integración vertical y dominio de una empresa frente a la cadena de valor de sus productos. Estos distintos grados pueden ser clasificados, según su grado de intensidad, en "integración plena", "cuasi-integración", "integración parcial" y "no-integración".

### 3.1.6.2 Costos y beneficios de la integración vertical

84. Toda vez que la integración puede involucrar costos sustanciales, una firma necesita una buena razón para integrarse verticalmente. En este sentido, se ha identificado tres posibles costos o limitaciones que enfrentaría una empresa al integrarse verticalmente<sup>41</sup>:
  - (i) El costo de acceder a sus propios factores de producción o el de distribuir su propia producción será mayor para una firma que se integra verticalmente que para una que depende del mercado abierto, en el cual las empresas proveedoras o distribuidoras participan en un entorno competitivo satisfaciendo eficientemente las necesidades de la firma.
  - (ii) A medida que una firma crece, la dificultad y el costo de administración de los negocios de las diversas etapas se incrementa, lo que implica una mayor fracción de costos fijos y un mayor riesgo para el negocio.
  - (iii) La decisión de integrarse verticalmente demandará costos legales sustanciales que justifiquen la fusión vertical frente a las autoridades de competencia. Por ejemplo, en el Perú, la decisión de fusión vertical en el sector eléctrico debe ser notificada por la firma interesada a la Comisión de Libre Competencia, en caso ella posea previa o posteriormente al acto que

<sup>41</sup> CARLTON, Dennis y Jeffrey PERLOFF. *Modern Industrial Organization*. Editorial Addison Wesley, tercera edición. Estados Unidos de América, 2000, págs. 379 - 383.

originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% del mercado involucrado.<sup>42, 43</sup>

85. Dados los costos mencionados, las empresas se integrarán verticalmente sólo si los beneficios son mayores a dichos costos. En este sentido, las principales ventajas de la integración vertical son<sup>44</sup>:
- (i) Disminución de los costos de transacción involucrados en las operaciones de compra o venta a otras compañías. En efecto, podrían haber interrupciones en el abastecimiento del servicio si un proveedor súbitamente se retira del negocio o recibe una mejor oferta de una empresa rival en la actividad *downstream*. Aun si la provisión no es interrumpida, existe un significativo riesgo de que los precios cambien cada vez que se renegocie un contrato. Asimismo, existen costos de búsqueda para encontrar proveedores con mejores precios.
  - (ii) Continuidad en el abastecimiento de insumos necesarios para la producción. Para realizar esto, la firma se "*integra verticalmente hacia atrás*", comprando o construyendo la facilidad necesaria para producirlos. Asimismo, los costos de transporte o traslado de los insumos se reducen dada la mayor facilidad de intercambio de información dentro de una firma (intra-firma) que entre firmas (inter-firma). En este enfoque, la fuente de economías en la operación se encuentra en el ahorro de los costos asociados al proceso de contratación entre partes separadas y el ahorro de costos destinados a evitar que cada uno de los contratantes sea víctima de un comportamiento oportunista por parte del otro.
  - (iii) Corrección de fallas de mercados (externalidades) mediante la internalización de las mismas. Así, es posible que una firma con muchas sucursales pueda asegurar una calidad uniforme de su producción controlando todas sus filiales, lo que resultará en una mejor reputación (externalidad) del producto (y de la firma) frente a los consumidores.
  - (iv) Capacidad de maniobra para enfrentar mejor las decisiones del Estado (v.g. control de precios), de regulación (v.g. restricción de márgenes de utilidades) y de impuestos (v.g. aplicación de impuestos a los ingresos o utilidades).
  - (v) Incremento de poder de mercado a través de la monopolización del mercado *upstream* o *downstream*. En efecto, una empresa monopolística productora de cierto insumo que se integra verticalmente hacia delante, adquiriendo a una empresa productora (que emplea el insumo), que se desenvuelva en un entorno monopolístico o competitivo, podría incrementar sus beneficios monopólicos trasladando su poder de mercado del nivel

<sup>42</sup> Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

<sup>43</sup> En el caso de los Estados Unidos de América, se requerirán abogados para defender la fusión ante la Comisión Federal de Comercio o el Departamento de Justicia.

<sup>44</sup> Mayor desarrollo en CARLTON, Dennis y Jeffrey PERLOFF, Op. Cit.; y CHURCH, Jeffrey y Roger WARE, Op. Cit.



*upstream* hacia el nivel *downstream*<sup>45</sup>, con lo cual puede tener la capacidad para discriminar precios, eliminar competencia o incrementar las barreras de entrada en la actividad.

En particular, bajo el supuesto de dos empresas monopólicas, una en el nivel *upstream* y la otra en el nivel *downstream*, la decisión de integración vertical hacia delante le permite a la empresa productora del insumo la eliminación de monopolios sucesivos o la eliminación de la "doble marginalización"<sup>46</sup>.

- (vi) Eliminación del poder de mercado de otra(s) firma(s) integrada(s) verticalmente.<sup>47</sup>
- (vii) Subsidios cruzados. Esta situación se presenta cuando una empresa sostiene las actividades económicas de otra empresa perteneciente al mismo grupo económico. En el caso de empresas integradas verticalmente la empresa que subsidie sostendrá las actividades empresariales de otra empresa vinculada que se encuentre en el segmento *downstream* o *upstream* de la cadena productiva. En el extremo, una empresa que subsidia a su vinculada, incluso podría estar realizando sus actividades con pérdidas individuales, lo cual tiene sentido si la empresa subsidiaria obtiene ganancias supranormales que beneficie al grupo (v.g. podría ser el caso de Perurail y Fetrans)

### 3.1.6.3 Efectos anticompetitivos de la integración vertical

- 86. Cierta doctrina económica<sup>48</sup> explica que las denuncias legales más comunes en contra de la integración vertical están relacionadas con la "exclusión del mercado" (*market foreclosure*). En efecto, el *market foreclosure* es uno de los efectos que pueden resultar de la fusión entre dos empresas, sobre todo cuando una o ambas (en una relación de mercados *upstream* – *downstream*) poseen poder de mercado.
- 87. Por el contrario, si tanto en el nivel *upstream* como en el *downstream* existen muchas firmas, las fusiones verticales pueden ser visualizadas como una forma de competencia distinta de precios (v.g., según el modelo Cournot). En ese sentido, cuando ambos niveles no se muestran concentrados, los proveedores (nivel *upstream*) pueden asegurar la demanda del insumo que producen a través de la integración vertical hacia delante. Esto, puede causar daño a las

<sup>45</sup> En el caso de un entorno competitivo en el nivel "*downstream*" dependerá si la función de producción en este nivel es de proporciones fijas o variables. Mayor detalle en CHURCH, Jeffrey y Roger WARE, Op. Cit., págs. 685-688.

<sup>46</sup> En el Anexo N° 5 que forma parte integrante del presente informe se explica la eliminación de la "doble marginalización" resultado de la integración vertical cuando en los niveles *upstream* y *downstream* se tienen empresas monopólicas.

<sup>47</sup> Por ejemplo, generalmente los productores de lácteos cuando enfrentan a un único procesador de leche, es decir a una empresa con poder de mercado, deciden integrarse verticalmente hacia delante para contar con su propio procesador, y de esta manera eliminar el poder de mercado de la empresa procesadora monopsonista.

<sup>48</sup> VISCUSI, W., VERNON, J. y J. HARRINGTON, Op. Cit.



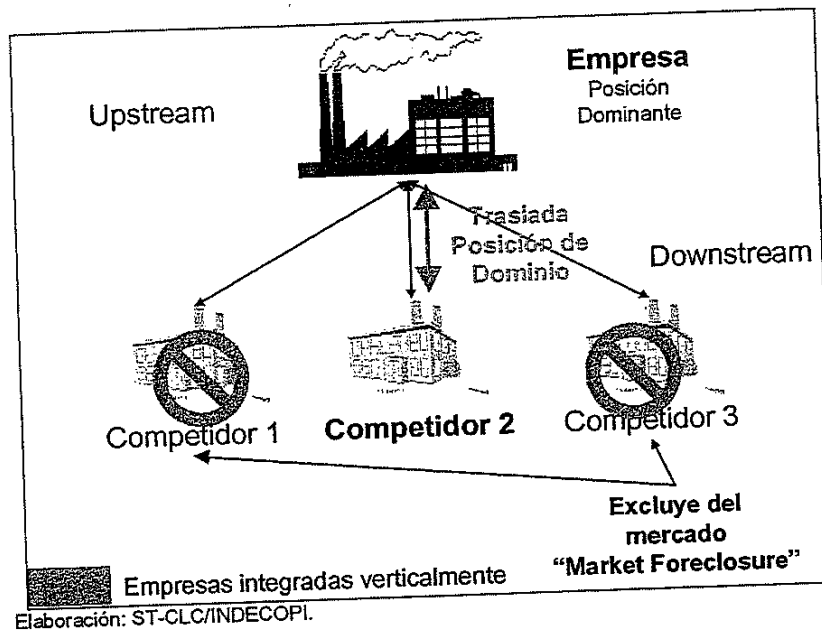
Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



empresas rivales que tengan menor capacidad económica - financiera para integrarse, pero en un contexto competitivo<sup>49</sup>.

88. La situación cambia radicalmente si en alguno de los niveles existe un entorno monopólico o de pocos competidores. En efecto, partiendo de un entorno competitivo en el nivel *downstream* (ver Gráfico N° 4), la integración vertical de una empresa de este nivel con la única empresa en el nivel *upstream* podría causar la exclusión del mercado (*market foreclosure*) al resto de empresas minoristas con las que compete, eliminando la posibilidad de que éstas obtengan los insumos necesarios para satisfacer la demanda de sus clientes. Asimismo, una vez realizada la fusión vertical, la empresa del *upstream* tendría incentivos para implementar una práctica de discriminación de precios o de negativa de trato en contra de las empresas que compiten con su empresa vinculada.

**Gráfico N° 4**  
**Efecto anticompetitivo de la integración vertical: entorno monopólico en el *upstream* y competitivo en el *downstream***



89. Dado lo anterior, es posible observar que la empresa dominante traslada su posición de dominio al distribuidor elegido en el nivel *downstream* y pone en desventaja a los competidores en este último, lesionando con ello la competencia en el mercado del distribuidor. Adicionalmente, se incrementan las barreras de entrada en el nivel *downstream* desde que un potencial entrante se verá obligado a acceder a fuentes de aprovisionamiento alternativas o, en el extremo, desarrollar su propia línea de producción de insumos.
90. Otro efecto anticompetitivo que puede resultar de la integración vertical está relacionado con el incentivo a la implementación de una estrategia consistente

<sup>49</sup> Ibidem.

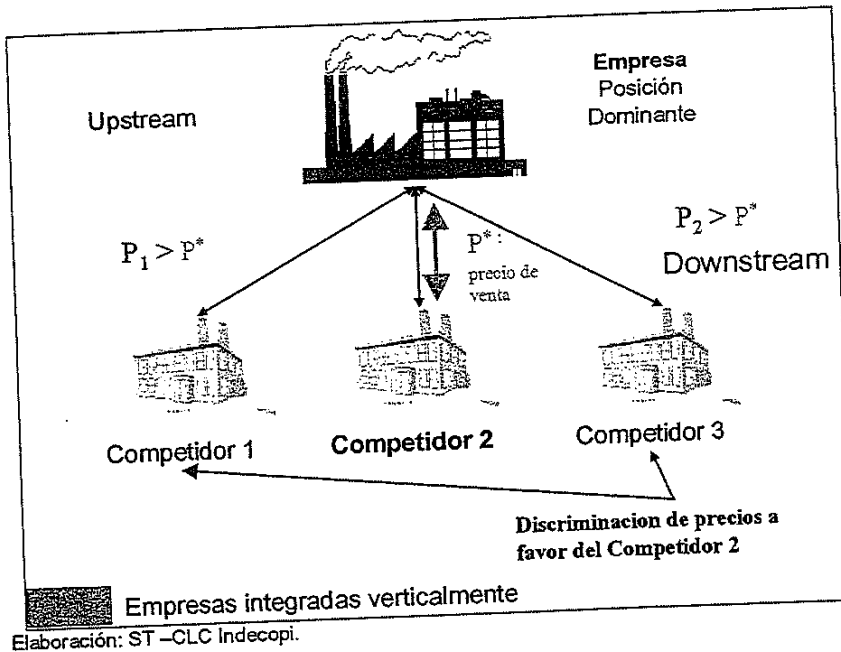




en incrementar los costos de los rivales (*Raising Rival's Costs Strategies*)<sup>50</sup> por parte de las empresas fusionadas.

91. En efecto, la integración vertical podría involucrar la decisión de la empresa vinculada encargada de la provisión del insumo de implementar una política de discriminación en precios en contra de las competidoras de su empresa vinculada (abasteciendo a esta empresa a un precio  $P^*$  menor que a sus competidoras), o niegue la venta del insumo (o imponga cuotas del producto) a favor de su vinculada y en perjuicio de los competidores de la misma. En ambos casos, los competidores 1 y 3 (Gráfico N° 5) verán incrementados sus costos de producción; lo que determinará que en el largo plazo estas empresas sean excluidas del mercado.

**Gráfico N° 5**  
**Efectos anticompetitivos de estrategia "raising rival costs"**



92. En efecto, diversa doctrina y jurisprudencia ha manifestado su preocupación por aquellas conductas que puedan incrementar el poder de mercado de las empresas y al mismo tiempo pongan en desventaja a sus rivales. Tal es el caso de los precios predatorios, esto es, fijar precios por debajo de los costos en el corto plazo para inducir la salida del rival, y luego recuperar los ingresos dejados de percibir incrementando nuevamente los precios a niveles monopólicos<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> SALOP y SCHEFFMAN. *Multi-Market Strategies in a Dominant Firm Industry*. Working Paper N° 100, Bureau of Economics, Federal Trade Commission, Washington D.C., 1986. También en SALOP y SCHEFFMAN, "Cost-Raising Strategies". Working Paper N° 146, Bureau of Economics, Federal Trade Commission, Washington D.C., 1986.

<sup>51</sup> En los últimos años, la lógica de la teoría tradicional de los precios predatorios ha sido criticada, principalmente por lo difícil que es que su implementación sea creíble. Los economistas han respondido a esta controversia desarrollando una extensa literatura en la que la predación de precios sea creíble. Por ejemplo, Fudenberg y Tirole muestran que, con información incompleta, las víctimas de precios



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



93. En conclusión, si hay múltiples alternativas de clientes y/o proveedores no existe razón válida para oponerse a la integración vertical. Sin embargo, si se reduce el número de participantes, y en el extremo existe un único proveedor y/o cliente, entonces esta práctica sí podría alterar la competencia (v.g. traslado de poder de mercado, *market foreclosure*, discriminación de precios y cantidades, y *raising rival costs*). En este caso se justifica la necesidad de revisar el caso particular para ponderar los efectos de la relación vertical sobre la competitividad del mercado.

### 3.2. Marco normativo. La reforma del sector ferroviario

#### 3.2.1. El Decreto Legislativo 690 y el Decreto Supremo 017-99-MTC

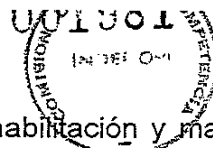
94. El 6 de noviembre de 1991 se emitió el Decreto Legislativo 690 por medio del cual se reguló la actividad ferroviaria en el Perú. Dicha regulación se orientó principalmente a incentivar la inversión privada en las actividades ferroviarias. En efecto, a principio de los años noventa la infraestructura ferroviaria se encontraba deteriorada por la falta de mantenimiento, razón por la cual el Estado consideró que resultaba conveniente promover la participación de los inversionistas privados en el sector así como la libre competencia entre los operadores privados del servicio de transporte ferroviario, con el propósito de mejorar la cantidad en la provisión de dicho servicio<sup>52</sup>.
95. En ese sentido, conforme al artículo 1 del Decreto Legislativo 690, se encuentra prohibida cualquier forma de monopolio y de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria; motivo por el cual se ha dispuesto que el Estado garantice la libertad del tráfico ferroviario en el Perú.
96. En virtud del Decreto Legislativo 690, se ha establecido la desintegración de las actividades ferroviarias en:
- (i) Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria<sup>53</sup>.
  - (ii) Servicios de transporte ferroviario, que comprende las operaciones de embarque, desembarque, carga y, en general, todo lo necesario para permitir el movimiento de pasajero y de carga en las vías férreas, así como las operaciones relacionadas al material rodante compuesto por locomotoras, coches y vagones, y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad.

predatorios serían incapaces de financiar sus pérdidas de corto plazo, aun si el mercado de capitales funciona bien. En: FUDENBERG, D. y TIROLE, J., *Predation without Reputation*, Massachusetts Institute of Technology, 1985.

<sup>52</sup> Conforme a los considerandos del Decreto Legislativo 690.

<sup>53</sup> La infraestructura vial ferroviaria comprende las vías permanentes, el ancho de la zona del ferrocarril, los terraplenes, puentes, túneles, rieles, durmientes y demás bienes afectados al servicio, así como las instalaciones complementarias que comprende patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal.





97. Con relación al servicio de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura férrea, el decreto legislativo bajo comentario dispone que éstos sean otorgados a los inversionistas bajo la modalidad de concesiones a través de licitaciones públicas, nacionales o internacionales.

Dicho servicio se encuentra sometido a regulación tarifaria de acuerdo a lo señalado por esta norma. En efecto, los concesionarios del servicio de construcción, rehabilitación y mantenimiento de infraestructura ferroviaria cobrarán directamente a los operadores del servicio de transporte ferroviario las tarifas que apruebe la autoridad competente.

Pese a que originalmente la norma bajo comentario otorgaba la función regulatoria al MTC, dicho dispositivo ha sido derogado en virtud de lo dispuesto en las Leyes 26917 y 27332. Por medio de la primera norma legal se creó el Ositrán y se le encargó la función de fijar tarifas y supervisar las contenidas en los contratos de concesión de las entidades prestadoras que exploten infraestructura de transporte de uso público. En virtud del segundo dispositivo legal, se le otorgó al Ositrán la calidad de organismo regulador y se le encomendó la función reguladora entendida como la capacidad de fijar las tarifas de los servicios sometidos bajo su ámbito de competencia.

98. Ahora bien, acorde con la doctrina económica, la regulación o fijación administrativa de tarifas, cargos de acceso e interconexión de redes se justifica en monopolios naturales o facilidades esenciales, supuestos en los cuales resulta más eficiente que sólo un agente opere una infraestructura o preste servicios en el mercado. Por lo tanto, al estar sometido a regulación tarifaria por parte del Ositrán, se puede inferir que la ley ha reconocido que el servicio de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria presenta características de monopolio natural, con lo cual se justifica que un solo operador explote un determinado tramo mediante una concesión.

99. Lo anterior, guarda relación con lo dispuesto en el REMA, en el cual se señala que en el transporte ferroviario se consideran facilidades esenciales (es decir, con características de monopolio natural) a la línea férrea, los patios de maniobras, los desvíos, entre otros; mientras que son considerados servicios esenciales (actividad donde es posible la competencia), el transporte ferroviario de carga y pasajeros, el embarque y desembarque, entre otros.<sup>54</sup>

Según el REMA, los servicios esenciales son aquellos que pueden ser prestados en un régimen de competencia, "colgándose" o "sirviéndose" para ello de una facilidad esencial. En el presente caso, el servicio esencial sería el transporte ferroviario de carga y pasajero operado por Perurail a lo largo de la infraestructura ferroviaria (facilidad esencial) dada en concesión a Fetrans.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> La primera versión del REMA, aprobado mediante Resolución N° 034-2001-CD-OSITRAN, vigente desde el 1 de enero de 2002, también hacía la distinción entre servicios con características de monopolio natural y servicios competitivos.

<sup>55</sup> La finalidad de la primera versión del REMA (al igual que del vigente) fue promover el bienestar de los usuarios a través de una mayor competencia en la prestación de los servicios que resulten esenciales para completar la cadena logística del transporte de carga y pasajeros y que requieran la utilización de facilidades esenciales (con características de monopolio natural) controladas por una entidad prestadora (v.g. la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU respecto de las facilidades esenciales de los terminales portuarios de su titularidad).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

100. En el REMA vigente se dispone que los cargos, precios o tarifas de acceso son la contraprestación que debe pagar cualquier operador de servicios competitivos<sup>56</sup> por la utilización de la facilidad esencial. En el caso del transporte ferroviario, las tarifas de acceso formarán parte de las condiciones de acceso que fijará el Ositran cuando el operador de la vía ferroviaria (infraestructura de transporte de uso público - facilidad esencial) no logre llegar a un acuerdo con el operador de transporte ferroviario de carga y pasajeros sobre los términos bajo los que le cedería el uso de la referida vía.
101. De otro lado, según lo dispone el Decreto Legislativo 690, la prestación del servicio de transporte ferroviario puede ser prestado libremente por cualquier persona natural o jurídica constituida y establecida en el país, siempre y cuando obtenga un permiso de operación emitido por el MTC. Dado que se trata de un segmento de la cadena productiva susceptible de ser prestado en términos de competencia, el decreto legislativo bajo comentario ha establecido que los precios y fletes cobrados por los operadores de estos servicios sean establecidos libremente, de acuerdo a las reglas de la oferta y la demanda.
102. Por lo tanto, se observa que la intención del legislador fue separar las actividades ferroviarias en dos, de acuerdo a un criterio de competencia. De esta manera, el servicio de construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías y la infraestructura ferroviaria en general, por presentar características de monopolio natural, es prestado por un solo concesionario adjudicatario de un determinado tramo y sometido a regulación económica (v.g. Fetrans). Por su parte, el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros prestado sobre la infraestructura vial ferroviaria, al ser una actividad susceptible de ser operada en competencia, es prestada bajo un esquema de libertad de precios, previa obtención de la autorización respectiva ante el MTC.
103. De otro lado, mediante el Decreto Supremo 027-99-MTC, publicado el 13 de julio de 1999, se aprobó el Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento de Permiso de Operaciones del servicio de transporte ferroviario (en adelante, Reglamento de Permiso de Operaciones). En virtud del referido reglamento se dispuso que el MTC se encargaría (a través de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles<sup>57</sup>) de otorgar el Permiso de Operación respectivo para que los operadores ferroviarios presten el servicio de carga o pasajeros en las vías férreas de propiedad del Estado.

<sup>56</sup> REMA.-

**Artículo 3.- Definiciones**

**m) Operador de servicios competitivos o en competencia.**

Es el agente autorizado a brindar Servicios Esenciales usando Facilidades Esenciales. Puede ser el operador principal, operador secundario, tercero calificado u otro.

<sup>57</sup>

El Reglamento sobre el Permiso de Operaciones dispuso en un primer momento que el Permiso de Operación sería otorgado por la Dirección de Circulación Terrestre del MTC. Posteriormente, mediante Decreto Supremo 017-2002-MTC se encargó dicha función a la Dirección General de Caminos del MTC. Finalmente, mediante Decreto Supremo 041-2002-MTC se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del MTC en cuyo literal d) del artículo 60 (artículo modificado mediante Decreto Supremo 017-2003-MTC) dispuso que la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles se encargaría de autorizar los referidos permisos.







La obtención del permiso constituye, en ese sentido, requisito previo e indispensable para prestar el mencionado servicio de transporte ferroviario.

104. Conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de Permiso de Operaciones, para que una empresa obtenga el Permiso de Operación ferroviaria de carga y pasajeros, debe presentar los siguientes documentos:

- (i) Copia del Registro Único de Contribuyente.
- (ii) Copia simple de la escritura pública de constitución y de los estatutos vigentes de la persona jurídica, debidamente inscritos en los Registros Públicos. Los estatutos deberán contemplar de manera expresa que el objeto social del solicitante consiste en la prestación de servicios de transporte ferroviarios de carga y/o de pasajeros.
- (iii) Declaración jurada en la que se señale expresamente la denominación o razón social y domicilio del solicitante así como el nombre y domicilio de su representante legal. Asimismo, deberá indicarse la naturaleza y objeto de la(s) operación(es) a realizar.
- (iv) Copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en la prestación de servicios ferroviarios de carga y/o de pasajeros, según el tipo de permiso solicitado. A efectos de cumplir con este requisito, el solicitante podrá presentar la información de cualquiera de sus empresas matrices o subsidiarias.
- (v) Copia de la proforma de cobertura emitida por una compañía de seguros, la que deberá tener un plazo de vigencia equivalente al periodo de duración del permiso de operación.

105. Según lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento de Permiso de Operaciones, dichos permisos emitidos por el MTC tienen una vigencia anual, contada desde la fecha de emisión de la correspondiente Resolución Directoral que dispone la autorización. Los Permisos de Operación se renovarán anualmente antes de la fecha en que se extingan los efectos de éstos, previa presentación de las pólizas vigentes que correspondan.

106. Conforme al artículo 11 del Reglamento de Permiso de Operaciones, los seguros a los que se hace referencia en el párrafo precedente son los siguientes:

- (i) Cobertura de daños y perjuicios a terceros por un monto mínimo US\$ 5 000 000,00 (Cinco millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), que debería incluir pero no limitarse de daños derivados de polución y contaminación. La cobertura se entenderá por evento o siniestro.
- (ii) Cobertura de todo riesgo por destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros. Dicha cobertura deberá incluir pero no limitarse a los supuestos de destrucción a causa de desastres naturales, terrorismo o sabotaje y por un monto mínimo



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



de US\$ 10 000 000,00 (Diez millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por evento o siniestro.

- (iii) En caso de prestar servicios de transporte de pasajeros, el operador deberá contratar, adicionalmente, pólizas por cobertura de daños a éstos, incluyendo lesiones, invalidez o muerte, por un monto mínimo de US\$ 20 000,00 (Veinte mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América), por siniestro o evento. Asimismo, deberá contratarse la cobertura por daños o pérdidas de equipaje por un monto mínimo de 25% de una UIT por pieza de equipaje declarado.

En todos los casos, el operador del servicio de transporte ferroviario debe cuidar que las pólizas contengan estipulaciones que aseguren el pago de las indemnizaciones a favor de los eventuales afectados, sin que dicho pago se vea perjudicado en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, aun en el caso en que existan discrepancias entre el operador y el concesionario respecto del siniestro ocurrido.

107. Ahora bien, de acuerdo al artículo 13 del Reglamento de Permiso de Operaciones, la sola obtención del permiso respectivo no otorga a su titular el derecho a operar inmediatamente si previamente éste no informa al MTC y al Ositrán lo siguiente:

- (i) Si ha celebrado y mantiene vigente un Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea con el concesionario.
- (ii) El detalle del material tractivo y rodante a utilizar.
- (iii) El detalle de la tripulación que utilizará para la prestación del servicio.
- (iv) Copia de los respectivos certificados de cobertura de seguros vigentes a lo señalado en el reglamento.

### 3.2.2. El transporte ferroviario

108. La actividad ferroviaria consiste en el uso del ferrocarril como medio de transporte para el traslado de personas y mercancías desde un punto geográfico hacia otro. De ahí que la demanda por este tipo de transporte pueda considerarse, en términos generales, una demanda derivada<sup>58</sup> por parte de usuarios que desean trasladarse con la finalidad de obtener algún beneficio (demanda de servicios turísticos, por ejemplo) o trasladar carga con fines productivos (materias primas, por ejemplo)<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> BUTTON, Kenneth. *Transport Economics*. Segunda edición, Edward Elgar Publishing Limited, 1993, pág. 4.

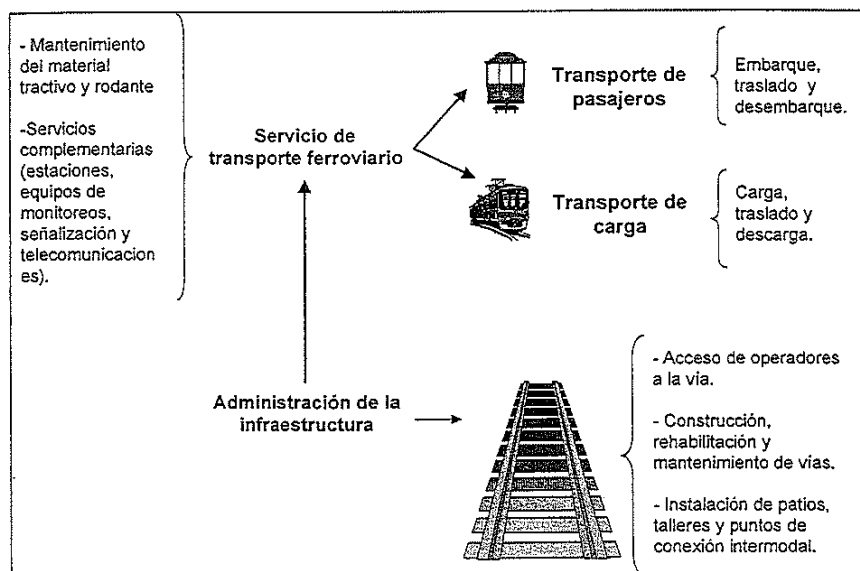
<sup>59</sup> Al respecto, Ginés de Rus, Javier Campos y Gustavo Noboa, han señalado que: "La primera característica de la demanda de transporte es su *carácter derivado*. Generalmente (salvo en los viajes de ocio y placer) no se desea viajar *per se*, sino que se hace con el objetivo de realizar una actividad localizada en el espacio y en el tiempo". (DE RUS, Ginés; CAMPOS, Javier; y Gustavo NOBOA. *Economía del Transporte*. Editorial Bosch, Barcelona, 2003, pág. 129).





109. Básicamente en la actividad ferroviaria se distinguen dos actividades: (i) la administración de la infraestructura ferroviaria y (ii) el servicio de transporte ferroviario (ver Gráfico N° 6).<sup>60</sup> Ambos tipos de negocio son complementarios debido a que el servicio de transporte requiere necesariamente el uso de la infraestructura ferroviaria. Y la inversión en infraestructura tiene razón de ser en tanto haya operadores que utilicen la vía férrea.

**Gráfico N° 6**  
**La Actividad Ferroviaria**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ.

110. La infraestructura ferroviaria está conformada por la línea férrea, las estaciones y los andenes<sup>61</sup>; los sistemas de señalización y comunicaciones; los patios de maniobras y desvíos; así como terrenos y demás instalaciones que permitan la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga.

111. La administración de dicha infraestructura comprende los siguientes servicios: (i) el otorgamiento de acceso a la vía férrea a operadores ferroviarios, mediante el cual se les permite a estos últimos la entrada y utilización de la vía para brindar el servicio de transporte ferroviario; (ii) la programación y coordinación de los horarios durante los cuales el material tractivo y rodante<sup>62</sup> manejado por

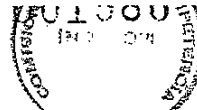
<sup>60</sup> KOGAN, Jorge H (editor). *Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur*. Corporación Andina de Fomento, Caracas, 2004, págs. 216, 217 y 235.

<sup>61</sup> Especie de acera a lo largo de la vía, más o menos ancha, y con la altura conveniente para que los viajeros entren en los vagones y se apeen de ellos, así como también para cargar y descargar equipajes y efectos. Ver: <http://www.rae.es/>, portal web de la Real Academia Española.

<sup>62</sup> El material tractivo es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros. Está conformado por locomotoras, autovagones y autovías. Por su parte, el material rodante es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros. Está conformado por coches de pasajeros, vagones de carga y jaulas para carga.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



los operadores ferroviarios podrán recorrer la vía (iii) la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas, los terraplenes<sup>63</sup>, puentes, túneles, rieles y durmientes<sup>64</sup>; y (iv) la instalación de infraestructura complementaria que comprende patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal<sup>65</sup>.

112. Por su parte, el servicio de transporte ferroviario puede ser de dos tipos: de pasajeros y de mercancías. El servicio de transporte de pasajeros o mercancías consiste principalmente en el traslado de personas o mercancías (y de ser el caso el embarque o carga y desembarque o descarga), desde un punto geográfico de origen hacia otro de destino, y requiere necesariamente del uso de material tractivo y rodante.<sup>66, 67</sup>

### 3.2.2.1. Modelos de organización del transporte ferroviario

113. Al igual que otras actividades de transporte, el servicio de transporte ferroviario se sustenta en una industria de red<sup>68, 69</sup>. Como muchas industrias de red, la

<sup>63</sup> Macizo de tierra con que se levanta para hacer una defensa o un camino. (Esta definición es aplicada a puentes). Ver: <http://www.geocities.com/iescud2000/lospuentes/glosario.htm> (visitada el 9 de junio de 2005).

<sup>64</sup> Se llaman durmientes o traviesas a las piezas que se colocan transversalmente sobre el balasto (cierta clase de material, tal como piedra triturada, grava, escoria o cenizas, que se coloca sobre el camino sin pavimentar) para proporcionar a los rieles de la vía un soporte adecuado. Los durmientes no solo soportan los rieles sino que proporciona un medio para que los rieles se conserven con seguridad a la distancia correcta del escantillón (plantilla que sirve para trazar las líneas y fijar las dimensiones según las cuales se han de labrar las piezas en diversos artes y oficios mecánicos). La mayor parte de los durmientes que se emplean en los ferrocarriles son de madera. También existen los durmientes de concreto, metal, concreto con piezas de metal o de madera insertadas. Ver: [http://construaprende.com/caminos/ferr/tf1/tf1\\_p3.htm](http://construaprende.com/caminos/ferr/tf1/tf1_p3.htm). (visitada el 9 de junio de 2005).

<sup>65</sup> La realización de dichos servicios requiere equipos especiales, tales como cambiadores de durmientes, rameadores, niveladores, equipo de encarrillar, lubricadores de rieles, perforadores de durmientes, tirafoneras, ajustadores, entre otros. Ver: Cláusula Primera del Contrato de Concesión de Ferrocarriles: Definiciones y Reglas de Interpretación.

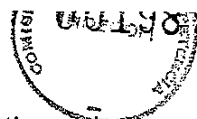
<sup>66</sup> Locomotoras, autovagones, vagones, coches de pasajeros, jaulas de carga, entre otros.

<sup>67</sup> El transporte ferroviario requieren de una serie de servicios complementarios para el normal funcionamiento de sus operaciones, tales como: (i) el mantenimiento del material tractivo y rodante, para que éste opere en las condiciones adecuadas y se eviten o minimicen las fallas técnicas; (ii) equipos de monitoreo y señalización, que permitan el óptimo y seguro recorrido del material tractivo y rodante sobre la vía férrea y se eviten congestiones y accidentes; (iii) estaciones para la partida y arribo de pasajeros; y (iv) equipos especiales para la carga y descarga de las mercancías a ser transportadas (por ejemplo, grúas o fajas).

<sup>68</sup> ECONOMIDES, Nicholas. *The Economics of Networks*. International Journal of Industrial Organization, 1996, Vol. 14, N° 2.

<sup>69</sup> Una red se compone por un conjunto de nodos conectados entre sí mediante líneas de enlace. Los nodos pueden ser emisores, receptores, o emisores y receptores al mismo tiempo. Según la literatura de economía de redes, la industria ferroviaria pertenece al tipo de red de "doble dirección o bidireccional", y es la característica de complementariedad entre sus componentes de red la que determina que la industria exhiba retornos crecientes a escala o externalidades de red. Dependiendo del tipo de red, la externalidad puede ser positiva o negativa. Por ejemplo, en el caso de las redes de telefonía (red bidireccional) un consumidor adicional genera una externalidad positiva a los consumidores ya existentes en la red, pues se incrementan las posibilidades de comunicación. En el caso de las redes ferroviarias (red bidireccional), una línea de enlace (un tramo) adicional generaría una externalidad positiva a los





infraestructura ferroviaria presenta características de monopolio natural. En efecto, en la infraestructura ferroviaria se identifica una fuerte subaditividad de costos<sup>70</sup>, originada fundamentalmente por la presencia de economías de escala<sup>71</sup> y de diversificación<sup>72</sup>.

114. Como se ha señalado, en la industria ferroviaria se distinguen dos grandes actividades, la explotación de la infraestructura ferroviaria (vías férreas y estaciones, entre otros) y la explotación del transporte ferroviario (de carga y de pasajeros). La infraestructura ferroviaria se caracteriza por la presencia de altos costos hundidos<sup>73</sup> y por la presencia de subaditividad de costos<sup>74</sup>. De otro lado, el servicio de transporte ferroviario requiere de la utilización de material tractivo y rodante, activo que al ser de carácter específico involucra costos hundidos.
115. Hasta mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, la industria ferroviaria era una actividad sujeta a regulación estatal en muchos países, concebida como un monopolio natural y operada por un único titular que integraba todos los negocios de la actividad (infraestructura y transporte), sea a nivel estatal o privado.
116. Estudios de la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica - OECD<sup>75, 76</sup> han mostrado que en Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos de

consumidores ya existentes así como a los nuevos usuarios del nuevo tramo, puesto que se incrementan las posibilidades de transporte.

- <sup>70</sup> El concepto de subaditividad de costos hace referencia a una situación en el que, dentro del tramo de demanda relevante para una industria, una firma es capaz de producir la cantidad que se demanda del bien a un costo menor o igual al que exhibirían dos o más firmas. Ello puede estar relacionado tanto con la existencia de economías de escala como con la existencia de economías de diversificación, dentro del tramo relevante de la curva de demanda.
- <sup>71</sup> Las presencia de economías de escala implica que, a medida que se incrementa el número de pasajeros o de carga transportada, los costos unitarios tienden a reducirse.
- <sup>72</sup> En cuanto a las economías de diversificación, éstas se originan en el hecho de que existen activos de la actividad ferroviaria que pueden ser utilizados para el servicio de transporte de carga o de pasajeros, por lo que los costos de prestar un servicio adicional para una empresa que ya presta alguno de los servicios mencionados, resulta menor que el que enfrentaría una empresa interesada en especializarse en sólo uno de estos mercados.
- <sup>73</sup> Por ejemplo, después de instalados, los rieles de las vías del tren tienen un valor de inversión nulo en cualquier otra aplicación distinta del transporte ferroviario. Inclusive, es probable que el costo de reasignar dichos activos sea mayor a su valor de chatarra. (En: PAREDES, V. *Privatización y política de competencia en servicios ferroviarios*. Informe Anual 1997 de la Comisión Federal de Competencia de México, 1997, pág. 2.)
- <sup>74</sup> Al respecto, Javier Campos y Pedro Cantos, han señalado que: "...la aparición de la teoría de los mercados impugnables (Baumol *et al.*, 1982) contribuyó a establecer una definición más precisa del monopolio natural, fijando la condición de monopolio natural en el requisito que la función de costes sea subaditiva. Esto implica que la duplicación de la infraestructura ferroviaria es, por lo general, ineficiente (y, por lo tanto, que se caracteriza como un monopolio natural); si bien, una vez la red viaria ha sido implementada, el costo operativo de los distintos servicios y trenes ofertado eficientemente por más de una empresa". (DE RUS, Ginés y Antonio ESTACHE (editores). *Privatización y Regulación de Infraestructuras de Transporte. Una guía para reguladores*. Editorial Banco Mundial y Alfaomega Colombiana S.A., Editores, primera edición, Colombia, 2003, pág. 176)
- <sup>75</sup> Siglas correspondientes a *Organisation for Economic Co-operation and Development*.
- <sup>76</sup> OECD. *Directorate For Financial, Fiscal And Enterprise Affairs. Committee On Competition Law And Policy. Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*. DAF/CLP (98)1, 1998, pág. 7.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

América, Nueva Zelanda, Holanda y Japón, durante la década de los ochenta del siglo pasado el desempeño de la industria bajo el esquema de monopolio demostró ser deficiente, motivando un creciente interés por la privatización y desregulación como mecanismos tendientes a mejorar dichos resultados. De esta manera, a comienzos de la década anterior, distintos gobiernos iniciaron la transferencia de la administración de la infraestructura y la operación del servicio de transporte al sector privado<sup>77</sup>, a través de procesos que promovían la introducción de competencia en la industria ferroviaria, como las concesiones, contratos de gestión y privatizaciones.<sup>78</sup>

117. La experiencia internacional muestra que la mayoría de los países que han reorganizado su sector ferroviario lo han hecho sobre la base de tres modelos: separación vertical, integración vertical y acceso competitivo.<sup>79</sup>

**a) El modelo de integración vertical**

118. Este es el modelo histórico y tradicional que ha operado en el sector desde que surgió la actividad ferroviaria<sup>80</sup>. En este modelo, la administración de la infraestructura y la operación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros permanecen en manos de una sola empresa, pública o privada.<sup>81</sup>
119. En este modelo no existe la posibilidad de acceso a la infraestructura férrea por parte de otros operadores independientes que compitan en el segmento de transporte ferroviario<sup>82</sup>. Sin embargo, sí existe la posibilidad de una separación horizontal en áreas o monopolios regionales.
120. Las principales ventajas que podría presentar esta organización de la industria son las siguientes<sup>83</sup>:
- (i) Permite reducir costos de transacción entre el administrador de la infraestructura y el operador del servicio de transporte.
  - (ii) Permite la explotación más eficiente de los recursos, minimizando la capacidad ociosa en el sistema.

<sup>77</sup> La mayoría de países que implementaron reformas en el sector ferroviario a partir de mediados de la década de los ochenta del siglo pasado han continuado manteniendo la propiedad bajo titularidad del Estado.

<sup>78</sup> Hacia finales de 1997 catorce (14) países habían transferido la operación ferroviaria del sector público al sector privado. (ver cuadro). (En: Ositrán – Copri. *El proceso de concesión de la infraestructura ferroviaria en el Perú*. 2000, pág. 24. )

<sup>79</sup> Cabe resaltar que, en el presente informe, los conceptos de separación o integración vertical se referirán exclusivamente a la integración o separación de la administración de las actividades de explotación de la infraestructura y prestación del servicio de transporte, y no a la propiedad de los activos.

<sup>80</sup> OECD. Op. Cit.

<sup>81</sup> DE RUS, Ginés y Antonio ESTACHE (editores). Op. Cit., págs. 187 y 188

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> NASH C. y TONER J. Op. Cit.





(iii) Facilita el planeamiento integrado de las operaciones y de la inversión a largo plazo.

**b) El modelo de acceso competitivo**

121. Este modelo se caracteriza por la existencia de un operador del servicio de transporte ferroviario vinculado al operador de la infraestructura férrea (facilidad esencial). No obstante, éste último tiene el deber de facilitar el acceso competitivo a la infraestructura ferroviaria (v.g. vías, estaciones, etc.) al material tractivo y rodante de otros operadores de transporte ferroviario no vinculados a él.<sup>84</sup>
122. Si bien es cierto que este modelo mantiene la ventaja de un sistema integrado (economías de alcance, planificación coordinada y reducción de los costes de transacción), señalado en el acápite anterior<sup>85</sup>, uno de los principales problemas que puede enfrentar esta configuración de la industria es que la integración vertical puede brindar al concesionario de la infraestructura una ventaja estratégica en la prestación de un servicio ferroviario frente a un potencial entrante.
123. Para impedir que el administrador utilice la explotación de la infraestructura en favor de su empresa vinculada, mediante comportamientos estratégicos (discriminación de precios, negativas de tratos, etc.), el Estado debe introducir mecanismos regulatorios (políticas de acceso, contabilidades separadas, trato equitativo, entre otros) que garanticen que la actuación de la empresa no limite ni restrinja la competencia en el mercado de servicios de transporte
124. Entre los países que aplicaron modelos de acceso competitivo se encuentran Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia y México. En los países mencionados, a excepción de Brasil, el servicio de transporte de carga ha sido asignado al sector privado. En el caso de Argentina y México el servicio de transporte ferroviario de pasajeros se mantiene bajo la responsabilidad del Estado. En Brasil, la responsabilidad del servicio de pasajeros es compartida por el Estado y, en menor medida, por el sector privado.<sup>86, 87</sup>

**c) El modelo de separación vertical**

125. En este modelo se separan la operación del servicio de transporte y la administración del servicio de infraestructura, los cuales deben ser realizados necesariamente por empresas no vinculadas entre sí. Así, en el marco de este modelo, por lo general ha resultado necesario separar cada actividad, mediante la celebración de contratos de concesión (para la explotación de la infraestructura) y otorgamiento de autorizaciones (para empresas operadoras de

<sup>84</sup> DE RUS, Ginés y Antonio ESTACHE (editores). Op. Cit., págs. 187 y 188.

<sup>85</sup> Ibídem.

<sup>86</sup> KOGAN, Jorge H (editor), Op.Cit.

<sup>87</sup> Ver: Anexo N° 6 del presente informe.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

servicios) con empresas públicas o privadas para cada etapa de la cadena productiva ferroviaria.<sup>88</sup>

126. El principal objetivo de este modelo es permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario (pasajeros y de carga) sobre la misma infraestructura (competencia intramodal), evitando las distorsiones de una práctica discriminatoria por parte de la empresa integrada, tal como se señaló en el acápite anterior.
127. Este tipo de organización de la industria genera ventajas, en la medida que a través de la separación vertical se facilita<sup>89</sup>:
- (i) La promoción de la competencia entre una variedad de operadores (intramodal).
  - (ii) La reducción de costos unitarios, toda vez que a mayor tráfico en las líneas ferroviarias menor es el costo unitario (dentro de ciertos tramos de la curva de costos).
  - (iii) El mejoramiento de la calidad del servicio ofrecido: la competencia "en la vía" incentiva en los operadores la diferenciación por el servicio ofrecido.
  - (iv) La especialización y segmentación de mercados.
  - (v) El estímulo al aumento de la eficiencia a través de la competencia por el mercado, para promover la introducción de innovaciones y mejoras en la comercialización.
128. De otro lado, los principales problemas que puede presentar esta organización del mercado son las siguientes:<sup>90</sup>
- (i) En el caso de mercados de tamaño reducido la introducción de competencia puede implicar una disminución de las economías de escala.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> DE RUS, Ginés y Antonio ESTACHE (editores). Op. Cit., págs. 187 y 188.

<sup>89</sup> NASH C. y TONER J. *Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*. OECD, DAFFE/CLP(98)1, 1998, pág. 10.

<sup>90</sup> Javier Campos y Pedro Cantos han señalado que el proceso de separación vertical posee varios inconvenientes: "El principal problema es la pérdida potencial de economías de alcance procedentes de la oferta conjunta de la infraestructura y los servicios. Se argumenta con asiduidad que la relación entre los servicios ofertados y el material de transporte utilizado, así como la calidad, cantidad y características técnicas de la infraestructura, es tan estrecha que ambos aspectos necesitan ser planificados conjuntamente (...) Otro factor negativo es que el riesgo e incertidumbre de este nuevo modelos son elevados, los usuarios sienten menos atractivo por él frente a un sistema de carácter integrado. Se argumenta también que un régimen de separación vertical necesita de un marco institucional tan complejo que los costes de transacción para muchos países serían prácticamente prohibitivos. El último problema es la reducción de los incentivos a la inversión. (DE RUS, Ginés y Antonio ESTACHE, editores. Op. Cit., pág. 188).

<sup>91</sup> Ositran - Copri. Op. Cit., pág. 22.





- (ii) La posibilidad de una menor tasa de utilización de las maquinarias y equipos de las empresas competidoras del sector, dado que cada empresa cuenta con una menor cantidad de clientes.
- (iii) Mayores costos de coordinación para la asignación de horarios y rieles y en la planificación de inversiones.

129. Entre los países que aplicaron modelos de separación vertical se encuentran Inglaterra y Suecia. En el caso de Inglaterra, las actividades de administración de la infraestructura ferroviaria y operación del servicio de transporte (carga y pasajeros) fueron asignadas al sector privado; mientras que en Suecia las mismas actividades se mantuvieron a cargo del sector público para luego permitir la entrada de competidores privados en la operación de los servicios de transporte.
130. Además, en el caso de Inglaterra, a pesar de las políticas diseñadas para la introducción de mayor competencia intramodal en los mercados de transporte de carga y pasajeros, no se obtuvieron los resultados esperados. En efecto, Inglaterra ha venido registrando niveles limitados de competencia en el servicio de pasajeros y una elevada concentración en el servicio de carga<sup>92</sup>. Todo lo contrario ha ocurrido en Suecia, donde los resultados son más alentadores en lo que respecta al mantenimiento y mejoramiento de la infraestructura ferroviaria y la introducción de competencia intramodal<sup>93</sup>.

### 3.2.2.2. Competencia intermodal e intramodal

131. Existe competencia intermodal cuando el servicio de transporte ferroviario tiene como sustitutos otros medios de transporte (transporte por carreteras, transporte aéreo o acuático). En efecto, por el lado del servicio de transporte de pasajeros puede existir la competencia de buses, aviones, barcos y autos privados; mientras que por el lado del servicio de transporte de carga, el ferrocarril puede enfrentar la competencia de camiones, barcazas, buques y aviones.
132. De otro lado, la competencia intramodal en el transporte ferroviario hace referencia a la competencia de dos o más empresas que utilizan una misma infraestructura o vía férrea.

<sup>92</sup> RAMOS, Rodolfo. *La Privatización del Ferrocarril Británico: Una visión crítica*. Universidad San Pablo-Ceu. Madrid, España, 2002.

OECD. Op. Cit, pág. 21.

<sup>93</sup> Las diferentes políticas que han venido adoptando el Parlamento de Suecia a partir de la promulgación de la *Transportation Act* de 1988, y su posterior reforma de 1998, han buscado introducir gradualmente la competencia en el transporte ferroviario de carga y pasajeros. Luego de la *Transportation Act* de 1988 se expidieron otras medidas regulatorias y la empresa Statens Jarnvagar (SJ), que estaba cargo del negocio, fue forzada a vender algunos de sus intereses en otras compañías de transporte.

Por lo tanto, como consecuencia de estas reformas, Statens Jarnvagar (SJ) fue perdiendo paulatinamente el control absoluto y la exclusividad que tenía sobre toda la red en la medida que la desregulación en los servicios de transporte de carga y pasajeros permitió la entrada gradual de compañías operadoras de trenes (ferrocarriles) que dinamizaron el sector. El mercado de transporte en Suecia ha alcanzado un alto crecimiento, ocasionando que el transporte ferroviario presente un esquema de importante competencia intramodal. (En: KOGAN, Jorge H (editor), Op. Cit., págs. 120 a 122.)



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

- 133. El hecho de que exista o no competencia intermodal e intramodal en determinados tramos de la red ferroviaria puede tener un impacto importante en la elección del modelo regulatorio a implementar, si lo que se pretende es promover una provisión eficiente del servicio.
- 134. En términos generales, a fin de promover una asignación eficiente de recursos, la autoridad debe agotar todas las posibilidades de generación de competencia, cuando ésta sea técnicamente viable y económicamente posible.
- 135. Así por ejemplo, si en un determinado tramo o vía férrea existiera la posibilidad de competencia intermodal y es factible la existencia de competencia intramodal, el Estado en principio debe promover activamente ambas formas de competencia (ver Cuadro N° 1). En otro supuesto, si en el mismo tramo, existiera competencia intermodal, pero no es posible la competencia intramodal, el Estado debe adoptar medidas tendientes a fortalecer la competencia entre distintos medios de transporte. De manera análoga, si en determinado tramo o vía férrea no fuera posible la competencia intermodal pero sí la posibilidad de que exista competencia intramodal, el Estado debe promover la competencia entre los operadores en el mercado y adoptar medidas que permitan reducir las barreras existentes para el ingreso de nuevos competidores.

**Cuadro N° 1  
Competencia Intermodal e Intramodal y  
Elección de Modelo Regulatorio**

¿Existe competencia intermodal?	¿Es posible la competencia intramodal?	Modelo Regulatorio
Sí	Sí	Promoción de competencia intramodal e intermodal
	NO	Promoción de competencia intermodal
NO	Sí	Promoción de competencia intramodal
	NO	Regulación económica

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

- 136. Finalmente, sólo en caso se verifique que no es viable la competencia intermodal ni intramodal se podría justificar la introducción de algún tipo de regulación económica. Esta regulación, sin embargo, debería mantenerse mientras se mantengan las condiciones que impiden la competencia.

**3.2.3. La lógica del proceso de privatización en el sector ferroviario peruano**

- 137. Como se ha señalado en el acápite anterior, desde principios de la década anterior en distintos países se inició la transferencia de la administración de la infraestructura y la operación del servicio de transporte al sector privado, a través de procesos que pretendían promover la introducción de competencia en la industria ferroviaria, como las concesiones, contratos de gestión y privatizaciones.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



138. La experiencia internacional muestra que la mayoría de los países que ha reorganizado su sector ferroviario lo ha hecho sobre la base de los modelos de: (i) integración vertical, (ii) acceso competitivo a la infraestructura ferroviaria y (iii) separación vertical. Cabe mencionar que, independientemente del modelo escogido, en la mayoría de países que implementaron reformas en el sector la propiedad, tanto de la infraestructura ferroviaria como del material tractivo y rodante, continuó siendo del Estado. Una de las razones de ello ha sido la necesidad de garantizar la continuidad del servicio durante el inicio de las reformas y, en el caso de concesiones, reducir a los potenciales operadores privados los costos hundidos asociados a la adquisición del material tractivo y rodante, al menos durante la etapa inicial.<sup>94</sup>
139. En el Perú, el sector ferroviario también fue sujeto a un proceso de reestructuración, cuyo objetivo fue resolver los problemas de ineficiencia financiera, administrativa y operativa que se venía dando bajo el esquema de integración vertical en manos de una empresa estatal.
140. La reforma del sector se enmarcó en lo dispuesto en el Decreto Legislativo 690 (vigente durante el proceso de concesión), que como se ha señalado en un acápite anterior, diferencia y divide los distintos segmentos de las actividades ferroviarias en el Perú. En efecto, en virtud de la referida norma se dividió la cadena productiva del transporte ferroviario en dos segmentos: (i) uno, con características de monopolio natural, constituido por el servicio de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria que se entrega a un concesionario y cuya explotación se encuentra regulada; y (ii) el otro, donde la competencia es posible, constituido por el transporte ferroviario de carga y pasajeros de acceso libre y cuyo precio es determinado por la oferta y la demanda.
141. Como resultado de la reestructuración aplicada en el sector, en términos generales se ha verificado, después de los dos primeros años del proceso de concesión en 1999, una mejora en los indicadores de gestión y desempeño empresarial (número de pasajeros transportados<sup>95</sup> menores accidentes y mermas, mayor productividad laboral, entre otros)<sup>96</sup> en todos los tramos concesionados.

<sup>94</sup> Mayores detalles sobre los modelos mencionados pueden ser revisados en el Informe N° 055-2004/GEE (pág. 6 - 14), en el que los conceptos de separación o integración vertical se refieren exclusivamente a la integración o separación de las actividades de explotación de la infraestructura y prestación del servicio de transporte y no a la propiedad de los activos. El referido Informe obra de fojas 273 a 341 de la versión pública del Expediente.

<sup>95</sup> Durante el primer año de la concesión, el número total de pasajeros transportados por ferrocarril fue de 832 mil, 10% por debajo de lo transportado por la empresa pública anterior en el año previo a la concesión, en razón de la estrategia comercial de cancelación de las rutas no rentables y concentración en el transporte turístico. Ya en el segundo año, dicho número de pasajeros se incrementó en 3,6% respecto al año anterior. (Ver: Informe N° 21-01-GEE-Ositrán, "Evaluación de Desempeño Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente". Lima, Set. 2001).

<sup>96</sup> Reducción del 80% de las ocurrencias que registró la administración anterior; menores mermas, por mayor protección a la carga y mejoras en la vía; y mayor productividad por trabajador por la reducción de la fuerza laboral (de 1747 en 1998 a 737 en agosto de 2001), y la disponibilidad de locomotoras aumentó de 50% a 80%. (Ibidem).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



142. Sin embargo, desde el punto de vista de la competencia, de las tres redes que componen el sistema ferroviario peruano, sólo en el sistema Centro y Sur se ha verificado la presencia de competencia intermodal en los servicios de transporte de pasajeros y de carga. Mientras que en el FSO no se ha generado competencia intermodal o intramodal en los referidos servicios.
143. En las Bases del proceso de concesión del FSO (18 de diciembre de 1998) se previó, desde un inicio, y en línea con su finalidad de generar competencia, la separación vertical de las actividades ferroviarias, es decir, la diferenciación entre la empresa que operaría la infraestructura ferroviaria y los operadores del servicio de transporte ferroviario que utilizarían la facilidad esencial operada por la primera. Esto se refleja de lo estipulado en el propio Contrato de Concesión, en el cual se prohíbe expresamente que el concesionario (Fetrans) preste el servicio de transporte de carga y pasajeros, conforme se cita a continuación:

**CLÁUSULA PRIMERA: DEFINICIONES Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN**

1.1 Definiciones: Para fines del presente Contrato, las Partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado:

- **Servicios de Transporte Ferroviario:** significará los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las operaciones relacionadas al Material Tractivo y Material Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones. El Concesionario puede desarrollar estos servicios, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga.

(El subrayado es nuestro)

144. No obstante que se previó desde un inicio la separación vertical de las actividades ferroviarias en el proceso de concesión del FSO, el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. - CEPRI – ENAFER (en lo sucesivo, Cepri – Enafer) emitió la Circular N° 017 el 15 de marzo de 1999 por medio la cual se obligó al concesionario a contar con un operador de servicios de transporte ferroviario a efectos de asegurar la continuidad del servicio.
145. En virtud de esta Circular, pese al objetivo del proceso de concesión de separar la explotación de las actividades ferroviarias, se dispuso que el adjudicatario de la concesión debía contratar o, en su caso (en su defecto), constituir una persona jurídica que actúe como operador de servicios de transporte ferroviario. Esto evidencia que la constitución de una empresa vinculada por parte del concesionario fue sólo una medida excepcional cuyo propósito fue garantizar la continuidad del servicio<sup>97</sup> y no un objetivo inherente al proceso de concesión deseado por el Estado.

<sup>97</sup> El principio de continuidad implica que el servicio debe prestarse ininterrumpidamente, es decir, debe ser prestado en cualquier momento que lo requiera el usuario.





Fue en virtud de esta medida excepcional que se permitió a Fetrans alquilar a Perurail el Material otorgado en concesión y permitir su acceso a la infraestructura ferroviaria, a efectos de asegurar la continuidad del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

En efecto, a continuación se citan los extractos pertinentes de la Circular N° 17, en la cual se puede observar el objetivo del Estado de asegurar la continuidad del servicio, permitiendo como medida excepcional que la empresa concesionaria constituya una empresa vinculada que preste el servicio de transporte de carga y pasajeros con el Material otorgado en concesión:

Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto por la presente circular:

1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.
2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario...

(El subrayado es nuestro)

146. Es importante señalar que en virtud de la Circular N° 17 se prohibió al concesionario participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus empresas vinculadas, en más de un operador de servicios de transporte ferroviario. Esta prohibición abunda en el sentido de considerar que la finalidad del proceso de concesión fue fomentar la competencia en el transporte ferroviario de carga y pasajeros mediante la participación de agentes desvinculados del operador de la infraestructura ferroviaria. Por lo tanto, el que se haya permitido al concesionario participar en dicho segmento de la cadena productiva mediante una empresa vinculada utilizando el Material fue una medida excepcional dictada con la única finalidad de asegurar la continuidad en la prestación del servicio. Al respecto, la Circular N° 17 señala expresamente lo siguiente:

5. *El concesionario no podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas en más de un Operador de Servicios de*

En ese sentido, Juan Carlos Cassagne ha señalado: "Si la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva de tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, el modo de asegurar que la prestación se haga efectiva es, precisamente, la regla de la continuidad.

Según este principio, el servicio público ha de prestarse sin interrupciones; sin embargo, ello no implica en todos los supuestos, la continuidad física de la actividad pues sólo se requiere que sea prestada cada vez que aparezca la necesidad..." (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II, séptima edición, editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 303).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



*Transporte Ferroviario. El incumplimiento de esta obligación será tipificado en el contrato de concesión como causal de caducidad de la concesión.*

147. Asimismo, la finalidad de fomentar la competencia se evidencia de lo prescrito en el numeral 6 de la Circular N° 17, por medio del cual se mantuvo la obligación del concesionario de brindar acceso a la vía férrea en condiciones no discriminatorias a todo aquel operador no vinculado que así lo requiriera. El referido numeral 6 se cita a continuación:

*6. Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones de no discriminación establecidas.*

148. El propósito señalado en el párrafo anterior también se desprende de lo contenido en el documento denominado "Libro Blanco – Concesión del Estado: Sistema Ferroviario Estatal. (Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A.)" (en lo sucesivo, el Libro Blanco). En este documento el Cepri – Enafer da cuenta de que se elaboraron dos planes de promoción a efectos de otorgar en concesión los ferrocarriles del Estado.

En un primer momento, el Primer Plan de Promoción comprendía la transferencia de los ferrocarriles a través de concesiones integrales. No obstante, este primer plan quedó suspendido en junio de 1995 para efectuar adecuaciones respecto al establecimiento de ciertos lineamientos de políticas competencia. Ello se desprende del extracto del resumen ejecutivo del Libro Blanco citado a continuación:

*El CEPRI planteó la transferencia a través de concesiones integrales por fases:  
(...)*

*El proceso quedó suspendido a partir de mes de junio de 1995, para efectuar adecuaciones consistentes con un nuevo enfoque del Gobierno, que debiera integrar lineamientos de política antimonopolio.*

(El subrayado es nuestro)

Posteriormente, el Cepri – Enafer fue reconstituido mediante Resolución Suprema 259-96-PCM del 12 de julio de 1996. El Cepri – Enafer reconstituido procedió a analizar lo avanzado hasta junio de 1995 por sus antecesores, replanteando el Primer Plan de Promoción a efectos de que comprendiera la venta del 100% de acciones de tres (3) filiales de ENAFER S.A. que serían constituidas para administrar los tres tramos ferroviarios del Centro, Sur y Sur – Oriente.

Sobre el nuevo esquema planteado por el Cepri – Enafer, el Libro Blanco señala lo siguiente:

*Esta modalidad, que en principio contó con la aquiescencia del Gobierno, permitió desarrollar la documentación de promoción y venta dentro de un*





marco legal que consideraba la derogatoria del D. Leg. 690, toda vez que se trataba de un esquema de exclusividad y este dispositivo legal consideraba el acceso libre de operadores. Mediante un Decreto de Urgencia, a ser ratificado posteriormente con una ley, se le derogaría así como otros dispositivos que limitaban el libre accionar de los nuevos propietarios.

El CEPRI preparó los folletos informativos, las Bases de Subasta, los Contratos de Concesión y los de Compra-Venta, y la documentación conexas; incluyendo al contenido del Data Room y el Programa del Road Show, pero el proceso fue suspendido.

El Gobierno posteriormente, consideró conveniente enfatizar que ni la propiedad de la infraestructura ferroviaria ni sus activos se transferían al sector privado, y que no se fomentaría ni permitiría el monopolio ferroviario. En tal sentido y dentro del marco legal del D. Leg. N° 690, se replanteó nuevamente la estrategia estableciendo una modalidad que aseguraría estos objetivos.

(El subrayado es nuestro)

- 149. De lo expuesto en el presente acápite se puede concluir que el objetivo del Estado antes y durante el proceso de concesión del Ferrocarril del Sur y el FSO fue mantener claramente divididas las actividades de la cadena productiva del transporte ferroviario. Así, el concesionario explotaría la infraestructura ferroviaria en condiciones de monopolio, permitiendo la concurrencia de operadores en aquellos segmentos donde la competencia fuera posible y deseable. Por lo tanto, en virtud del Contrato de Concesión, el giro de negocio de Fetrans está constituido por dos actividades: (i) la operación y explotación de la infraestructura vial ferroviaria y (ii) el alquiler del Material otorgado en concesión.
- 150. La lógica del proceso de concesión formulado por el Estado no fue fomentar la constitución de un monopolio ferroviario a través del proceso de concesión. Sólo se permitió a Fetrans contratar con un operador vinculado (Perurail) como una medida excepcional a efectos de asegurar la continuidad en la prestación del servicio de transporte ferroviario. Caso contrario, las Bases de la Licitación Pública habrían prescrito que el concesionario podía a su vez realizar las actividades de operador de servicios de transporte ferroviario, en lugar de crear innecesariamente la figura del operador vinculado, lo cual demuestra no sólo el carácter excepcional de esta medida sino que la intención del Estado fue principalmente la separación vertical de ambos segmentos y el fomento de la libre competencia en el servicio de carga y pasajeros.
- 151. En efecto, tal como se ha señalado anteriormente, el Contrato de Concesión prescribe de manera expresa que el concesionario se encuentra impedido de prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros. Fue necesario la aprobación de la Circular N° 17 para que se permitiera al concesionario la constitución de una empresa subsidiaria en el supuesto de que no lograría contratar con un tercero operador para que acceda a la infraestructura ferroviaria otorgada en concesión. Si el Estado hubiera tenido la intención de que el concesionario prestara el servicio de transporte ferroviario como una situación regular, mediante la circular mencionada se hubiera modificado lo



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

estipulado en el Contrato de Concesión (antes de su suscripción) y, por ende, se hubiera permitido que el concesionario prestara el referido servicio directamente antes de crear la figura del operador vinculado, imponiéndole la obligación de llevar contabilidad separada para evitar la existencia de subsidios cruzados. Aunque suene reiterativo, ello demuestra que la finalidad de dicha circular sólo fue asegurar la continuidad del servicio, más aun si, como se ha mencionado, en algunos tramos el FSO constituye el único medio de transporte en la zona.

152. En ese sentido, en opinión de esta Secretaría Técnica, se puede concluir que el proceso de concesión aplicado en el Perú no sólo está referido a un modelo de acceso competitivo a la infraestructura ferroviaria por parte de operadores independientes que estén interesados en ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros con su propio material tractivo y rodante (tal como se ha referido en el acápite 3.2.2.1 del presente informe).

Dado que el alquiler del Material a Perurail fue una medida excepcional a efectos de asegurar la continuidad del servicio, en opinión de esta Secretaría Técnica ello podría constituir una subclase del modelo de acceso competitivo que puede ser denominado: "Modelo de integración vertical temporal con acceso competitivo sobre el Material". En virtud de este particular esquema, el concesionario debe compartir el uso del referido Material cuando lo demande algún competidor interesado en ingresar al mercado de transporte ferroviario, por cuanto en este caso no pelagra la continuidad del servicio. En este escenario prima el objetivo de generación de competencia de acuerdo a la finalidad inicial del proceso de concesión en el Perú.

153. En atención a lo expuesto, en opinión de esta Secretaría Técnica, las reformas operadas en el sector ferroviario peruano sí tuvieron como una de sus finalidades generar competencia. De la revisión del proceso de concesión se verifica que existe una serie de disposiciones contractuales que permiten afirmar que existió una clara intención de generar competencia en aquellos segmentos donde la libre competencia es posible y deseable.

154. A continuación se describe el Contrato de Concesión señalando aquellas cláusulas donde se evidencia la intención señalada en el párrafo anterior:

#### 3.2.4. El Contrato de Concesión

155. El objeto del Contrato de Concesión es establecer los derechos y obligaciones de las partes, así como las características y condiciones de la concesión, incluyendo plazos y garantías, entre otros aspectos<sup>98</sup>.
156. Mediante el Contrato de Concesión el Estado (el Concedente en términos del referido contrato) otorgó a favor del Concesionario la concesión para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los bienes de la concesión<sup>99</sup>,

<sup>98</sup> Cláusula 2.2.

<sup>99</sup> Según la Cláusula 1.1, los Bienes de la Concesión son los bienes de propiedad del Concedente que se entregan al Concesionario, detallados en el Anexo No. 2 y en el Anexo No. 3, incluyendo las Mejoras y cualquier otro bien que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.4 del Contrato, deba incluirse dentro de este concepto.





así como para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria<sup>100</sup>, para la prestación de servicios de transporte ferroviario<sup>101</sup> y de servicios complementarios<sup>102</sup> en el área matriz<sup>103</sup>, de acuerdo a las estipulaciones contenidas en el mismo contrato y en las leyes aplicables<sup>104</sup>. El Contrato de Concesión entró en vigencia en la fecha de cierre prevista para el 20 de setiembre de 1999.

157. El ámbito de la concesión incluye los siguientes tramos ferroviarios<sup>105</sup>:

- Ferrocarril del Sur (Tramos Matarani-Arequipa, Arequipa-Juliaca, Juliaca-Puno, Juliaca-Cusco); y,
- FSO (Tramo Cusco- Machupicchu - Hidroeléctrica)

158. Algunas reglas importantes contenidas en el Contrato de Concesión sobre los bienes de la concesión son las siguientes:

- El Material y cualquier otro bien de la concesión incluido en el Anexo 3 del referido contrato no podrán ser trasladados fuera del área matriz sin autorización escrita de Ositran.<sup>106</sup>
- El Concedente no asume responsabilidad alguna por el funcionamiento, antigüedad o valor de los bienes entregados, salvo en el caso de saneamiento por vicios ocultos.<sup>107</sup>

<sup>100</sup> Según la Cláusula 1.1, la Infraestructura Vial Ferroviaria significa, en los tramos de ferrovías que se detallan en el Anexo No. 2 del Contrato de Concesión, la Línea Férrea, las estaciones y andenes, los sistemas y elementos de señalización y comunicaciones, patios de maniobras y otros desvíos, terrenos y demás instalaciones que permitan la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga, existentes en la Fecha de Cierre. Esta definición también comprende a todas las Mejoras.

<sup>101</sup> Según la Cláusula 1.1, los Servicios de transporte ferroviario significará los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las operaciones relacionadas al Material Tractivo y Material Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones. El Concesionario puede desarrollar estos servicios, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga.

<sup>102</sup> Según la Cláusula 1.1, los Servicios Complementarios son todos aquellos servicios diferentes a los Servicios de Transporte Ferroviario que exclusivamente el Concesionario puede prestar y explotar en el Área Matriz incluyendo, pero no limitándose a almacenamiento, servicios turísticos y de hospedaje, autoservicio, publicidad, entre otros, cumpliendo con las Leyes Aplicables y obteniendo las autorizaciones, licencias y/o permisos que corresponda. El Concesionario puede prestar y explota los Servicios Complementarios directamente a través de terceros con quien contrate para ello.

<sup>103</sup> Según la Cláusula 1.1, Área matriz significará el Área donde se encuentra la Infraestructura Vial Ferroviaria con todas las instalaciones e inmuebles que ella requiere para su funcionamiento y en donde también podrá realizarse la explotación de Servicios Complementarios. El Área Matriz se describe en el Anexo No. 2 del Contrato.

<sup>104</sup> Según la Cláusula 1.1, las Leyes Aplicables significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.

<sup>105</sup> Cláusula 2.4

<sup>106</sup> Cláusula 3.1



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

- En el Anexo 2 del Contrato de Concesión se incluyen las servidumbres, derechos de paso, y todo derecho o limitación sobre los bienes.<sup>108</sup>
  - También adquirirán la condición de bienes o derechos de propiedad del Concedente los que reemplacen a cualquier elemento de la infraestructura vial ferroviaria, mejoras o ampliaciones, construcciones.<sup>109</sup>
  - El Concesionario sólo puede disponer o gravar los bienes accesorios de la concesión<sup>110</sup>, separadamente de ésta, previa autorización del Concedente con opinión favorable del Ositran.<sup>111</sup>
  - El Concesionario, a su criterio, debe realizar las modificaciones, trabajos o mejoras que considere convenientes o que sean necesarias para el mantenimiento, administración y explotación de la concesión, la infraestructura vial ferroviaria y los servicios de transporte ferroviario.<sup>112</sup>
  - Cualquier responsabilidad derivada de los bienes de la concesión o de las servidumbre, derechos de paso o de cualquier derecho o limitación a favor o que deban soportar los referidos bienes, corresponderá exclusivamente al Concedente.<sup>113</sup>
159. El plazo de vigencia de la concesión se estableció en 30 años, contados desde la fecha de cierre del Contrato de Concesión<sup>114</sup> el cual podrá ampliarse por periodos de cinco años de concesión adicionales<sup>115</sup>.
160. En virtud del Contrato de Concesión, el Concesionario se obligó a pagar al Concedente, lo siguiente:
- La Retribución Principal<sup>116</sup> que equivale a un porcentaje de los ingresos brutos producto de la explotación de los bienes de la concesión distintos del

<sup>107</sup> Cláusula 3.2

<sup>108</sup> Cláusula 3.3

<sup>109</sup> Cláusula 3.3

<sup>110</sup> Según la Cláusula 1.1, los Bienes Accesorios de la Concesión son aquellos Bienes del Concesionario que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a la actividad ferroviaria, tales como todos y cada uno de los elementos que conforman los equipos de telecomunicaciones, equipos de cómputo, Material Tractivo y Rodante, Equipo Ferroviario, los sistemas de señalización, los sistemas y elementos de seguridad, los sistemas eléctricos y de iluminación, entre otros.

<sup>111</sup> Cláusula 3.5

<sup>112</sup> Cláusula 3.6

<sup>113</sup> Cláusula 3.8

<sup>114</sup> Cláusula 4.1

<sup>115</sup> Cláusula 4.2

<sup>116</sup> Según la Cláusula 1.1, la Retribución Principal es una contraprestación que el Concesionario está obligado a pagar a favor del Concedente, en los términos establecidos en el numeral 5.1 del Contrato.





Material<sup>117</sup>. Según se ha consignado en el Resumen Ejecutivo del Libro Blanco, el Consorcio divisible Ferrocarriles del Perú adjudicatario de la concesión presentó como Oferta Económica una Retribución Principal equivalente a 37,25% por el tramo del Ferrocarril del Sur y el FSO.

La Retribución Especial<sup>118</sup> que equivale al 50% de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos por la explotación (vía alquiler) del Material<sup>119</sup>, deducido el Impuesto General a las Ventas.

Adicionalmente, el Concesionario ha quedado obligado al pago de la Tasa de Regulación a favor del Ositran.

Finalmente, mediante Circular N° 52 expedida por el Cepri - Enafer se estableció que, en la fecha de cierre, el adjudicatario de la concesión debía adquirir de ENAFER: (i) los bienes que se encontraran en los almacenes de la empresa; (ii) los bienes adquiridos de proveedores extranjeros, pendientes de arribo al país a la fecha de cierre; y (iii) otros activos entre los que se encontraban herramientas menores, muebles, enseres y otros. El valor de esta compra ascendió a US\$ 5 000 000 (Cinco millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) más los gastos de internamiento de los bienes pendientes de arribo al Perú.

161. La explotación de la concesión sería realizada por el Concesionario mediante el aprovechamiento de los bienes de la concesión, los servicios de transporte ferroviario que el Contrato autorizara a desarrollar y los servicios complementarios.<sup>120</sup>

El Contrato de Concesión constituye título suficiente para que el Concesionario pueda explotar los bienes de la concesión, por lo tanto, tendrá derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea establecida a los operadores de servicios de transporte ferroviario<sup>121</sup> que deseen ingresar al mercado<sup>122</sup>.

El Contrato de Concesión también es título suficiente para que el Concesionario preste servicios de transporte ferroviario con excepción del transporte de pasajeros y/o carga, sin necesidad de requerir ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el Concedente (el Estado). Así, el Concesionario puede desarrollar las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, mantenimiento de material tractivo y rodante, las operaciones

<sup>117</sup> Cláusula 5.1

<sup>118</sup> Según la Cláusula 1.1, la Retribución Especial es una contraprestación que el Concesionario está obligado a pagar a favor del Concedente, en los términos establecidos en el numeral 5.2 del Contrato.

<sup>119</sup> Cláusula 5.2

<sup>120</sup> Cláusula 6.1

<sup>121</sup> Según la Cláusula 1.1, un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario 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. De acuerdo con lo previsto en la Circular No. 17, en la Fecha de Cierre el Concesionario deberá contratar con una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.

<sup>122</sup> Cláusula 6.1



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



vinculadas con la señalización, telecomunicaciones, entre otras que sean posibles desarrollar para la explotación de servicios de transporte ferroviario, conforme a las leyes aplicables<sup>123</sup>.

El Concesionario reconoce que los operadores de servicios de transporte ferroviario también pueden desarrollar dichos servicios, conforme a las leyes aplicables<sup>124</sup>.

62. El Contrato de Concesión otorga al Concesionario el derecho exclusivo para explotar y desarrollar servicios complementarios en el área matriz, lo que podrá realizar directamente o a través de terceros con quienes contrate para tal fin. El Concesionario podrá desarrollar como servicios complementarios todas aquellas actividades económicas que sean posibles de desarrollarse, de acuerdo a las leyes aplicables y siempre que con su desarrollo no afecten el de los servicios de transporte ferroviario<sup>125</sup>.

163. El Concesionario tiene libertad en la gestión y conducción del negocio, lo cual incluye, pero no se limita, a la administración, mantenimiento, rehabilitación y construcción de infraestructura vial ferroviaria, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrate y la libertad de decisión comercial, dentro de los límites contenidos en el Contrato de Concesión, las bases de la Licitación Pública y las leyes aplicables<sup>126</sup>.

164. La tarifa por uso de la vía es regulada y puede ser cobrada por el Concesionario por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la línea férrea<sup>127</sup>, la cual será aplicada también para las unidades de propiedad o de uso del Concesionario cuando circulen por la línea férrea como consecuencia de contratos entre el Concesionario y cualquier operador de servicios de transporte ferroviario. Con relación a lo anterior el Contrato de Concesión señala lo siguiente:

*"...[el Concesionario] tendrá derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea establecida, a los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que deseen ingresar al mercado"*<sup>128</sup>

Como se puede observar, la cláusula del Contrato de Concesión citada precedentemente guarda correspondencia con la finalidad del proceso de

<sup>123</sup> Cláusula 6.3

<sup>124</sup> Loc. cit.

<sup>125</sup> Cláusula 6.4

<sup>126</sup> Cláusula 6.5

<sup>127</sup> Según la Cláusula 1.1, Línea Férrea es la unidad formada por vías férreas que comunican las estaciones en forma continua, incluyendo sus terraplenes, obras de arte, puentes, túneles, alcantarillas y otras estructuras de drenaje o de apoyo y la franja de terreno en que se emplazan, se considera también como parte de la Línea Férrea, la franja de seguridad aledaña a las vías férreas. Esta definición no se limita a los bienes existentes a la Fecha de Cierre, si no que calificarán como tal todos aquellos que cuenten con esas características y se incorporen al Área Matriz.

<sup>128</sup> Cláusula 7.1



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



concesión de generar una dinámica competitiva en el segmento del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

5. Sin embargo, el Concesionario podrá determinar a su discreción las tarifas a ser cobradas por los servicios de transporte ferroviario que puede desarrollar conforme a lo previsto en el Contrato de Concesión y/o por los servicios complementarios y/o por cualquier otra materia vinculada a la explotación de la Concesión, con excepción de la (i) tarifa máxima de uso de vía y (ii) determinadas tarifas para los servicios turísticos de pasajeros<sup>129</sup>. Estas tarifas por servicios turístico fueron fijadas en el Contrato de Concesión y tuvieron una duración hasta el 15 de enero de 2000.

166. El Concesionario debe 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. Se detallan estipulaciones mínimas de los contratos de ingreso a la línea férrea, entre ellas aquella referida a que el plazo de vigencia no puede exceder de diez (10) años, sin perjuicio del derecho de renovación.<sup>130</sup> La cláusula que contiene esta obligación está redactada en plural, por lo que se puede afirmar que el Estado asumió la eventual presencia de más de un operador de servicios de transporte ferroviario. Si la intención hubiera sido que el único operador fuera aquel vinculado al Concesionario, esta cláusula no tendría razón de ser.

167. El contrato prevé el principio de "Equidad de Servicios", en virtud del cual el concesionario se encuentra prohibido de discriminar entre operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes. Este principio se encuentra contenido en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, la cual se cita a continuación:

**7.6 Equidad en Servicios:** el concesionario no podrá discriminar entre los operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las leyes aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la Libre Competencia o el libre acceso a la línea férrea. Las partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este contrato, facultando al concedente a aplicar lo previsto en la cláusula vigésima de este contrato.

Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN, están legitimados para iniciar ante INDECOPI, en caso consideren que el concesionario está infringiendo la regulación legal de la Libre Competencia en el desarrollo de sus actividades.

Como parte de la extensión del Principio de Equidad de servicios consagrado en el Contrato de Concesión se ha desarrollado un mecanismo de concurso para el

<sup>129</sup> Cláusula 7.2

<sup>130</sup> Cláusula 7.3



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyds Register Quality Assurance



caso en que dos o más operadores de servicios de transporte ferroviario deseen usar en el mismo horario el segmento de la vía férrea o que el servicio de transporte ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro<sup>131</sup>.

168. El Concesionario se encuentra obligado a permitir el ingreso a la línea férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones prevista en el Contrato de Concesión y en las leyes aplicables. Sólo podrá impedir el ingreso de un operador a la línea férrea en caso que:
- (i) No cuente con el permiso de operación vigente extendido por el MTC; o,
  - (ii) Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su material tractivo o rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecido en el Contrato de Concesión ; o,
  - (iii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes aplicables.<sup>132</sup>

El concesionario se obliga a no participar, directa o indirectamente, en más de un operador de servicios de transporte ferroviario por ferrocarril comprendido o en un operador de servicios de transporte ferroviario que desarrolle actividades en un ferrocarril no comprendido en el Contrato<sup>133</sup>. Este dispositivo del Contrato de Concesión pone de manifiesto una vez más que la intención del Estado fue que el modelo de privatización no obstaculice la generación de competencia en el transporte ferroviario.

169. En caso que el Concesionario incumpliera con alguna de las obligaciones que este Contrato le impone y sin perjuicio de cualquier otro derecho que el Contrato o las Leyes aplicables le otorguen, Ositran podrá aplicar las penalidades previstas en el Anexo 9, de acuerdo a la gravedad de la infracción<sup>134</sup>.
170. Finalmente, con relación a la continuidad de operación del sistema ferroviario, el Contrato de Concesión no previó el acceso inicial de operadores a través de un concurso público, sino que planteó la posibilidad de contratar con un operador vinculado al concesionario a la fecha de cierre, con el objetivo de que la operación del sistema ferroviario no se viera afectada como consecuencia de la transferencia de bienes una vez celebrado el Contrato de Concesión.

El objetivo mencionado en el párrafo anterior se observa en la Circular N° 17 del Contrato de Concesión, la cual, como ya se ha señalado, debe ser entendida como una situación absolutamente excepcional motivada por la necesidad de asegurar la continuidad del servicio ferroviario. El hecho de tratarse de una situación excepcional que ameritó la expedición de una circular, pone de

<sup>131</sup> Cláusula 7.6

<sup>132</sup> Cláusula 12.2

<sup>133</sup> Loc. cit.

<sup>134</sup> Cláusula 20.2





manifiesto que la regla general es la existencia de competencia entre dos o más operadores. La Circular N° 17 señala expresamente lo siguiente:

*Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto por la presente circular:*

1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que Enafer prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.
2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario (...)

171. En resumen, se observa que algunas cláusulas del Contrato de Concesión sugieren que las reformas operadas en el sector sí consideran la generación de competencia en aquellos segmentos donde ésta es posible y deseable, y no tienen la finalidad de mantener absolutamente integradas verticalmente en una sola empresa o grupo económico las actividades ferroviarias de administración y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la operación del servicios de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

### 3.3. Análisis de los hechos

#### 3.3.1. Análisis de la relación vertical entre Fetrans y Perurail

172. El 23 de mayo de 2005 Perurail y Fetrans presentaron información respecto de su composición accionaria así como una relación con los nombres de las personas naturales que han ejercido cargos directivos y gerenciales en dichas empresas desde 1999 hasta la actualidad.<sup>135</sup> En dichos escritos ambas empresas señalaron que se encuentran vinculadas, tal como se demostrará a continuación.

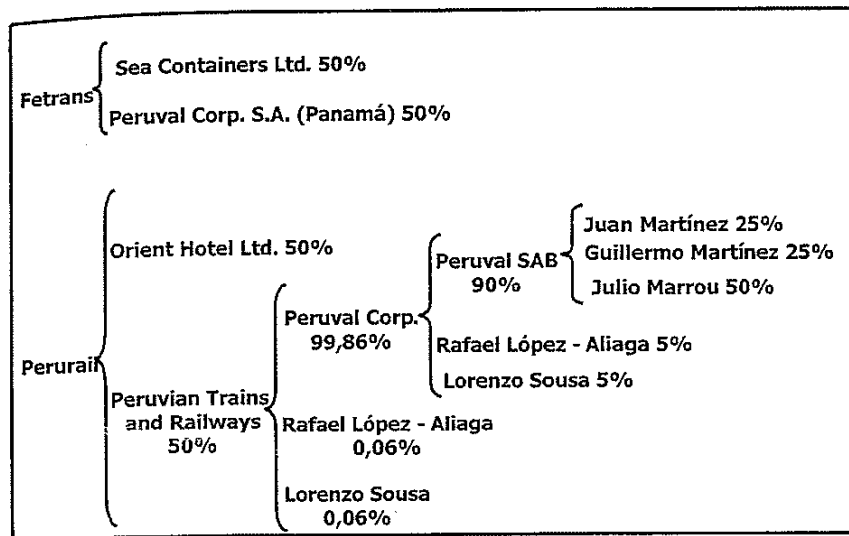
173. Al respecto, la composición accionaria de las empresas antes señaladas sería la siguiente:

<sup>135</sup> La información de la composición accionaria fue complementada mediante escritos del 1 de junio de 2005.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

**Gráfico N° 7**  
**Composición accionaria de Perurail y Fetrans**



Fuente: Fetrans y Perurail.

174. De acuerdo a la información proporcionada por Fetrans y Perurail se observa que, durante el periodo comprendido entre 1999 hasta la actualidad, dichas empresas han tenido a las mismas personas naturales ejerciendo los cargos de miembros del directorio de ambas empresas paralelamente. En efecto, en el cuadro siguiente se observa que las personas naturales que han sido directores en Fetrans también lo han sido de Perurail. En el año 2001 se observa que el señor Roberto Persivale Rivero dejó de ser director de ambas empresas, ingresando la señora Lorena Sousa Debarbieri al Directorio de ellas, mientras que en el 2002, el señor Peter Parrot dejó de ser director de Fetrans y Perurail, ingresando en su reemplazo el señor Philip Calvert.

**Cuadro N° 2**  
**Directores de Fetrans y Perurail de 1999 a 2005**

1999 a 2000	2001	2002 a 2005
- Lorenzo Sousa Debarbieri	- Lorenzo Sousa Debarbieri	- Lorenzo Sousa Debarbieri
- Rafael López - Aliaga	- Rafael López - Aliaga	- Rafael López - Aliaga
- Cazorla	- Cazorla	- Cazorla
- Roberto Persivale Rivero	- Lorena Sousa Debarbieri	- Lorena Sousa Debarbieri
- Paul White	- Paul White	- Paul White
- Peter Parrott	- Peter Parrott	- Simon Sherwood
- Simon Sherwood	- Simon Sherwood	- Philip Calvert

Fuente: Fetrans y Perurail.

175. Asimismo, Fetrans y Perurail han remitido información respecto de las personas naturales que, durante el periodo comprendido entre 1999 y la actualidad, han ejercido cargos gerenciales en esas empresas. De la información remitida se observa que algunas personas ocuparon, de manera paralela, el mismo cargo



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance





gerencial en Perurail y Fetrans, tal como se observa en el cuadro que se muestra a continuación:

**Cuadro N° 3**  
**Personas naturales que ejercen cargos gerenciales en Perurail y Fetrans**  
**(1999 – 2005)**

Fetrans	Perurail
- Gerente General: Michael Glenn y Ruskin Brooke.	- General Manager: Michael Glenn y Ruskin Brooke.
- Relaciones Públicas: Joana Boyen.	- Relaciones Públicas: Joana Boyen.
- Recursos Humanos: Manuel de Taboada y Gonzalo Valdivia.	- Recursos Humanos: Manuel de Taboada y Gonzalo Valdivia.
- Transporte: Raúl Salas, Alberto Valdez y Alfonso Rojas.	- Transporte: Raúl Salas, Alberto Valdez y Alfonso Rojas.
- Administración: Alberto Valdez.	- Administración: Alberto Valdez.
- Logística: Gonzalo Graña, Enrique Barraza y Armando la Torre.	- Logística: Gonzalo Graña, Enrique Barraza y Armando la Torre.
- Comercial y Relaciones de Gobierno: Rómulo Guidino.	- Comercial: Rómulo Guidino.
- Seguridad: Edmundo Reyes y Humberto Parodi.	- Seguridad: Edmundo Reyes y Humberto Parodi.
- Finanzas: Armando Pareja.	- Finanzas: Armando Pareja.
- Legal: Raúl Galdo.	- Legal: Raúl Galdo.

Fuente: Fetrans y Perurail.

176. De los cuadros precedentes se observa que entre Perurail y Fetrans existió y existe una fuerte vinculación por relaciones de gestión, toda vez que las mismas personas naturales ejercieron y ejercen los cargos de miembros del directorio y gerentes en ambas empresas. Corresponde analizar a continuación si dicha vinculación implica la existencia de un grupo económico o no.<sup>136</sup>

177. Para poder afirmar la existencia de un grupo económico es necesaria la presencia de por lo menos dos personas jurídicas y que una de ellas ejerza el "control" sobre la otra u otras; o que una o varias personas naturales (que actúan como una unidad de decisión) ejerzan el control sobre dichas personas jurídicas.

178. El control consiste en la capacidad de influir en forma preponderante y continua en la adopción de las decisiones estratégicas de la empresa<sup>137</sup>; la vinculación en

<sup>136</sup> Al respecto, se puede utilizar de manera referencial las normas especiales sobre vinculación y grupo económico aprobadas mediante Resolución SBS 445-2000, publicada el 6 de julio de 2000.

<sup>137</sup> De manera referencial ver:



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

cambio es entendida como la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas.

Debido a lo anterior es que las empresas que conforman un grupo económico no pueden ser considerados como competidores efectivos o entidades que puedan actuar independientemente del interés del grupo.

179. El control puede darse a través de relaciones de propiedad (participación cruzada en el capital social), de gestión (a través de representación en los órganos sociales o de influencia en la adopción de decisiones estratégicas), o de parentesco.

180. Existen dos tipos de control:

(i) Control directo: Cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas ya sea a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

(ii) Control indirecto: Cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.<sup>138</sup>

181. En el presente caso, se observa que Perurail y Fetrans mantienen un control indirecto recíproco una respecto de la otra. En efecto, el hecho de que todos los directores de Fetrans sean a su vez directores de Perurail, origina que los accionistas de la primera puedan influir, a través de los referidos directores, en las estrategias de Perurail. Este mismo razonamiento es aplicable a Perurail, toda vez que sus accionistas pueden influir de manera preponderante sobre las estrategias de Fetrans, a través de los directores de la primera empresa.

**Resolución SBS 445-2000.-**

**Artículo 9.- Control**

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.  
(...)

<sup>138</sup> De manera referencial ver:

**Resolución SBS 445-2000.-**

**Artículo 9.- Control**

(...)

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionista o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene la facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.



Así por ejemplo, si la empresa "X" tuviera en común dos directores con la empresa "Y", ejerciendo una minoría en el directorio de esta última empresa, entre ambas personas jurídicas sólo habría una simple vinculación por relaciones de gestión<sup>139</sup>. Por el contrario, si "X" tuviera en común un número de directores que permite ejercer controlar el directorio de "Y", entonces ambas empresas constituirían un grupo económico por existir entre ellas una relación mutua de control indirecto.

182. En atención a ello es que el análisis respecto de las actuaciones de Fetrans y Perurail debe ser visto conjuntamente, esto es, desde la perspectiva de un grupo económico que obedece a una sola unidad de decisión y control. En otras palabras, la actuación de ambas empresas responde al interés de maximizar los ingresos del grupo económico y no sólo el de una de las empresas.
183. Lo anterior además se encuentra corroborado por Fetrans, que no ha negado que Perurail sea su empresa vinculada y que pertenezcan a un mismo grupo económico (como se puede concluir preliminarmente de lo expuesto en el presente acápite). Por el contrario, dicha relación ha sido confirmada por Fetrans al argumentar a favor de la relación contractual que vincula a ambas empresas respecto del alquiler del Material.
184. En efecto, Fetrans ha señalado expresamente que constituyó Perurail, conforme se aprecia del extracto respectivo del escrito del 19 de noviembre de 2004 citado a continuación:

*No puede considerarse que existe una desventaja injustificada [contra un tercero] a favor de PERURAIL sólo por el hecho que esta empresa fue constituida por FETRANS siendo la primera en operar luego de la concesión del FSO.*

(el subrayado es nuestro)

185. Asimismo, en el referido escrito, Fetrans ha señalado que uno de los factores evaluados por sus accionistas al momento de tomar la decisión de invertir o no en el Perú, fue la "obligación" establecida en las Bases de la Licitación Pública relativa a constituir una empresa vinculada que realice las operaciones propias de un operador de transporte ferroviario de carga y pasajeros en los tramos concesionados. Ello se desprende de la siguiente cita:

*...para efectos de realizar una decisión de negocios, se tenía en cuenta que FETRANS —a través de PERURAIL— podía realizar actividades de operación en el FSO. Evidentemente, dicha posibilidad incentivó a nuestra*

<sup>139</sup> De manera referencial ver:

Resolución SBS 445-2000.-

Artículo 5.- Relaciones de gestión

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

(...)

e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



empresa no sólo la decisión de continuar en el proceso de licitación del FSO sino que también, luego de resultar ganadores del mencionado proceso, fue determinante para realizar diversas inversiones en el mejoramiento del material tractivo y rodante que fue concesionado.

(El subrayado es nuestro)

En su escrito del 5 de enero de 2005 Fetrans reiteró el argumento citado en el párrafo anterior, señalando que:

...uno de los factores para participar en el proceso de concesión fue que no existía ninguna prohibición del Estado para que el Concesionario explotara, a través de una empresa vinculada, la vía férrea como operador ferroviario. Es más como puede apreciarse de las Circulares expedidas en dicho proceso, existía la obligación de la empresa que obtuviera la concesión de constituir un operador para así garantizar la continuidad del servicio.

(El subrayado es nuestro)

186. De las citas precedentes, se evidencia que desde el momento de la Licitación Pública hasta la actualidad, la unidad de decisión que dirige Fetrans y Perurail se ha encontrado interesada en participar de forma integrada en la cadena productiva del transporte ferroviario. Dicho grupo participó en la Licitación Pública no sólo porque le interesaba explotar y administrar la infraestructura ferroviaria sino, sobre todo, porque evaluó la posibilidad de intervenir de manera directa, a través de una empresa vinculada, en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO. De esta manera, la intervención en la administración y explotación de la infraestructura ferroviaria sólo constituye para el grupo una etapa intermedia para la realización de la actividad que realmente le importa: el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
187. Por lo tanto, resulta claro que Fetrans y Perurail se encuentran integradas verticalmente y que responden a un solo centro de intereses. De esta manera, Fetrans se encarga del mantenimiento y operación de la infraestructura vial ferroviaria (línea férrea, estaciones, puentes, etc.), mientras que Perurail se encarga de brindar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros a los usuarios finales de la cadena productiva, utilizando para ello la infraestructura operada por Fetrans.
188. En la teoría económica se ha definido a la empresa como un "nexo" de contratos<sup>140</sup>. Sin embargo, esta visión de la empresa ha originado que algunos autores cuestionen el hecho de que no se cuente con una noción clara de los arreglos contractuales que tienen naturaleza empresarial (es decir, que forman el nexo empresarial) de aquellos que no. Esto resulta del hecho de que existe una dificultad en distinguir entre la coordinación lograda "a través de los mercados" y la coordinación lograda "dentro de las empresas"<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> DEMSETZ, Harold. *Una Revisión a la Teoría de la Empresa*. En. *La naturaleza de la empresa. Orígenes, evolución y desarrollo*. WILLIAMSON, Oliver y Sydney G. WINTER (Compiladores), Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pág. 237.

<sup>141</sup> *Ibidem*.





Por lo tanto, de lo anterior surge la siguiente pregunta en términos relativos: ¿cuándo un nexo de contratos es algo semejante a una empresa? (Esto último en contraposición a formular una cuestión absoluta en los siguiente términos: ¿cuándo un nexo de contratos es una empresa?).

189. Al respecto, según la doctrina, los siguientes factores son elementos de juicio que podrían evidenciar la existencia de una empresa, y no sólo una relación contractual:

*Un acuerdo de especialización:* Estos acuerdos se encuentran reflejados, por ejemplo, en los actos de constitución social de una empresa donde los socios establecen cuál será el objeto social que delimitará las actividades de la empresa (especialización en la producción de bienes y servicios). Es cierto que el referido objeto social puede variar en el tiempo, pero es indudable que la empresa siempre va a producir bienes o servicios para ofrecerlos en el mercado. En otras palabras, se produce principalmente para personas ajenas al equipo que constituye la empresa<sup>142</sup>. En efecto, al respecto se ha señalado lo siguiente:

*La especialización, que puede diferir en grado entre las instituciones empresariales, se adopta como una característica de los contratos empresariales con el fin de mantener la compatibilidad con la teoría de los precios. En la teoría de los precios, la empresa no consume lo que produce, sino que lo vende a otros.*<sup>143</sup>

(El subrayado es nuestro)

*La duración esperada de la asociación entre los propietarios del mismo bien de capital para la producción especializada.* De esta manera, pese a que en el mercado se puede observar tanto relaciones contractuales de largo plazo como instantáneos (*spot market*), la empresa (conjunto de nexos contractuales), entendida como producción especializada bajo un equipo (grupo de personas que trabaja de manera conjunta, ya sea aportando capital, prestando su trabajo, etc.) que produce para terceros en el mercado, muestra principalmente una significativa continuidad de conjunto.

Finalmente, *el grado de dirección consciente* que se usa para guiar la utilización de los recursos. Esto es muy importante en un contexto donde se recurre a la continuidad del equipo propietario del insumo de producción. Sobre el particular se ha señalado:

*...el grado de la dirección consciente que se usa para guiar la utilización de los recursos (...) es mínimo en las transacciones del mercado instantáneo, pero es más importante en donde se recurre a la continuidad de la asociación. La dirección de algunos por otros capta el espíritu de la coordinación administrada.*<sup>144</sup>

<sup>142</sup> Ibídem.

<sup>143</sup> Ibídem.

<sup>144</sup> Ibídem.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

190. Como se puede apreciar, se debe conjugar la especialización, la continuidad de la asociación y la utilización de la dirección para reconocer en términos económicos una coordinación de naturaleza empresarial. Según la doctrina:

*Estas características sustituyen a la autosuficiencia y a los mercados instantáneos. Se encuentran con frecuencia en la organización industrial porque son productivas en muchas circunstancias. Esta productividad deriva en parte en consideraciones del costos de transacción y de monitoreo, pero también depende de otras condiciones. Son particularmente importantes las condiciones que se encuentran detrás de la adquisición y el uso de conocimientos.*

191. En el presente caso se observa que Perurail y Fetrans constituyen un solo grupo económico que produce servicios verticalmente integrados de manera especializada, con la finalidad de llegar a los usuarios finales del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros. Por ello el grupo realiza actividades en toda la cadena productiva ferroviaria, es decir, desde la explotación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria otorgada en concesión a Fetrans hasta la explotación del material tractivo y rodante "alquilado" a Perurail.
192. Asimismo, con relación a lo anterior, el vinculo empresarial de Fetrans y Perurail evidencia que existe una continuidad en la asociación de los accionistas respecto de los bienes de producción con la finalidad de prestar, de modo especializado, el servicio de transporte ferroviario en el FSO.
193. Esta continuidad implica la utilización de un solo mecanismo de dirección y control por parte de Fetrans y Perurail para administrar la utilización de sus recursos de producción. Esto último se desprende del hecho de que los directores y gerentes de Fetrans son al mismo tiempo directores y gerentes de Perurail.
194. Es importante tratar como una sola empresa a dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico cuyo control depende una de la otra. En este supuesto la maximización de utilidades dependerá del análisis conjunto de las empresas del grupo y no de cada empresa individualmente considerada. Así, podría darse el caso que una empresa celebre determinados contratos con otra empresa de su mismo grupo, que desde un punto de vista individual no sean tan beneficiosos para la primera, pero sí para el grupo en general.
195. En efecto, un grupo económico de empresas integradas verticalmente que por asuntos formales requiere operar como dos empresas distintas, en términos reales no extraen valor una con relación a las otras. Únicamente realizan transferencias de dinero de una empresa a otra; pero esta operación en realidad significa una transferencia de dinero de una cuenta a otra perteneciente a un mismo agente.
196. Así por ejemplo, si a una empresa le cuesta muy poco producir un determinado producto, y en términos formales se lo vende a su empresa vinculada a un precio alto, para que ésta a su vez lo comercialice a un precio dos veces más alto, la ganancia de esta última no es la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra del producto que adquiere de su empresa vinculada





(productora). La ganancia está constituida en realidad por lo que gane el grupo, esto es, aproximadamente la diferencia entre el precio de comercialización del producto y el costo de producción.

197. En consecuencia, en el presente caso, en aplicación del principio de primacía de la realidad<sup>145</sup> se puede concluir que pese a que Fetrans y Perurail constituyen formalmente dos empresas jurídicamente independientes (verticalmente integradas y parte de un grupo económico), en realidad ambas empresas actuarían desde el punto de vista económico como una empresa que realiza sus actividades en ambos segmentos de la cadena productiva del mercado de transporte ferroviario en el FSO.

**3.3.2 El mercado relevante**

198. Antes de analizar el mercado relevante, corresponde conocer algunas características técnicas del FSO a efectos de tener un mejor entendimiento de las condiciones de mercado de los servicios que se desarrollan en este tramo.

199. El FSO está conformado por una línea principal de trocha angosta (0,914 metros de ancho<sup>146</sup>) de 121,7 Km. que se inicia en la ciudad del Cusco (Km. 0,0) y termina en la Hidroeléctrica Machupicchu (Km. 121,7), y un ramal de 13 Km. que comienza en la estación de Urubamba y se une a la línea principal en la estación de Pachar (Ver Gráfico N° 8).

<sup>145</sup> El principio de la realidad ha sido incluido en el proyecto de la Ley de Defensa de la Competencia elaborado por el Indecopi y publicado en su página web en diciembre de 2004.

En efecto, en el artículo 4 del referido proyecto se señala lo siguiente:

**Artículo 4.- Primacía de la realidad.-**

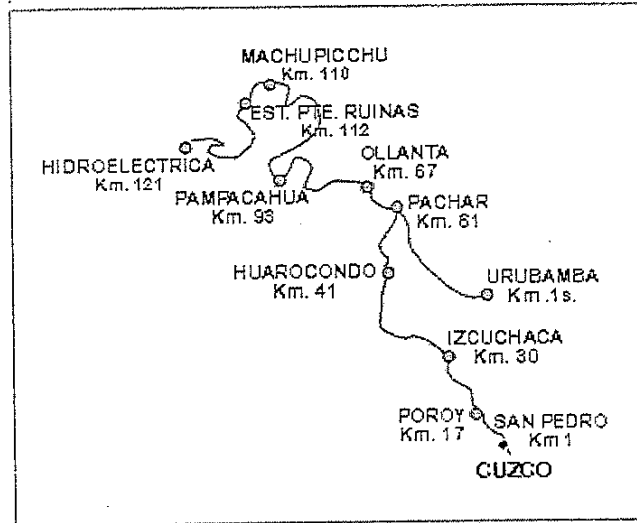
*En la aplicación de la Ley, la determinación de la verdadera naturaleza de los actos o conductas, atenderá a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan.*

<sup>146</sup> Esta característica técnica se presenta debido a la existencia de bajos radios de curva derivados de la topografía de la zona. Ver: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC del 14 de agosto de 2000.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

Gráfico N° 8  
Ruta del Ferrocarril del Sur – Oriente



Fuente: Ositrán

200. Para los tramos Cusco – Ollanta (Km. 67,2) y Ollanta – Piscaycucho (Km. 82,0), existen una carretera asfaltada y una carretera rural de trocha afirmada, respectivamente, que corren paralelas a la línea férrea. De Piscaycucho hasta la Hidroeléctrica (Km. 121,7) el único medio de transporte motorizado es el ferrocarril, al margen de caminos locales para el tránsito de animales domésticos (llamas, alpacas, caballos, mulas, etc.)<sup>147</sup>.
201. Como se ya se ha mencionado, como resultado del proceso de licitación Fetrans se adjudicó la concesión del FSO, lo que le otorgó el derecho a administrar y explotar la infraestructura ferroviaria y el Material. Sin embargo, en virtud del Contrato de Concesión se prohibió al concesionario prestar directamente el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros, motivo por el cual Fetrans constituyó Perurail, otorgándole, a través de un contrato de alquiler, el derecho a explotar el Material concesionado. En la actualidad, esta empresa es hasta la fecha la única operadora encargada de brindar los servicios de transporte de carga y pasajeros.
202. Con relación a la demanda del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, es posible distinguir dos segmentos de consumidores en función a sus necesidades de transporte<sup>148</sup>. Un primer grupo está conformado por pasajeros residentes (locales) de los poblados situados en el área de influencia del ferrocarril, que se trasladan en todo el tramo Cuzco – Hidroeléctrica y viceversa. El segundo grupo está compuesto por pasajeros turistas que se desplazan en el tramo Cuzco – Machupicchu y viceversa. A su vez, los turistas también pueden diferenciarse de acuerdo a sus disponibilidades de pago por el servicio de transporte. En efecto, dicha diferenciación es la que permite la segmentación de los diferentes servicios de transporte, lo cual se ha visto reflejado en la

<sup>147</sup> Ibidem.

<sup>148</sup> Ibidem.







diversidad de ofertas realizadas por el operador, que difieren en precio y en calidad del servicio<sup>149</sup>.

203. El rubro de negocio del FSO se restringe, de modo casi exclusivo, al transporte de pasajeros<sup>150</sup>. En este caso, el FSO no enfrenta una competencia intermodal o ésta es casi inexistente<sup>151</sup> en el tramo Piscaycucho - Hidroeléctrica. Según el Informe N° 003-2000-INDECOPI/CLC del 14 de agosto de 2000, a pesar de que existen alternativas al tren para trasladarse desde Cusco hacia Machupicchu<sup>152</sup>, éstas serían limitadas y no constituyen sustitutos cercanos del transporte ferroviario. Al respecto, la GEE del Indecopi en el Informe N° 055-2004/GEE ha sostenido que no se habrían registrado cambios sustanciales en las condiciones de competencia intermodal en el mencionado tramo.
204. Por otro lado, entre el año 1993 y el año 2002 el volumen de carga transportada por el FSO fluctuó entre 13 000 Tm. y 40 000 Tm. Desde el año 2000, sin embargo, el volumen transportado disminuyó a una tasa promedio anual de [ ]<sup>153</sup>. Cabe resaltar que los principales usuarios del servicio de transporte de carga son empresas distribuidoras de productos de consumo masivo cuyo objetivo es satisfacer la demanda de los turistas que llegan a Machupicchu<sup>154</sup> (ver Gráfico N° 9).

**Gráfico N° 9**  
**Ferrocarril del Sur – Oriente: Tráfico de Carga y Pasajeros<sup>155</sup>**

<sup>149</sup> Se presentan alternativas como Servicio Inka, Autovagon, Ferrostal, Backpacker Express, Imperial, Hiram Bingahm, entre otros. Ver: [www.perurail.com](http://www.perurail.com)

<sup>150</sup> A diferencia del FSO, los Ferrocarriles del Centro y del Sur tienen como principal rubro de negocio el transporte de carga.

<sup>151</sup> Los Ferrocarriles del Centro y del Sur si enfrentan una competencia directa del transporte de vehículos automotores. Así, en el caso del Ferrocarril del Centro la competencia se daría a través de la Carretera Central, mientras que en el caso del Ferrocarril del Sur la competencia se daría en las carreteras Cusco – Juliaca, Arequipa – Juliaca, Juliaca – Cusco, Matarani – Puno, Puno – Matarani y Mollendo – Cusco.

En: OSITRAN. Informe N°21-01-GEE-Ositrán: Evaluación de Desempeño Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente. Lima, setiembre de 2001.

<sup>152</sup> Tales como: (i) vía carretera (en bus) desde Cuzco a Ollanta; (ii) vía camino inka desde Ollanta a Machupicchu; y (iii) desde Cuzco a Machupicchu, ya sea en helicóptero o la alternativa bimodal (que consiste en viajar en bus hasta Ollanta y luego en tren hasta Machupicchu).

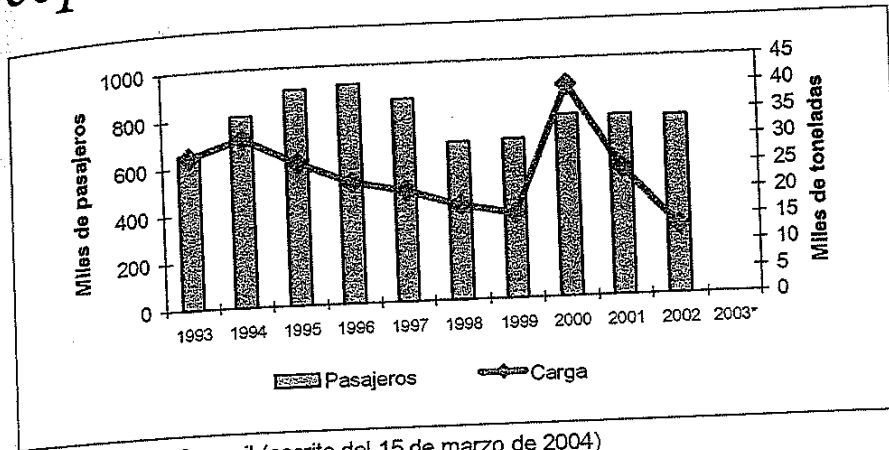
<sup>153</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>154</sup> Ver: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC.

<sup>155</sup> La información correspondiente al año 2003 ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.



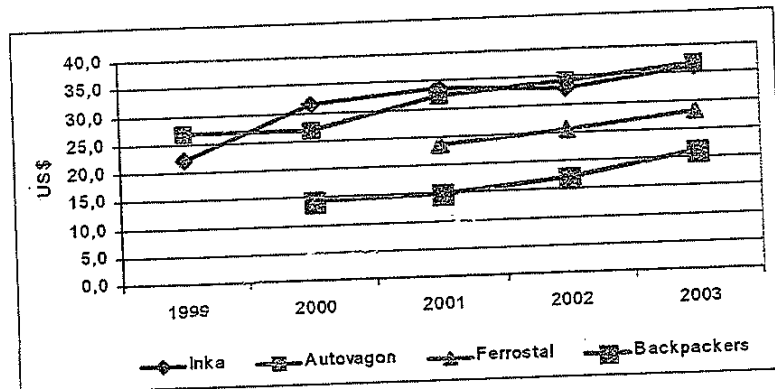
Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



Información de Perurail (escrito del 15 de marzo de 2004)  
 Fuente: Ositrán  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

05. Con respecto al servicio de transporte de pasajeros, el número de pasajeros que utilizó el ferrocarril se incrementó de 655 000 en 1993 a [ ]<sup>156</sup> en 2003 ([ ]<sup>157</sup> más)<sup>158</sup>. En tal sentido, en la actualidad, el rubro de negocios más importante para el operador del FSO es el transporte de pasajeros.
06. Con relación a los precios de algunos servicios de transporte de pasajeros ofrecidos por Perurail durante el periodo 1999 – 2003, el siguiente gráfico muestra que los servicios Inka, Autovagón, Ferrostal y Backpackers se han venido incrementando sostenidamente a una tasa promedio anual de 14,2%, 11,4%, 9,4% y 14,2%, respectivamente

Gráfico N° 10  
 Ferrocarril del Sur – Oriente: Precios Promedio<sup>19</sup> de algunos Servicios de Transporte Ferroviario de Pasajeros<sup>159</sup>



<sup>156</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>157</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>158</sup> Según información remitida por Perurail S.A. mediante escrito del 15 de marzo de 2004.

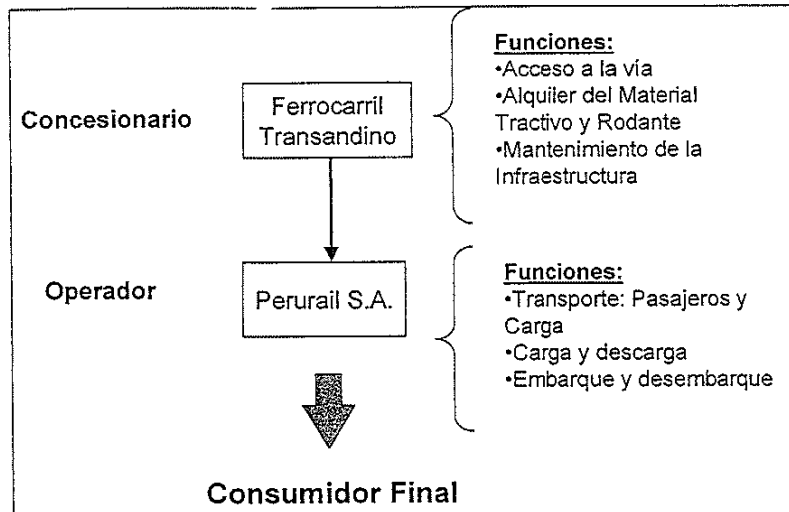
<sup>159</sup> El gráfico abajo señalado fue elaborado utilizando información que ha sido declarada como NO CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC. A la fecha dicho pronunciamiento no ha sido impugnado por la parte interesada, motivo por el cual ha quedado consentido.



Fuente: Perurail (escrito del 15 de marzo de 2004).  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

207. En general, la estructura de la industria ferroviaria en el Perú se ha caracterizado por la existencia de competencia intermodal en los tramos de los Ferrocarriles del Centro y del Sur, siendo dicha competencia bastante limitada en el caso particular del tramo del FSO. En principio, si bien existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el FSO, en la práctica se ha observado que ha existido un solo operador dominante en este mercado durante los últimos cinco (5) años (ver Gráfico N° 11).

**Gráfico N° 11**  
**Organización de la Industria Ferroviaria en el**  
**Ferrocarril Sur – Oriente**



Fuente: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

208. La existencia de un operador dominante en el FSO puede tener origen o verse fortalecida por la presencia de barreras a la entrada, tanto estructurales como estratégicas, que limitan la incursión de potenciales operadores a la prestación del servicio de transporte ferroviario.

### 3.3.2.1. El servicio relevante

209. Fersimsac solicitó el alquiler del Material concesionado a Fetrans con el propósito de operar en el FSO como prestador del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
210. Para la prestación del mencionado servicio por parte de Fersimsac (y de cualquier otro operador que quiera prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO), el material tractivo y rodante constituye un insumo fundamental pues a través de éste se realiza el traslado físico de las personas o las mercancías a través de la línea férrea. Por ello, Fersimsac y/o cualquier otro potencial operador que desee prestar de manera efectiva el servicio de transporte



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



ferroviario de carga y/o pasajeros en el FSO requiere, necesariamente, contar con material tractivo y rodante.

211. Dado que en el presente caso la solicitud de Fersimsac se centra en el alquiler del Material para operar en el FSO, podría considerarse de manera preliminar que el servicio relevante demandado es el aprovisionamiento de dicho Material.
212. Si bien podrían existir distintas fuentes de aprovisionamiento de material tractivo y rodante, no todas ellas se encuentran disponibles de forma efectiva para Fersimsac o para cualquier otro operador potencial. Por esta razón corresponde profundizar el análisis relativo a tales fuentes de aprovisionamiento, con el objeto de determinar cuáles de ellas constituyen, en principio, alternativas viables o idóneas para la obtención del material tractivo y rodante.
213. Al respecto, conviene señalar que las particularidades técnicas del FSO (trocha angosta de 0,914 metros) restringen el número de fuentes reales de aprovisionamiento pues, según lo manifestado por el MTC<sup>160</sup>, el material tractivo y rodante requerido para poder operar en el tipo de trocha que utiliza el FSO sólo es fabricado por proveedores ubicados en la República Popular China, Estados Unidos de América y España. Así, una alternativa de aprovisionamiento, aunque restringida, constituiría la compra de dicho material a precios que fluctúan entre US\$ 70 000,00 por un vagón tolva y US\$ 2 700 000,00 por una locomotora<sup>161</sup>.
214. Una segunda alternativa de aprovisionamiento constituiría el alquiler de material tractivo y rodante. Con relación a esta posibilidad, según información proporcionada por Perurail, actual y único operador del FSO, el monto promedio anual de los últimos 4 años pagado a Fetrans por el alquiler de la totalidad de Material otorgado en concesión asciende a US\$ [ ]<sup>162</sup>, lo que equivale a un pago promedio anual simple de US\$ [ ]<sup>163</sup> por cada unidad de Material. Esto equivale a decir que, aproximadamente, el alquiler diario (promedio simple) de una unidad de Material puede ser pagado con poco más del costo de un (1) pasaje ida y vuelta Cusco – Machupicchu en el servicio local (el servicio local es el de menor precio; costó en enero de 2003 US\$ 5,78 —ida y vuelta).
215. Ahora bien, de la información proporcionada por el MTC<sup>164</sup>, Ositrán<sup>165</sup>, la GEE<sup>166</sup> y otros<sup>167</sup>, en el marco de la presente investigación no se ha podido constatar la

<sup>160</sup> En respuesta mediante correo electrónico a la solicitud de información realizada mediante Carta N° 002-2004/GEE-INDECOPI del 18 de febrero de 2004 de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

<sup>161</sup> Ver: Anexo N° 7 que forma parte integrante del presente informe.

<sup>162</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>163</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.

<sup>164</sup> A través de la absolucón de cuestionarios y concesión de entrevistas.

<sup>165</sup> Mediante la remisión de diversos informes, concesión de entrevistas y respuesta a solicitudes de información.

<sup>166</sup> Informe N° 055-2004/GEE del 18 de agosto de 2004 y otros.





existencia de otras alternativas de aprovisionamiento distintas a las mencionadas previamente<sup>168</sup>. Sin embargo, Fetrans ha presentado un informe elaborado por la empresa Apoyo Consultoría S.A.C. (asesores de Fetrans, en lo sucesivo Apoyo) en la cual se observa un listado de ferrocarriles en el mundo que tienen la misma característica técnica que el FSO (trocha de 914 mm), entre los cuales destacan: Guatemala, Colombia, Panamá, Venezuela, Cuba, El Salvador, Singapur, entre otros. No obstante, en el referido informe no se menciona la posibilidad de que los operadores ferroviarios en los países mencionados suministren material tractivo y rodante de segunda mano.

216. Existe una diferencia considerable respecto de la inversión que debería efectuarse entre comprar el material tractivo y rodante o su arrendamiento. La compra del material tractivo y rodante significaría una desventaja para el operador entrante frente a la opción del alquiler, que es menos costosa. Ciertamente, la decisión de compra o alquiler variaría dependiendo de la estrategia comercial y los beneficios esperados.
217. Incluso la empresa Apoyo ha señalado que la compra de material tractivo y rodante nuevo para trocha de 914 mm no sería viable por cuanto esta clase de equipos ya no se fabrican dado lo desfasado de un sistema ferroviario de estas características (como las del FSO), salvo un pedido especial que implique un volumen sustancial de material tractivo y rodante. Al respecto, la referida empresa ha señalado que:

*La empresa EMD Motors, por ejemplo, para fabricar locomotoras de 1,100 HP (como la que se requiere para cubrir la ruta de Cusco Machupicchu) acepta pedidos de mínimo 50 unidades pues su producción está orientada a la elaboración de locomotoras que emplean entre 4,000 y 6,000 HP (estas son las locomotoras nuevas más demandadas en la actualidad).<sup>169</sup>*

218. En opinión de esta Secretaría Técnica, la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento, toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material —alquilándolo— a un costo significativamente menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado. Sobre el particular, resulta pertinente señalar que Fetrans obtuvo los bienes de la concesión, entre los cuales se encontraban el Material, sin tener que realizar desembolso alguno por dichos bienes, lo cual ciertamente le dio y le da una

<sup>167</sup> Entrevistas a Fersimsac y otros agentes relacionados con la prestación del servicio de transporte ferroviario.

<sup>168</sup> Es posible pensar en primera instancia que otra alternativa de aprovisionamiento de material tractivo y rodante podría estar constituida por la conversión de material tractivo rodante de cualquier ancho al usado en el FSO; sin embargo, la conversión requiere inicialmente contar con el material tractivo y rodante, lo cual ya es una adquisición. Adicionalmente, la propia conversión presenta restricciones técnicas (según MTC en entrevista del 18 de mayo de 2005) y económicas.

<sup>169</sup> Nota al pie N° 25 del informe de Apoyo Consultoría S.A.C. denominado "Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas".





situación ventajosa frente a cualquier potencial entrante. Este tema será analizado a con mayor detalle más adelante; sin embargo, resulta importante mencionar lo anterior a efectos del análisis que se hace a continuación.

219. El precio de una locomotora para trocha angosta de 914 mm de un proveedor de la República Popular China ascendería a US\$ 1 400 000,00, cifra muy superior a los US\$ [ ]<sup>170</sup> de pago anual por alquiler que realiza el operador establecido. Por su parte, el precio de una locomotora en los Estados Unidos de América ascendería a US\$ 2 700 000,00. En ambos casos, además, se tendría que incurrir en costos adicionales para convertir el material de trocha estándar en trocha angosta. Incluso, el referido precio de alquiler resulta sustancialmente inferior a los precios de compra y adaptación de una locomotora en el mercado secundario conforme a la información proporcionada por la empresa Apoyo a esta Secretaría Técnica. En efecto, la referida empresa ha señalado que existirían tres modelos de locomotoras que pueden ser adaptadas para su uso en el FSO; no obstante, los precios de adaptación de estos equipos resultan superiores no sólo al precio de alquiler del Material por parte de Perurail sino incluso también al precio señalado en el presente párrafo respecto de la adquisición de una locomotora en la República Popular China.
220. Por lo tanto, dadas las particularidades técnicas y comerciales existentes (trocha angosta de la línea férrea, empresas integradas, bajos costos de alquiler para el operador establecido, entre otros), la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento para Fersimsac o cualquier otro potencial operador, pues el operador establecido (Perurail) se aprovisiona arrendando el Material de su empresa vinculada (Fetrans, concesionaria del FSO) a un bajo costo. Esta situación elimina cualquier posibilidad de ingresar al mercado por parte de Fersimsac o de cualquier otro potencial operador que desee participar competitivamente en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.
221. En consecuencia, el alquiler es la única alternativa real y viable de aprovisionamiento de material tractivo y rodante para una empresa ferroviaria que pretenda operar en el FSO, por lo que, en principio, el servicio relevante para efectos de delimitar el mercado producto relevante es el alquiler de material tractivo y rodante.
222. No obstante ello, Fetrans ha sostenido que el servicio relevante debería estar constituido en general por la adquisición del material tractivo y rodante. Esto debería incluir la compra de material de trocha angosta, la compra del material de trocha ancha y su adaptación, y el alquiler de material tractivo y rodante. En efecto, Fetrans ha argumentado que en el Informe N° 055-2004/GEE la GEE arribó a conclusiones obvias, esto es, que los indicadores de rentabilidad son significativamente más favorables y que el plazo de recuperación de la inversión es menor, en escenarios en los que la empresa alquila el material tractivo y rodante en lugar de adquirirlos. Incluso, ha sostenido que la GEE señaló que, en

<sup>170</sup> Lo consignado entre corchetes es información que ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.





un posible escenario, la empresa que adquiere material tractivo y rodante tendría una rentabilidad de 16.4%.<sup>171</sup>

223. A entender de Fetrans, las conclusiones de la GEE tienen relevancia para demostrar que a pesar de que es supuestamente costoso comprar los mencionados materiales, se puede obtener ganancias razonables. Por lo tanto, la adquisición de material tractivo y rodante no implicaría costos prohibitivos pudiendo ser asumidos por los competidores sin que ello implique una desventaja respecto del operador actual.
224. En ese sentido, según Fetrans, existiría una gran cantidad de proveedores de material tractivo y rodante de trocha angosta cuya cercanía con el Perú permite su adquisición. Además, no se debería descartar la posibilidad de adquirir material de trocha ancha y luego proceder a adaptarlo a trocha angosta. Así por ejemplo, Perurail ha adquirido y acondicionado material tractivo y rodante de trocha ancha bajo la supervisión de Ositrán y el MTC. Por lo tanto, el servicio relevante debería estar constituido por el "aprovisionamiento de material tractivo y rodante en general".
225. Al respecto, se observa del Contrato de Concesión que el concesionario (Fetran) no habría realizado pago inicial alguno al Estado peruano por la adquisición del Material concesionado, sino que lo recibió para su explotación a un costo inicial "cero". En efecto, en virtud del Contrato de Concesión, Fetran sólo se encuentra obligado a transferir una Retribución Especial equivalente al 50% de los ingresos por el alquiler del Material.

La cláusula 5.2 del Contrato de Concesión establece que:

*El Concesionario también queda obligado a pagar semestralmente a favor del Concedente [el Estado peruano] la Retribución Especial que equivale al 50% (cincuenta por ciento) de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos de la explotación del Material Tractivo y/o Rodante incluidos en el Anexo N° 3 de este Contrato, excluyendo el Impuesto General a las Ventas (...)*

226. En el Contrato de Concesión no se aprecia la existencia de alguna otra obligación de pago por la adjudicación del Material en concesión. Tampoco se aprecia algún pago inicial por parte del concesionario para la adjudicación de los otros bienes de la concesión (v.g. infraestructura vial ferroviaria).
227. En línea con lo anterior, en el Libro Blanco elaborado por el Cepri – Enafer se ha señalado que el Segundo Plan de Promoción que se aplicó para la concesión de los ferrocarriles en el Perú tenía (y tiene) como característica consignar una contraprestación a favor del Estado peruano consistente en una retribución principal y una especial, tal como se cita a continuación:

<sup>171</sup> Sobre el particular, Fetran ha presentado dos informes elaborados por la empresa Apoyo Consultoría S.A.C., denominados: "Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del Indecopi y sobre la Resolución de inicio del Procedimiento de la Comisión de Libre Competencia" (4 de enero de 2005) y "Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas" (30 de mayo de 2005).





**SEGUNDO PLAN DE PROMOCIÓN**

(...)

*Este Plan tuvo las siguientes características:*

(...)

*Contraprestación : Pago de una retribución principal y de una retribución especial.*

(...)

Asimismo, en el mismo Libro Blanco se establece que el consorcio Ferrocarriles del Perú resultó ganador luego de presentar la mejor oferta económica. Según las bases del concurso, la oferta económica consistía en el canon anual que ofrecía pagar el postor sobre los ingresos brutos derivados de la concesión, excluyendo aquellos que provengan del Material<sup>172</sup>.

*La Comisión recibió dos ofertas, las que luego del análisis correspondientes fueron encontradas válidas; luego de anunciada la validez de las ofertas del Consorcio Ferrocarriles del Perú y del Consorcio G & W / Unirail se procedió a la apertura de los Sobres No. 3 conteniendo las ofertas económicas siguientes:*

- *Consorcio Divisible Ferrocarriles del Perú:*

<i>Tramo FC del Centro</i>	<i>24.750%</i>
<i>Tramo FC Sur y Sur Oriente</i>	<i>37.250%</i>
<i>Oferta Ponderada</i>	<i>33.375%</i>
  
- *Consorcio G & W / Unirail* *33.000%*

*El presidente del CEPRI, Ing. Patrick Barclay proclamó como ganador de la Buena Pro al Consorcio Divisible Ferrocarriles del Perú...*

De manera similar, con relación a la contraprestación por la explotación de los bienes de la concesión y el Material, las Bases de la Licitación Pública establecieron lo siguiente:

**1.2 Destino y utilización de los recursos derivados del otorgamiento de la concesión**

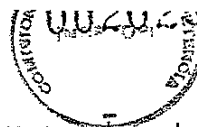
*Como contraprestación por la concesión el Adjudicatario deberá pagar al Tesoro Público (i) un canon anual que se calculará sobre los ingresos brutos derivados de la misma y respecto del cual se concursará, excluyendo aquellos que provengan de la explotación del material tractivo o rodante de propiedad del Estado y (ii) un canon mensual que se calculará sobre los ingresos brutos derivados de la explotación del material tractivo y rodante de propiedad del Estado y que estará preestablecido en el Contrato de Concesión.*

228. Como se puede observar, el proceso de concesión del FSO no previó un pago inicial por parte del concesionario por la adjudicación del Material (y los otros bienes de la concesión), por lo que se puede afirmar que el concesionario los

<sup>172</sup> Según el punto 6.1.4 de las Bases de la Licitación Pública.







recibió a un costo inicial "cero". Esta afirmación fue corroborada por la propia Fetrans en la reunión sostenida con esta Secretaría Técnica el 4 de mayo de 2005. En la mencionada reunión el señor Armando Pareja, Gerente Financiero, sostuvo que Fetrans no tiene registrado ningún desembolso al Estado por la adjudicación de la concesión de FSO, lo que indicaría que, en efecto, la adjudicación de la concesión se realizó sin ningún pago inmediato por ella, y que lo que existió fue un compromiso de Fetrans de compensar posteriormente al Estado en la medida que pudiera explotar los bienes de la concesión.

229. La modalidad de compensación por la adjudicación de los bienes de la concesión contenida en el Contrato de Concesión consiste en dos retribuciones. En virtud de la primera denominada "retribución principal" Fetrans se encuentra obligada a pagar un equivalente al 37,25% de sus ingresos brutos obtenidos producto de la explotación de los bienes de la concesión, excluyendo aquellos ingresos obtenidos de la explotación del material tractivo y rodante (v.g. uso de la línea férrea, estaciones, patios de maniobra, entre otros). La segunda retribución denominada "retribución especial" equivale a un 50% de los ingresos brutos percibidos por Fetrans producto del alquiler de material tractivo y rodante del semestre anterior.
230. Así las cosas, se observa que el grupo económico constituido por Fetrans y Perurail (a través de la primera de las empresas mencionadas) recibió los bienes de la concesión sin haber realizado ningún desembolso inicial al Estado, por lo que no existiría monto alguno que recuperar por concepto de inversión inicial, salvo aquel derivado de la propia explotación de los bienes de la concesión.
231. Resulta pertinente la evaluación de las condiciones en la que el grupo económico Fetrans – Perurail recibió el Material de propiedad del Estado en la medida que, como se ha planteado, el servicio demandado es el aprovisionamiento de material tractivo y rodante para operar de forma efectiva en el FSO. En ese sentido, la demanda por material tractivo y rodante es una demanda derivada de la prestación del servicio de transporte ferroviario en el FSO, mercado en el que el grupo económico Fetrans – Perurail participa a través de Perurail. Por lo tanto, la demanda de material tractivo rodante que realice cualquier potencial operador del FSO es una demanda destinada a competir en la prestación del servicio de transporte ferroviario con la empresa establecida Perurail (integrante del grupo económico Fetrans – Perurail).

En ese escenario, que no existirían incentivos para que un potencial operador pretendiera entrar al FSO adquiriendo su propio material tractivo y rodante, toda vez que la empresa establecida (Perurail) podría disminuir significativamente sus precios, igualándolos al costo de prestar el servicio de transporte (costo marginal), lo que haría irre recuperable la inversión inicial en la adquisición de material tractivo y rodante por parte de cualquier competidor potencial (ver Cuadro N° 4).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

**Cuadro N° 4  
Costos de operar en el FSO**

Costo de operación sostenible	=	Costo de prestar el servicio de transporte (costo marginal)	+	Pago de la inversión (v.g. inicial)
-------------------------------	---	---	---	-------------------------------------

Elaboración: STCLC/INDECOPI

232. En efecto, toda vez que Fetrans y Perurail se encuentran integradas verticalmente y al no existir regulación respecto del cobro que Fetrans podría exigir a Perurail por el alquiler del Material, resulta lógico suponer que ante un escenario en el que se presente un potencial operador, Perurail tendría una respuesta competitiva disminuyendo sus precios hasta un nivel que le permita seguir operando sin pérdidas (costo de operación sostenible).
233. Dicho nivel de precios se ubicaría en el costo marginal de la prestación del servicio de transporte ferroviario, pues al pertenecer al mismo grupo económico, Perurail y Fetrans podrían renegociar a muy bajo costo el contrato de alquiler de material tractivo y rodante, fijando la renta de arrendamiento de todo el Material, por ejemplo, en un centavo de nuevo sol (S/. 0,01) por año (incluso, por periodos superiores a un año), con lo cual en términos reales el costo de operación sostenible de Perurail sería únicamente el costo de prestar el servicio de transporte.
234. Caso distinto ocurriría con aquel operador potencial que decidiera ingresar al mercado adquiriendo su propio material tractivo y rodante. Dado que para operar sostenidamente en el mercado, además de cubrir sus costos de prestar el servicio de transporte, necesitaría recuperar la inversión inicial por la adquisición de material tractivo y rodante (pago de la inversión), este operador potencial se vería seriamente restringido por la probable respuesta ("anti")competitiva de Perurail.
235. Así, considerando que es posible que Perurail tenga una respuesta competitiva como la señalada en los párrafos anteriores (favorecida por el hecho de que el grupo económico no realizó ningún desembolso por el Material que operan), no existiría incentivo alguno para que un potencial operador ingrese al mercado de prestación del servicio de transporte ferroviario en el FSO adquiriendo su propio material tractivo y rodante. Por ende, la compra no constituye una alternativa real de aprovisionamiento del mencionado material, es decir, que no son sustitutos comparables el arrendamiento y la compra de material tractivo y rodante.
236. En consecuencia, el servicio relevante en el presente caso queda definido como el alquiler de material tractivo y rodante; claro está, un alquiler en condiciones similares a las que Fetrans ofrece a Perurail. Con ello se descarta como posibilidad real de aprovisionamiento la compra de material tractivo y rodante, tanto de trocha angosta de 914 mm como de trocha ancha o estándar y su



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA-705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

adaptación a trocha angosta (esto último por cuanto ello implicaría un desembolso adicional por parte del potencial entrante).

### 3.3.2.2 El mercado geográfico

237. Para establecer el mercado relevante se debe determinar las fuentes geográficas alternativas de aprovisionamiento a las cuales Fersimsac o cualquier otro potencial operador podría recurrir con el objeto de alquilar material tractivo y rodante de trocha angosta en condiciones similares a las recibidas por el operador establecido (Perurail), para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.
238. Determinar las fuentes de aprovisionamiento alternativas desde el punto de vista geográfico o, lo que es lo mismo, determinar el mercado geográfico, equivale a establecer el área geográfica en donde se encuentran las fuentes a las que los usuarios (demandantes) del servicio relevante, en este caso el alquiler de material tractivo y rodante, podrían acudir si el precio de éste (el alquiler) se incrementara.
239. El análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de contratar el servicio relevante analizado de una fuente de aprovisionamiento proveniente de otra área geográfica, de manera tal que esta fuente satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar la oferta que satisfaga las necesidades de los demandantes del servicio relevante a niveles competitivos, incluyendo a los proveedores de distintas locaciones geográficas.
240. En el caso en particular, se deben determinar los lugares geográficos a los cuales Fersimsac o cualquier otro potencial operador podría acudir para alquilar el material tractivo y rodante que le permita prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, en condiciones similares a las que Fetrans ofrece a Perurail. Para ello, corresponde identificar todas las probables fuentes geográficas de aprovisionamiento, además de Fetrans, que ofrezcan arrendamiento de material tractivo y rodante, para luego identificar cuáles constituyen alternativas competitivas<sup>173</sup>.
241. A partir de la información proporcionada por el MTC<sup>174</sup>, Ositran<sup>175</sup>, la GEE<sup>176</sup> y otros<sup>177</sup> en el marco de la presente investigación, no se ha identificado la existencia de un mercado de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO, a excepción del material otorgado en concesión a Fetrans (arrendado a Perurail).

<sup>173</sup> Similares condiciones de mercado a las ofrecidas por Fetrans a Perurail.

<sup>174</sup> A través de la absolución de cuestionarios y concesión de entrevistas.

<sup>175</sup> Mediante la remisión de diversos informes, concesión de entrevistas y respuesta a solicitudes de información.

<sup>176</sup> Informe N° 055-2004/GEE del 18 de agosto de 2004 y otros.

<sup>177</sup> Entrevistas a Fersimsac y otros agentes relacionados con la prestación del servicio de transporte ferroviario.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

242. Sobre el particular, Fetrans ha argumentado que es posible obtener material tractivo y rodante del Ferrocarril Huancayo – Huancavelica, toda vez que éste utiliza material tractivo y rodante de iguales especificaciones técnicas que el material tractivo y rodante que opera en el FSO.
243. El Ferrocarril Huancayo — Huancavelica cuenta con cuatro locomotoras y veinte coches —ocho de los cuales son de madera— con más de cuarenta años de antigüedad. De las locomotoras que posee, dos se encuentran operando y dos se encuentran fuera de servicio.<sup>178</sup>
244. Según el señor Angel Botino, funcionario de la Dirección de Fiscalización Vial del MTC<sup>179</sup>, el mal estado del material tractivo y rodante del Ferrocarril Huancayo — Huancavelica provoca que no se pueda cumplir con la prestación habitual del servicio de transporte ferroviario<sup>180</sup>, por lo que resultaría muy poco probable —sino imposible— que se encuentre en disposición de incursionar en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante. Por el contrario, en opinión del referido funcionario, en dicho segmento estarían interesados de aprovisionarse de material tractivo y rodante para recuperar el nivel de prestación de servicios de transporte ferroviario.
245. En opinión de esta Secretaría Técnica, Fetrans es la única fuente real de aprovisionamiento de material tractivo y rodante que puede operar en el FSO y, por ende, la única alternativa a la que podría acceder Fersimsac o cualquier otro potencial operador. Por lo tanto, el mercado geográfico debe quedar delimitado a aquel material tractivo y rodante concesionado a Fetrans ubicado en el departamento (región) de Cusco.
246. Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto negado que algún agente económico decidiera ingresar al mercado de prestación de servicios de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO, no podría exigir un precio similar al cobrado por Fetrans a Perurail por el alquiler de cada unidad de material tractivo o rodante, sino uno mucho mayor.
247. En efecto, una empresa que decidiera ingresar a prestar el servicio de alquiler de material tractivo y rodante que opere en el FSO, tendría necesariamente que aprovisionarse de dicho material, lo que le demandaría una primera inversión a ser recuperada en el ejercicio de la actividad económica (el alquiler). En ese sentido, Fetrans se encuentra en una posición privilegiada toda vez que, como se ha señalado en varias oportunidades, el Material que actualmente explota le fue transferido sin exigir a cambio ningún desembolso inicial, lo que significa que no tiene que recuperar alguna inversión inicial y, por ende, siempre podría cobrar un precio menor por el alquiler.

<sup>178</sup> De la entrevista realizada el 18 de mayo de 2005 con el señor Angel Botino, funcionario de la Dirección de Fiscalización Vial del MTC.

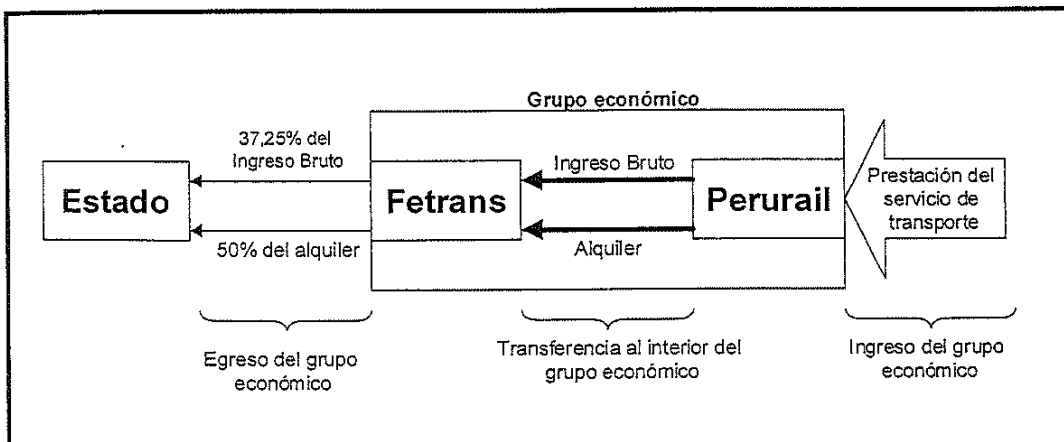
<sup>179</sup> Entrevista realizada el 18 de mayo de 2005.

<sup>180</sup> En el año 2004 el Ferrocarril Huancayo – Huancavelica transportó 350 000 pasajeros aproximadamente, mientras que el 2003 fueron 700 000.



248. En este contexto, cualquier otro potencial competidor de Fetrans en el alquiler de material tractivo y rodante se encontraría en desventaja frente a éste, salvo que existiera algún otro Estado que otorgue en concesión material tractivo y rodante sin exigir ningún pago inmediato por la transferencia, e inclusive así, el supuesto competidor de Fetrans tendría que incurrir en los costos de transporte asociados al traslado del mencionado material a la línea férrea del FSO, lo cual ya significaría una inversión inicial —distinta a la realizada por Fetrans— que no podría recuperar.
249. Adicionalmente, Fetrans tiene la capacidad de reducir significativamente el precio exigido a Perurail por el alquiler del Material. Considerando que en el Contrato de Concesión no se establece ninguna referencia respecto del cobro que Fetrans tendría que realizar a cualquier operador ferroviario por el alquiler de Material, y que Fetrans y Perurail son empresas integradas verticalmente pertenecientes al mismo grupo económico, resulta razonable suponer que Fetrans no posee ningún incentivo para negociar con Perurail un precio elevado por el alquiler del material tractivo y rodante, toda vez que, a mayor monto por el alquiler, un mayor egreso de Fetrans hacia el Estado y, por ende, un mayor egreso del grupo económico (Ver Gráfico N° 12).

**Gráfico N° 12**  
**Ingresos y egresos del grupo económico**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

250. En ese contexto, Fetrans podría inclusive solicitarle a Perurail el pago de un centavo de nuevo sol (S/. 0,01) por el alquiler durante un año (o más) de la totalidad del material tractivo y rodante que le ha sido otorgado en concesión, lo que desalentaría totalmente el ingreso de cualquier otro prestador del servicio de alquiler de material tractivo y rodante que decidiera competir con Fetrans.
251. Así las cosas, dadas las condiciones iniciales de transferencia del material tractivo y rodante (sin desembolso inicial), no parece factible que existan otros arrendadores de material tractivo y rodante distintos a Fetrans que decidan ingresar al mercado para competir con este último.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

252. Alguien podría suponer que las mejoras que el grupo económico Fetrans – Perurail haya realizado sobre el Material podría constituir un desembolso inicial por la concesión.<sup>181</sup> Ante este probable planteamiento, corresponde señalar lo siguiente:

- (i) Toda mejora que el grupo económico Fetrans – Perurail haya realizado sobre el Material constituye un desembolso dentro de la explotación del propio material y no por la transferencia. Una vez recibido el Material, el grupo económico Fetrans – Perurail decidirá cuál es la mejor forma de ofrecer su producto (con o sin mejoras), realizará las inversiones que crea pertinentes (si optó por las mejoras) y trasladará el costo de la inversión a sus clientes mediante el cobro del alquiler.
- (ii) Aunque estas mejoras constituyeran un desembolso inicial, distribuidos de forma simple entre el Material arrendado no influirían de forma determinante en el monto por el alquiler de cada unidad del Material. En efecto, sin importar el desembolso que Fetrans haya realizado por la mejora del Material, resulta lógico suponer que dicho monto siempre va a ser inferior al costo de una adquisición, por lo que el grupo económico Fetrans – Perurail siempre tendrá una ventaja frente a cualquier otro competidor que decidiera ingresar, ya sea al mercado de servicios de alquiler de material tractivo y rodante o al de servicios de transporte ferroviario de pasajeros y carga.

253. Independientemente de si las mejoras realizadas por el grupo económico Fetrans – Perurail constituyen o no un desembolso inicial por la transferencia del Material, el monto destinado para recuperar la inversión no afectará significativamente el precio mínimo que el concesionario podría cobrar por el alquiler a su empresa vinculada, por lo que ello no altera ninguna de las conclusiones antes establecidas sino que, por el contrario, confirma que el mercado geográfico queda delimitado al Material concesionado a Fetrans ubicado en el departamento del Cusco.

### 3.3.3. La posición de dominio de Fetrans

254. Como se ha señalado en el acápite anterior, es bastante probable que no existan incentivos para que un nuevo agente económico ingrese a competir con Fetrans en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante en la región del Cusco.

255. En el presente informe se ha señalado que Fetrans adquirió el Material sin haber realizado un pago inicial al Estado por la transferencia de dichos bienes. En ese sentido, en el supuesto de que un nuevo agente decidiera ingresar al mercado de alquiler de material tractivo y rodante para operar en el FSO no podría cobrar un precio similar al que cobra Fetrans a su empresa vinculada Perurail, toda vez que el agente entrante tendría que hacer una inversión inicial por la adquisición del material que ofrecerá en alquiler.

<sup>181</sup> Al respecto, mediante Carta números 155 y 156-2005/CLC-INDECOPI del 2 de junio de 2005 este órgano instructor requirió a Perurail y Fetrans que proporcionen información sobre las inversiones que hayan realizado en el periodo 2001 – 2004 a efectos de poner en operación, remodelar o realizar cualquier otra mejora sobre el Material concesionado. Sin embargo, hasta la fecha que se emite el presente informe dicha información no ha sido presentada.



256. En el escenario descrito, Fetrans tiene una situación de ventaja frente al competidor entrante, pues al haber recibido el Material a costo cero, no enfrenta la restricción de cobrar un precio que le permita recuperar alguna inversión en adquisición de material, como si lo tendría que hacer el operador entrante. Por lo tanto, Fetrans podría cobrar un precio sustancialmente menor por el alquiler del Material en comparación con algún competidor potencial. Incluso en el supuesto de que exista otro país que haya otorgado en concesión material tractivo y rodante de trocha angosta (914 mm) sin haber exigido ningún pago inicial por la concesión, es poco probable el ingreso de un agente que compita con Fetrans, toda vez que el concesionario del otro país tendría que incurrir en los costos de transporte asociados al traslado de su material concesionado a la línea férrea del FSO, lo cual ya significaría una inversión inicial prohibitiva —distinta a la realizada por Fetrans— que no podría ser recuperada.
257. De otro lado, tal como se ha señalado, el grupo económico constituido por Fetrans y Perurail tiene la capacidad de reducir sus precios por el servicio de transporte ferroviario a un nivel igual al costo de operación (costo marginal). Este hecho no sólo implica un desincentivo para el ingreso de competidores en el mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros (competidores directos de Perurail), sino también de aquellos agentes potenciales interesados en ingresar al mercado de alquiler de material tractivo y rodante para operar en el FSO, toda vez que no tendrían demanda o clientela a quien ofrecer en alquiler su material tractivo y rodante.
258. Resulta muy complicado para los operadores de transporte ferroviario alquilar material de otros agentes distintos de Fetrans por cuanto incluso en este supuesto el precio sería significativamente superior a aquel que paga Perurail a la empresa concesionaria del FSO. De hecho, la marginalidad descrita en el acápite de servicio relevante también afecta el ingreso de competidores potenciales al mercado de alquiler de material tractivo y rodante ubicado en el departamento del Cusco.
259. Conforme a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701, se entiende que una empresa goza de posición de dominio, cuando tiene capacidad de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, es decir, cuando puede establecer condiciones comerciales sin preocuparse por una eventual disminución en su participación de mercado.
260. Un factor utilizado para conocer si una empresa ostenta posición de dominio en un mercado determinado o no, consiste en establecer el grado de concentración del mercado relevante respectivo. La concentración del mercado es una función del número de empresas en el mercado, relacionada a sus respectivas cuotas de mercado. Para establecer el grado de concentración en el mercado se utiliza el Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI). El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes elevadas al cuadrado<sup>182</sup>. En general, dependiendo del grado de concentración, los

<sup>182</sup> Así por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro firmas A, B, C y D con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20% respectivamente, tiene un Índice HHI de 2600 ( $30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$ ).

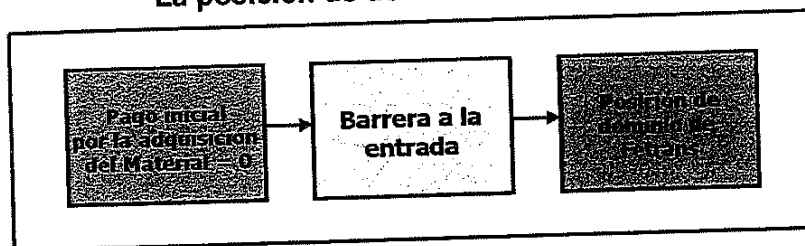




mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ( $HHI < 1\,000$ ), moderadamente concentrados ( $1\,000 < HHI < 1\,800$ ) o altamente concentrados ( $1\,800 < HHI$ )<sup>183</sup>. A mayor concentración del mercado se incrementa la probabilidad de tener una o más empresas con poder de mercado.

61. En el presente caso, dado que el Contrato de Concesión le otorga a Fetrans el derecho exclusivo a explotar el Material, dicha empresa tiene una cuota de mercado de 100% y el HHI es igual a 10 000. En virtud del Contrato de Concesión Fetrans es la única empresa que interviene en el mercado de alquiler del Material ubicado en el departamento (o región) del Cusco para operar en el FSO. Este hecho, sumado a la presencia de altas barreras a la entrada, permite inferir válidamente que esta empresa tiene posición de dominio en el mercado relevante, es decir, que puede actuar de forma independiente de sus competidores actuales y/o potenciales y, en consecuencia, puede establecer condiciones comerciales sin preocuparse porque su demanda se vea afectada.
262. En síntesis, el que la adquisición del Material no le haya significado un pago inicial a Fetrans constituye una barrera a la entrada para cualquier agente potencial que decida ingresar al alquilar material tractivo y rodante en el FSO. Y esta barrera es la que a fin de cuentas le otorga posición de dominio a Fetrans en el mercado relevante de alquiler del Material concesionado para operar en el FSO ubicado en el departamento (o región) del Cusco.

**Gráfico N° 13**  
**La posición de dominio de Fetrans**



Sin perjuicio de lo anterior, aun si se hubiera definido el mercado relevante de manera tal que incluyese otras opciones para la adquisición de material tractivo y rodante (tales como la adquisición, el arrendamiento a proveedores distintos a Perurail, entre otros), mediante un sencillo razonamiento lógico se llegaría a la misma conclusión de que Fetrans tiene posición de dominio. En efecto, aun en dicho escenario la capacidad con la que cuenta dicha empresa para reducir sus precios por el servicio de transporte ferroviario a un nivel igual al costo de operación (costo marginal) hace que la capacidad de cualquier otro potencial operador para acudir a dichas alternativas se vea reducida notablemente (sino totalmente anulada). En tal sentido, aun definiéndose el mercado relevante de manera más amplia debería concluirse que Fetrans ostenta posición de dominio en el mercado relevante.

<sup>183</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 1992 *Horizontal Merger Guidelines* (con revisiones a la Sección 4 -Eficiencias- al 8 de abril de 1997). Ver: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>. (Visitada el 6 de abril de 2004).







**3.3.4. Análisis de las conductas investigadas**

263. Habiéndose determinado que Fetrans ostenta posición de dominio en el mercado de alquiler del Material concesionado para operar en el FSO ubicado en el departamento (o región) del Cusco, corresponde analizar a continuación si la conducta investigada constituyó un abuso de posición de dominio en el mercado relevante, en las modalidades de negativa injustificada de contratar o trato discriminatorio.

**3.3.4.1. Negativa injustificada de alquiler del Material**

264. Habiendo determinado que Fetrans detentó una posición de dominio durante el periodo en el que ocurrieron los hechos denunciados (enero – agosto de 2003), corresponde determinar a continuación la existencia de una solicitud de prestación de servicio (o venta de bienes) y la posterior negativa a dicha solicitud por parte de la empresa dominante y, luego de ello, la existencia de una causa que justifique la referida negativa a contratar.

265. En línea con lo anterior, a continuación se procede a analizar:

- (i) si hubo una solicitud por parte de Fersimsac para que Fetrans le alquile el Material;
- (ii) si es que hubo una negativa a contratar;
- (iii) si la negativa se encontraba justificaba o, por el contrario, constituía una barrera a la entrada contra Fersimsac y/o cualquier otro potencial operador.

**(i) Existencia de la negativa**

266. Mediante Resolución Directoral 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002<sup>184</sup> el MTC otorgó a Fersimsac un permiso de operación para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO (tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica) por el período de un año.

267. Posteriormente, mediante Carta N° GG/GG-010-FC. Santuario-2003 del 17 de enero de 2003<sup>185</sup> Fersimsac solicitó a Fetrans el alquiler del Material y el acceso a las estaciones ferroviarias de esta empresa con la finalidad de operar<sup>186</sup> en la ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica<sup>187</sup>, tal como se detalla a continuación:

*Tenemos el agrado de dirigimos a usted, a fin de oficializar el requerimiento (adjunto al presente) del parque tractivo y rodante y estaciones ferroviarias para nuestra operación; en calidad de alquiler para operar entre Cusco - Machupicchu – Hidroeléctrica...*

<sup>184</sup> Obrante de fojas 676 a 677 del expediente.

<sup>185</sup> Obrante de fojas 924 a 926 del expediente.

<sup>186</sup> Es decir, prestar el servicio de transporte ferroviario.

<sup>187</sup> Ver: Anexo N° 8 del presente informe para el detalle de lo solicitado por Fersimsac.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



268. En atención a ello, mediante Carta N° 013-GL/FETRANS del 24 de enero de 2003<sup>188</sup> Fetrans contestó a Fersimsac indicando que no contaba con material tractivo y rodante disponible, toda vez que éste había sido arrendado en su integridad a su empresa vinculada Perurail. Así, Fetrans señaló expresamente lo siguiente:

(...)  
*Adicionalmente ustedes han solicitado que le proveamos cierto material tractivo y rodante para el uso en su servicio. Queremos informales que no tenemos dicho material tractivo y rodante disponible. Todo el material tractivo y rodante proporcionado al Concesionario según los términos del Contrato de Concesión ha sido arrendado a PeruRail S.A. de acuerdo a los términos y condiciones del Contrato de Arrendamiento, que fuera oportunamente presentado al OSITRAN...*

*Esta carta no debe ser vista como una lista exhaustiva de requisitos que ustedes necesitan satisfacer, pero sí, confiamos, le sirva de guía de cómo proceder más adelante.*

Adicionalmente, Fetrans manifestó que había tomado conocimiento que el Permiso de Operación otorgado a Fersimsac estaba condicionado a la presentación de las respectivas pólizas de seguros. Por tal razón, además de remitir a Fersimsac un borrador del contrato de derecho de acceso a la vía férrea<sup>189</sup>, solicitó la presentación de la siguiente documentación:

- (i) Copia de las pólizas de seguro por daños a terceros.
- (ii) Cobertura contra riesgo de destrucción parcial de la infraestructura ferroviaria.
- (iii) Cobertura por daños a personas para el servicio de pasajeros.
- (iv) Evidencia de su estructura financiera y de la de sus accionistas.
- (v) La capacidad de proporcionar garantías financieras.
- (vi) El detalle de los empleados, en especial de aquellos que serán responsables de la seguridad, mantenimiento y operación.
- (vii) El detalle del material tractivo y rodante que proponen utilizar.

269. Mediante Carta N° GG/GG-016-FC.Santuario-2003 del 12 de febrero de 2003<sup>190</sup> Fersimsac contestó lo solicitado por Fetrans mediante Carta N° 013-GL/FETRANS-2003 del 24 de enero de 2003, indicando:

- (i) Que cumplió con remitir al MTC las pólizas de seguros exigidas.
- (ii) Que las evidencias económicas solicitadas se encuentran en las referidas pólizas de seguros.
- (iii) Que adjuntaba un borrador del "Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea" a efectos de que Fetrans lo revise y señale día y hora para su firma.

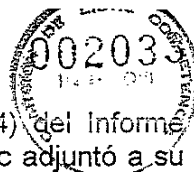
<sup>188</sup> Obrante de fojas 1 177 a 1 178 del expediente.

<sup>189</sup> El que habría sido presentado a Ositran en lo referente a otros operadores.

<sup>190</sup> Obrante a fojas 1 243 del expediente.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



- 270. Adicionalmente, según lo señalado en el punto 4) del Informe N° 003-2003-CD/OSITRAN del 19 de marzo de 2003, Fersimsac adjuntó a su comunicación descrita en el párrafo anterior, una relación de sus empleados, las frecuencias e itinerarios solicitados y la descripción del material tractivo y rodante que pensaba utilizar para el desarrollo de sus actividades. Sin embargo, esto último no se desprende de la copia de la Carta N° GG/GG-016-FC.Santuario-2003 remitida a esta Secretaría Técnica por Fetrans en su escrito de descargos del 19 de noviembre de 2004. En la referida copia Fersimsac sólo manifiesta que adjunta dos (2) cuadros de detalles de los empleados que iba a contratar, así como el documento señalado en el inciso (iii) del párrafo anterior.
- 271. En respuesta a lo anterior, mediante Carta N° 33-GL-2003/FETRANS del 24 de febrero de 2003 Fetrans comunicó a Fersimsac que era necesario que proporcione mayor detalle sobre los servicios que iba a prestar, los horarios y frecuencias en que serían prestados y su capacidad financiera para asumir la garantía a favor del concesionario de la vía férrea (Fetrans); asimismo, manifestó la necesidad de realizar una inspección técnica del material tractivo y rodante que sería operado.
- 272. En el Expediente obra la Carta N° GG/GG-023-FC.Santuario.2003 del 5 de marzo de 2003<sup>191</sup> en la cual se evidencia la intención expresa de Fersimsac de alquilar de Fetrans el Material del Estado adjudicado en virtud del Contrato de Concesión. En efecto, por medio de dicha comunicación Fersimsac solicitó a Fetrans que le proporcione información acerca de las condiciones económicas sobre las cuales venía alquilando el Material así como el grado de frecuencia en la utilización del mismo. Ello con el propósito evidente de arrendar el Material en condiciones equitativas o no discriminatorias con relación a las condiciones contractuales establecidas con Perurail. A continuación se cita el extracto pertinente de la Carta N° GG/GG-023-FC.Santuario.2003:

*Carta GG/GG-023-FC.Santuario.2003*

*Lima, 3 de marzo del 2003.*

*Señores  
Ferrocarril Transandino S.A.  
Presente.-*

*Atención Sr. Filip Boyen  
Gerente General*

*Asunto: Información sobre Material Tractivo y Rodante de Propiedad del Estado.*

*De nuestra consideración:*

*Por medio de la presente nos dirigimos a usted, para que tenga a bien disponer lo necesario para que se nos brinde información acerca del material tractivo y rodante de propiedad del Estado correspondiente al Ferrocarril Sur*

<sup>191</sup> Obrante de fojas 927 a 928 del expediente.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



Oriente que vienen explotando, en virtud al Contrato de Concesión que han celebrado con el Estado Peruano.

Sobre el particular, concedores que el Contrato de concesión los faculta a explotar el material tractivo y rodante concesionado mediante su alquiler a los operadores ferroviarios, es que le solicitamos se sirvan brindarnos información, sobre las condiciones económicas respecto de las cuales alquilan dicho material.

Asimismo, le solicitamos tenga a bien remitirnos el grado de utilización del referido material en lo que concierne exclusivamente al Ferrocarril del Sur Oriente por el actual Operador.

(el subrayado es nuestro)

273. De lo expuesto en los párrafos precedentes se observa que Fersimsac formuló un pedido expreso a Fetrans con fin de que ésta le alquile el Material otorgado en concesión, solicitando incluso información sobre las condiciones comerciales en las que se venía alquilando el referido Material a Perurail. Asimismo, con relación a dicha solicitud, se aprecia también la negativa por parte de Fetrans a arrendar el Material, argumentando que éste se encontraba íntegramente en posesión de Perurail en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con Fetrans. Queda acreditada, en consecuencia, la existencia de una negativa de contratar.
274. La negativa esbozada por Fetrans no sólo afecta directamente a Fersimsac sino que podría constituir una negativa de arrendamiento contra cualquier otro operador potencial que pretenda ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, solicitando para ello en arrendamiento el Material otorgado en concesión a Fetrans.
275. Por lo tanto, a continuación corresponde evaluar si la oponibilidad del contrato de arrendamiento suscrito entre Fetrans y Perurail (empresas que conforman un grupo económico) constituye una justificación razonable que sustentó la negativa formulada contra Fersimsac, o la que sustentaría contra cualquier otro operador potencial.

**(ii) Justificación de la negativa**

276. En la sección anterior se concluyó que Fetrans le negó a Fersimsac el alquiler del Material argumentando la existencia de un contrato privado previamente suscrito con Perurail (empresa con la que conforma un grupo económico) en virtud del cual esta empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario habría obtenido en alquiler el íntegro del Material para operar en el FSO.
277. La razonabilidad o no de la justificación de la conducta de Fetrans dependerá de lo que entendamos por la lógica y diseño del proceso de promoción de la inversión privada en el sector ferroviario y, en particular, de lo que ha previsto el Contrato de Concesión respecto del acceso de operadores no vinculados a Fetrans al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros con el Material dado en concesión a éste. Sobre este punto, a criterio de esta Secretaría Técnica, caben dos interpretaciones:





**(ii.1) Primera interpretación**

- 278. La primera interpretación se basa en la idea de que el esquema regulatorio del proceso de concesión ha previsto que el acceso de nuevos operadores al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros se realice con la adquisición de material tractivo y rodante propio. Esta interpretación es la esbozada por Fetrans en sus escritos de descargos.
- 279. En efecto, Fetrans ha señalado que al momento de participar en la Licitación Pública sus accionistas evaluaron positivamente el hecho de que Fetrans pudiera participar en el mercado de transporte ferroviario en el FSO, a través de Perurail, utilizando para ello el Material otorgado en concesión. Este hecho permitió inferir a Fetrans que su empresa vinculada podía utilizar el íntegro del Material para el transporte de pasajeros y carga en el FSO, sin que tuviese la obligación de alquilarlo a algún operador potencial que lo solicitara para ingresar al mercado.
- 280. Según lo sostenido por Fetrans, lo anterior determinó la decisión de los inversionistas vinculados al grupo económico Fetrans – Perurail de continuar en la Licitación Pública así como de realizar inversiones en el mejoramiento del Material concesionado una vez que fue adjudicado.
- 281. De otro lado, Fetrans sostiene que en el Contrato de Concesión se estableció un procedimiento para compartir la infraestructura ferroviaria (v.g. línea férrea, estaciones, etc.) con operadores no vinculados así como un procedimiento de subasta en el supuesto de que dos operadores se disputaran los mismos horarios en el uso de la referida infraestructura. En ese sentido, al no existir disposiciones similares que obliguen a Fetrans o Perurail a compartir el Material, esto abundaría en la interpretación de que un competidor potencial debe adquirir su propio material tractivo y rodante para ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros.
- 282. Fetrans también señala que el Contrato de Concesión le ha otorgado el derecho a explotar el Material, es decir, se le ha transferido la potestad más importante inherente a cualquier derecho de propiedad consistente en el disfrute económico del bien y el poder de excluir a los demás de la referida explotación. En este sentido, Fetrans sostiene que el Contrato de Concesión le ha otorgado plena libertad de decisión comercial sobre la explotación de los bienes de la concesión (incluido el Material), con excepción de los aspectos de acceso obligatorio a la infraestructura vial ferroviaria contenido en el Contrato de Concesión y en el REMA aprobado por el Ositran. Por lo tanto, Fetrans señala que la regla general es la libertad comercial en la administración de los bienes de la concesión, mientras que la excepción es la restricción de esa libertad.
- 283. La libertad comercial alegada por Fetrans podría constituir un elemento adicional a favor de la interpretación esbozada en el presente acápite. En efecto, si se parte del supuesto de que Fetrans tiene libertad de decisión comercial respecto del alquiler del Material, entonces debe entenderse que cualquier competidor entrante al mercado de transporte ferroviario en el FSO debe ingresar con su propio material tractivo y rodante en caso que el



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



concesionario no tuviera el Material disponible, ya sea por encontrarse alquilado a su vinculado o a otro operador.

284. Adicionalmente, cabe señalar que durante la sesión del 13 de mayo de 2005 de la "Subcomisión del Congreso de la República encargada de investigar la actual situación en que se encuentra el servicio ferroviario a cargo Fetrans y Perurail"<sup>192</sup>, un funcionario de Proinversión<sup>193</sup> manifestó expresamente que en caso de que el Material se encuentre íntegramente alquilado se esperaría el ingreso de competidores con su propio material tractivo y rodante.

A continuación se citan las declaraciones del referido funcionario formuladas al interior de la sesión del 13 de mayo de 2005:

**Proinversión:** *Tenemos que entender, por favor, permítame explicar que nosotros ponemos las condiciones originales. Lo que se interpreta acá es aparentemente un posible abuso de posición de dominio y eso tiene que calificarlo el Indecopi.*

*Nosotros cuando hemos diseñado... Nosotros Proinversión, órgano del Estado Peruano, cuando hemos diseñado esto ha sido en el año 97, 98, 99 —antes de que nada suceda—, con la mejor voluntad de que haya competencia. Y fijamos las condiciones que en ese momento creímos que iban a ser las que permitieran que entrara un operador.*

*Es decir, si tú le alquilas a uno, al tuyo a un determinado precio, al otro tienes que darle el mismo. Tenemos que tener algunas consideraciones.*

*Analizar si tiene disponible o no material rodante, creo que es ir a un detalle de la operación misma. Recordemos que acá hay muchísimo material de épocas muy antiguas. Se le transfirió aquel material que se creyó que el Estado Peruano creyó que era el que podía operar y se dejó para liquidar aquel material que se creía que no podía operar.*

(...)

*Entonces, en el supuesto que partiendo que el concesionario que tiene en posesión todos los vagones y locomotoras haya entregado todo, estaríamos esperando que la situación económico-financiera, el balance económico-financiero de esa línea permita el ingreso de un nuevo operador con material rodante propio.*

*Tengo entendido que se ha manifestado que no es posible encontrar material rodante, sí hay material rodante usado y nuevo en el mundo mucho, particularmente usado.*

*Tenemos entendido que muy pronto hay compañías ya haciendo el análisis y las cifras nos parece que ya son*

<sup>192</sup> Pertenciente a la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República.

<sup>193</sup> El señor Jorge León Ballén.



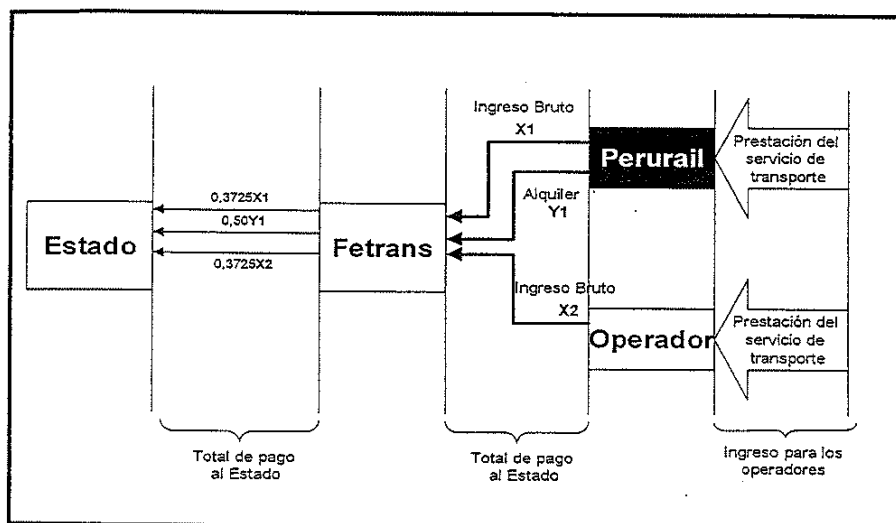
positivas. Deseamos, pensamos, aspiramos, a que muy pronto entre otro operador.  
(...)

(el subrayado y la negrita son nuestros)

285. Esta primera interpretación, en virtud de la cual los operadores no vinculados a Fetrans deben adquirir su propio material tractivo y rodante para ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros, se muestra en el gráfico siguiente:

Gráfico N° 14

Escenario en el cual un operador no vinculado a Fetrans ingresa con su propio material



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Nota: se entiende por "Ingreso Bruto" al pago que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material (Cláusulas 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión).

Se entiende por "Alquiler" al pago que hace el operador al concesionario por el arrendamiento del Material.

286. En un escenario como el descrito en el gráfico precedente, Fetrans recibe ingresos de su empresa vinculada por permitirle el acceso y uso de la infraestructura ferroviaria otorgada en concesión (explotación de los bienes de la concesión a excepción del Material) así como por arrendarle el Material para que lo opere en el FSO. Pero además, en dicho escenario, Fetrans obtendría un renta adicional por permitir que el material tractivo y rodante del nuevo entrante haga uso de la infraestructura ferroviaria que le ha sido otorgada en concesión.
287. En el escenario descrito, además, el Estado vería incrementado sus ingresos por concepto de Retribución Principal como consecuencia del mayor tráfico que podría reportar la vía ferroviaria al ser utilizado por un operador adicional. En otras palabras, el Estado recibiría el 37,25% del pago "X1" y "X2" que realicen Perurail y el nuevo operador a Fetrans, respectivamente, en lugar de solo un pago equivalente al 37,25% "X1" (que es lo que paga Perurail por acceder al infraestructura ferroviaria).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



288. No obstante, conforme se ha considerado en el acápite del presente informe referido al servicio relevante, un escenario en el cual un nuevo operador ingresa con su propio material tractivo y rodante resultaría complicado debido a que el grupo económico constituido por Fetrans y Perurail podría reducir sus precios por la prestación del servicio de transporte ferroviario a un nivel cercano al costo de prestar el mencionado servicio (costo marginal, ver Cuadro N° 4). Este hecho haría irrecuperable la inversión inicial de cualquier competidor que decidiera adquirir su propio material tractivo y rodante para competir en el FSO, toda vez que, por una situación de mercado (homogenidad del servicio<sup>194</sup>), tendría que cobrar el mismo precio que Perurail ofrece.
289. En efecto, dado que Fetrans tiene libertad para fijar la renta por el alquiler del Material otorgado en concesión y toda vez que esta empresa y Perurail constituyen un grupo económico, resultaría razonable suponer que ante un escenario en el que se presente un potencial competidor con su propio material tractivo y rodante, el grupo económico conformado por Fetrans y Perurail respondería reduciendo sus precios del servicio transporte ferroviario a un nivel cercano al costo marginal como producto de una renegociación del contrato de alquiler del Material que implique una reducción en la renta. De hecho, como ya se ha mencionado, Fetrans le puede alquilar a Perurail todo el material concesionado y por el periodo de un año (o más) a un céntimo de nuevo sol (S/. 0,01).

Dicho en otros términos, dado que la empresa Fetrans recibió el Material a costo cero, ésta podría reducir el monto del alquiler que le cobra a Perurail hasta el costo de prestación del servicio de transporte (costo marginal), supuesto en el cual la empresa que entraría a operar con su propio material se encontraría en una desventaja competitiva significativa.

290. Así las cosas, el ingreso de un competidor potencial con su propio material tractivo y rodante es un escenario poco probable, motivo por el cual resulta razonable suponer que bajo la interpretación expuesta en el presente acápite Fetrans sería materialmente el único operador que actuaría en toda la cadena productiva del transporte ferroviario en el FSO, tal como viene ocurriendo desde hace varios años.
291. En ese sentido, bajo esta interpretación el Estado probablemente podría resultar perdiendo una mayor renta por concepto de Retribución Principal como consecuencia del mayor uso de la vía ferroviaria por parte del operador adicional que utilice parte del Material. En efecto, en un escenario en el que existe un solo operador monopólico la cantidad del servicio prestado se ve reducida como consecuencia del afán del agente dominante por obtener un precio superior al costo marginal. En el presente caso, la disminución en la cantidad del servicio prestado podría implicar una disminución en la frecuencia en la que el único operador ferroviario recorrería la infraestructura vial ferroviaria, lo cual podría significar que parte del Material se encontraría sin uso. En consecuencia, el Estado percibiría una mayor retribución si un competidor

<sup>194</sup> En un mismo mercado, servicios iguales requieren precios iguales. Si un ofertante cobra precios mayores por un servicio igual al de su competidor, los usuarios, en la mayoría de los casos, demandaran sólo los servicios de su competidor







ingresara utilizando el Material ocioso para competir en el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros y, por ende, incrementando el uso de la infraestructura ferroviaria en términos de kilómetros recorridos.

292. De otro lado, si se acoge la interpretación esbozada en el presente acápite, también podrían perder los consumidores del transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, toda vez que al ser improbable la entrada de un competidor potencial con su propio material tractivo y rodante, Fetrans y Perurail podrían abusar de su posición de dominio elevando las tarifas por el servicio de transporte en el FSO. En efecto, como grupo económico con posición de dominio, Fetrans y Perurail tienen incentivos para elevar sus precios por la prestación del servicio de transporte ferroviario por encima de los niveles competitivos. Ello más aun si se tiene en cuenta que no existe regulación que pueda limitar dicha alza.
293. Con relación a lo anterior, resulta bastante probable que los pagos que realiza Perurail a Fetrans por el uso de la infraestructura vial ferroviaria y el alquiler del Material otorgado en concesión, no reflejen los verdaderos beneficios que obtiene el grupo económico al operar en condiciones de monopolio.
294. Por ende, la probables ganancias extraordinarias que el grupo estaría recibiendo al ser el único operador del servicio de transporte ferroviario, no necesariamente implicarían un beneficio para el Estado en términos de una mayor Retribución Principal y Especial, por cuanto el precio que cobra formalmente Fetrans a su vinculada por el uso de la infraestructura ferroviaria y el Material podría ser uno sustancialmente bajo en comparación con las ganancias del grupo.
295. En efecto, mientras que el precio por el alquiler del Material puede ser fijado libremente por el Concesionario mediante la suscripción de un contrato (v.g. el contrato de arrendamiento suscrito entre Fetrans y Perurail), la tarifa que carga Fetrans a Perurail por el uso de la línea férrea<sup>195</sup> en el FSO se encuentra regulada en el Contrato de Concesión a un tope máximo de US\$ 3,00 (tres y 00/100 Dólares Americanos) por cada kilometro de recorrido de cada unidad de vagón, autovagón y coche, cargados o descargados. Esta tarifa se recoge en el contrato de acceso a la red ferroviaria suscrito entre Fetrans y Perurail, la cual no se limita sólo al uso de la línea férrea, sino además a las estaciones, depósitos, talleres, entre otros conforme a la definición de "Red" contenido en el referido contrato de acceso.

A continuación se transcribe la definición de Red y los cargos de acceso a la Red contenidos en el contrato de acceso mencionado:

*"Red" significa toda o cualquier sección de la vía férrea del tramo Sur o Sur Oriente adquirido por el Concesionario en virtud del Contrato de concesión*

<sup>195</sup> Según la Cláusula 1.1, Línea Férrea es la unidad formada por vías férreas que comunican las estaciones en forma continua, incluyendo sus terraplenes, obras de arte, puentes, túneles, alcantarillas y otras estructuras de drenaje o de apoyo y la franja de terreno en que se emplazan, se considera también como parte de la Línea Férrea, la franja de seguridad adyacente a las vías férreas. Esta definición no se limita a los bienes existentes a la Fecha de Cierre, si no que calificarán como tal todos aquellos que cuenten con esas características y se incorporen al Área Matriz.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



(incluyendo pero no limitándose a todas las vías, líneas o rieles; vías muertas o ramales de trabajo afectados al ferrocarril; todas las estaciones; talleres; depósitos; y otras obras construidas relacionadas con la vía férrea o cualquier vía en construcción por el Concesionario).<sup>196</sup>

(...)

Anexo 7

Cargos por el uso de la Red

1. Cargos mientras hay sólo un operador en la Red.

Mientras un operador este accediendo a la Red, el cargo por el uso de la Red será:

(...)

(b) US\$ 3.00 (Tres y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por cada Kilometro recorrido por cada unidad de vagón, autovagón y coche (cargado o descargado) que use la Red Sur – Oriente.<sup>197</sup>

296. Por lo tanto, Fetrans y Perurail pueden fácilmente subir sus precios por el servicio de transporte ferroviario en la medida que controlan la información de cuánto deben pagar por concepto de Retribución Principal y Especial al tener su tarifa regulada y tener plena libertad para fijar el precio por el alquiler del Material. En este sentido, estas ganancias extraordinarias no necesariamente significan una mayor ganancia para el Estado, toda vez que el precio por el servicio de transporte ferroviario que cobraría el grupo es superior a lo que formalmente Fetrans recibe por el alquiler del Material y el acceso de la infraestructura ferroviaria otorgada en concesión, lo cual incide finalmente en el monto que el grupo paga al Estado por concepto de Retribución Principal y Especial.
297. En el Gráfico siguiente se observa la relación de grupo que existe entre Fetrans y Perurail así como la relación existente entre el grupo económico y el Estado.

<sup>196</sup> Traducción libre del siguiente texto: "Network" means the whole or any section of the railway constituting the Southern and the South-Eastern Networks acquired by the Concessionaire pursuant to the Concession Contract (including but not limited to all tracks, lines or rails, sidings or branches worked over for the purpose of the railway, all stations, signalling, workshops, depots, and other works constructed for the purpose of, or in connection with, the railway and any railway under construction by or for the Concessionaire).

<sup>197</sup> Traducción libre del siguiente texto:

ANNEX 7

CHARGES FOR THE USE OF THE NETWORK

1. Charges payable whilst there is only one operator accessing the Network

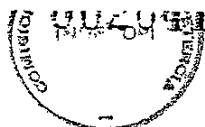
Whilst only one operator is accessing the Network, the Charges payable for use of the Network shall be:

(...)

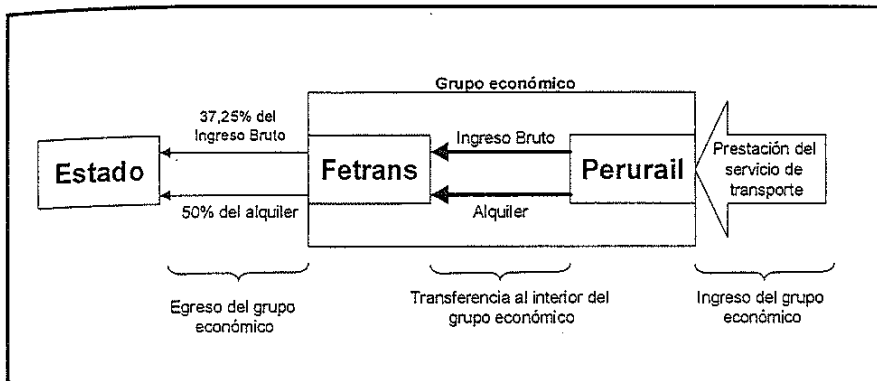
(b) US\$ 3.00 (United States three dollars) for every kilometre travelled by each unit of wagon, motor wagon and car (loaded or unloaded) that use the Southern - Eastern Network.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



**Gráfico N° 15**  
**Relación entre el Grupo Económico Fetrans – Perurail y el Estado**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Nota: se entiende por "Ingreso Bruto" al pago que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material (Cláusulas 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión).

Se entiende por "Alquiler" al pago que hace el operador al concesionario por el arrendamiento del Material.

298. Como se puede observar del gráfico anterior, Fetrans y Perurail reciben como grupo económico ganancias derivadas de la prestación del servicio de carga y pasajeros. A su vez, se observa un pago de Perurail a Fetrans por uso de la red ferroviaria y por el alquiler del Material otorgados en concesión; no obstante, parte de este pago es en realidad un pago ficticio pues los recursos se siguen manteniendo en manos del mismo grupo económico. Sólo un 37,25% del pago por el uso de la Red Ferroviaria y el 50% por el alquiler del Material que Fetrans debe pagar al Estado significaría un verdadero egreso por parte del grupo económico. Así, tal como se ha sostenido precedentemente, estos pagos por retribución son relativamente menores en comparación con los ingresos totales del grupo. Esto último se puede observar del cuadro que se aprecia a continuación:



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

**Cuadro N° 5**  
**Flujos del grupo Fetrans – Perurail en el FSO<sup>\*198</sup>**

		Valor (US\$)	Porcentaje del Ingreso (%)
Ingreso por la prestación del servicio de transporte.		[ ]	[ ]
Transferencia al interior del grupo	Ingreso bruto	[ ]	[ ]
	Alquiler	[ ]	[ ]
	<b>Sub total</b>	[ ]	[ ]
Egreso al Estado	Ingreso bruto**	[ ]	[ ]
	Alquiler	[ ]	[ ]
	<b>Sub total</b>	[ ]	[ ]

\* Promedio simple de los años 2002 y 2003

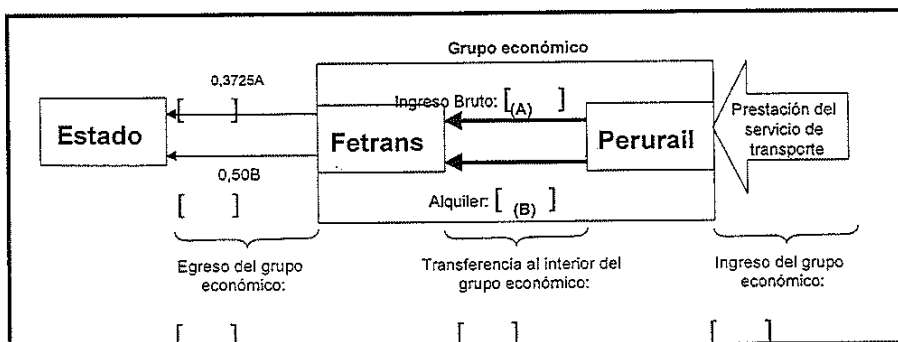
\*\* En términos reales este monto es mucho menor, toda vez que Fetrans ha utilizado el pago al Estado para reinvertir en la línea férrea.

Fuente: Informe N° 055-2004/GEE

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

299. En el Gráfico siguiente se observan los flujos de ingresos de Fetrans y Perurail y las transferencias al Estado por concepto de retribuciones, conforme se describe en el cuadro anterior. Ello en el marco de la relación de grupo económico que existe entre Fetrans y Perurail así como la relación existente entre el grupo económico y el Estado mostrada en el Gráfico N° 16.

**Gráfico N° 16**  
**Flujos del grupo económico al Estado en el FSO**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Nota: se entiende por "Ingreso Bruto" al pago que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material (Cláusulas 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión).

<sup>198</sup> El monto de los ingresos por la prestación del servicio de transporte ferroviario consignado en el cuadro constituye un promedio de los ingresos reales de los años 2002 y 2003, que ha sido declarado CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC. En ese sentido el resto de información consignado en el cuadro debe ser mantenido en reserva, toda vez que a través de una operación aritmética se puede calcular lo que ha sido declarado confidencial.

Se entiende por "Alquiler" al pago que hace el operador al concesionario por el arrendamiento del Material.

300. Del cuadro y gráfico precedentes se observa que en promedio los pagos que realiza Perurail a Fetrans por concepto de acceso y uso de la Red Ferroviaria otorgada en concesión y por el alquiler del Material, representan un [ ] y [ ], respectivamente, de los ingresos totales (100%) que recibe el grupo conformado por Perurail – Fetrans por la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros. No obstante, Fetrans transfiere al Estado sólo el 37,25% de los ingresos percibidos por la explotación de la Red ferroviaria (es decir, un 37,25% del [ ] de los ingresos totales del grupo económico) y un 50% de los ingresos por el alquiler del material tractivo y rodante (es decir, un 50% del [ ] de los ingresos totales del grupo económico. El saldo de lo recibido por Fetrans que no constituya Retribución Principal y/o Especial quedará dentro del mismo grupo económico.<sup>199</sup>

En términos de porcentajes, el pago que recibe el Estado peruano por concepto de Retribución Principal (explotación de la Red Ferroviaria) equivale sólo a un [ ] de los ingresos totales (100%) que recibe el grupo económico por la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros, mientras que el pago por Retribución Especial (alquiler del Material) equivale sólo al [ ]. En total, el Estado sólo percibe como retribuciones un [ ] de los ingresos totales del grupo Fetrans – Perurail, el resto beneficia sólo y exclusivamente al grupo.<sup>200</sup>

301. Cabe señalar que incluso dentro de los primeros años de la concesión, el pago por Retribución Principal y Especial a favor del Estado no se habría llegado a concretar. En efecto, en virtud de la cláusula 10.1 (ver acápite donde se describe el Contrato de Concesión), durante los primeros cinco (5) años de la concesión, Fetrans tenía la potestad de liberarse de hasta la totalidad del pago de las referidas retribuciones si demostraba la realización de inversiones en la línea férrea. Asimismo, durante los cinco (5) años subsiguientes, Fetrans podría liberarse hasta el 50% del pago de las retribuciones por realizar las referidas inversiones. La liberalización será a razón de S/. 1,00 (Un y 00/100 Nuevos Soles) del pago de la Retribución Principal y Especial por cada S/. 1,00 (Un y 00/100 Nuevos Soles) de inversiones realizadas<sup>201</sup>. Sin embargo, cabe señalar que toda inversión sobre la línea férrea reporta una mejora en la productividad de las actividades del grupo, en la medida que son los únicos que explotan, por lo que en realidad las referidas inversiones implican un beneficio antes que una carga para el grupo.

302. En síntesis, en opinión de esta Secretaría Técnica, el ingreso de operadores de transporte ferroviario en el FSO con material tractivo y rodante propio debe ser una interpretación que debe ser descartada por las siguientes razones:

<sup>199</sup> Lo consignado entre corchetes se mantiene en reserva conforme a lo señalado en la nota 198 del presente informe.

<sup>200</sup> Lo consignado entre corchetes se mantiene en reserva conforme a lo señalado en la nota 198 del presente informe.

<sup>201</sup> Como se observa de la información remitida por Ositrán, obrante de fojas 1604 a 1724, se ha liberado en distintas oportunidades a Fetrans del pago de las Retribuciones Principales y Especiales.

- (i) Favorece la posición monopólica del grupo económico constituido por Fetrans y Perurail. En efecto, ante la amenaza de ingreso de un nuevo operador al mercado, el referido grupo, a través de una renegociación del contrato de alquiler del Material otorgado en concesión (que recibió sin hacer un pago inicial), puede responder competitivamente reduciendo el precio por el servicio de transporte ferroviario a un nivel cercano al costo de prestar el mencionado servicio (costo marginal), con lo cual se haría irrecuperable la inversión de cualquier operador en material tractivo y rodante. Esto hace que la posibilidad de ingreso de un operador con su propio material sea bastante complicado.
- (ii) El hecho de que el grupo económico sea el único operador en el FSO origina que sea poco probable el ingreso de operadores con su propio material, lo cual podría derivar en una posible pérdida para el Estado como consecuencia de un menor pago de Retribución Principal producto de un menor flujo en el servicio de transporte, que podría ser incrementado por competidores que utilicen el Material ocioso.
- (iii) El carácter monopólico del mercado ferroviario en el FSO, en un escenario en que los competidores deben ingresar con su propio material, podría derivar en una pérdida para los consumidores del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros como producto del incentivo que tiene Fetrans y Perurail a cobrar precios que reflejen ganancias extraordinarias.
- (iv) Las ganancias derivadas de la posición monopólica de Fetrans y Perurail no necesariamente implican un beneficio para el Estado en términos de incremento de las Retribuciones Principales y Especiales. Ello como consecuencia de que la tarifa de acceso a la infraestructura ferroviaria concesionada a Fetrans se encuentra regulada en el Contrato de Concesión, mientras que la renta por el alquiler del Material es fijado libremente por el grupo económico Fetrans – Perurail. De esta manera, se ha podido observar que la Retribución Principal que Fetrans paga al Estado equivale a un [ ] del ingreso total que esta empresa y Perurail perciben como grupo económico por la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO, mientras que la Retribución Especial asciende al [ ]. El saldo equivalente a [ ] es el ingreso que permanece en manos de grupo.<sup>202</sup>

## (ii.2) Segunda interpretación

303. La otra interpretación corresponde a un escenario en que el operador de transporte ferroviario entrante tiene derecho a un acceso competitivo sobre el Material (esta definición ha sido descrita en el acápite del presente informe referido a la lógica del proceso de privatización en el Perú).
304. Bajo esta segunda interpretación el concesionario no puede entregar a Perurail el uso exclusivo del Material, a través de un contrato de alquiler de largo plazo. Por el contrario, en este escenario el concesionario del Material debe permitir que otros operadores utilicen el referido Material. Así, éste debe ser compartido

<sup>202</sup> Lo consignado entre corchetes se mantiene en reserva conforme a lo señalado en la nota 198 del presente informe.

con equidad entre el operador vinculado y el operador no vinculado, y si hubiera dos o más operadores no vinculados interesados, la asignación se resolvería mediante una puja de ofertas, tal como se explica en el acápite V del presente informe.

305. Este deber del concesionario de prestar acceso competitivo sobre el Material a través de su alquiler no discriminatorio guarda correspondencia con la finalidad del proceso de privatización formulada por el Estado. Esto se desprende del propio Libro Blanco elaborado por el Cepri – Enafer cuya parte pertinente se cita a continuación:

*El administrador podrá entregar en uso mediante cualquier modalidad a los Operadores, el material tractivo y rodante de su propiedad o de ENAFER S.A. e incluso con tripulación, mediante el cobro de dinero de acuerdo a un tarifario de aplicación no discriminatoria; deberá permitir así mismo el ingreso de equipos propios de los Operadores.  
(...)*

306. La cita en el párrafo anterior describe dos escenarios distintos:

- (i) La posibilidad de entregar en uso el Material (e incluso el material tractivo y rodante del concesionario si así lo decide), a los operadores de servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en condiciones no discriminatorias. Es decir, que el Concesionario no puede hacer diferenciaciones entre uno u otro operador que requiera el alquiler del Material, más aun si quienes lo solicitan son su empresa vinculada y un operador independiente, salvo condiciones comerciales razonables que justifiquen alguna diferenciación (v.g. pagos de renta anticipados, entre otros).
- (ii) El deber de permitir el acceso competitivo a la Red Ferroviaria otorgada en concesión a los operadores de transporte ferroviario que decidan ingresar al mercado con sus equipos propios o que alquilando parte del Material adquieran posteriormente su propio material. La empresa concesionaria debe permitir el ingreso del material del operador independiente en condiciones no discriminatorias, es decir, deberá aplicar las mismas condiciones que a su operador vinculado (v.g. la misma tarifa por uso de la Red Ferroviaria por kilómetro recorrido)

En conclusión, la cita transcrita se refiere al acceso no discriminatorio de los operadores de transporte ferroviario, por un lado, al Material y, por el otro, a la red ferroviaria (infraestructura pública) otorgada en concesión.

307. En el mismo Libro Blanco se describieron las características del Segundo Plan de Promoción que finalmente fue el que se aplicó en el proceso de concesión de los ferrocarriles del Centro, Sur y el FSO. Respecto al régimen de tarifas en este Segundo Plan de Promoción se ha señalado que las tarifas por el alquiler de los servicios ferroviarios y servicios que brinde el concesionario es libre, pero bajo el principio de no discriminación entre operadores:

#### SEGUNDO PLAN DE PROMOCIÓN

99/130

Este nuevo Plan retomaba el concepto de Concesión integral de la infraestructura y equipo ferroviario, con un Concesionario del sistema y el libre acceso de operadores (...)

Este Plan tuvo las siguientes características:  
(...)

**Control de Tarifas** : La tarifa máxima de acceso a la línea, que pagarán los operadores es fijada en el Contrato de Concesión. La tarifa por el alquiler de los equipos ferroviarios y servicios, es libre pero equitativa para todos los operadores. Las tarifas para todos los usuarios son libres dentro de lo establecido en el D. Leg. 690.

308. Como se puede observar de la cita anterior, los miembros del Cepri – Enafer que llevaron adelante el proceso de concesión del FSO, contemplaron la posibilidad del ingreso de nuevos operadores al mercado de transporte ferroviario a través del alquiler del Material concesionado a Fetrans. Incluso esta empresa debía alquilar el Material en condiciones equitativas entre los operadores que lo solicitaran, lo cual implica que no podían discriminar a ningún operador ferroviario a efectos de favorecer a su empresa vinculada, Perurail.
309. Lo anterior se plasmó en el Contrato de Concesión en cuya cláusula 7.6 se ha consagrado el "Principio de Equidad de Servicios" (citado anteriormente en el presente informe). En virtud de este principio el concesionario no puede discriminar entre operadores de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes, por ejemplo alquilando el Material a su empresa vinculada y negando dicho alquiler a los operadores no vinculados que así lo soliciten.
310. De otro lado, en el presente informe se ha señalado que la finalidad del proceso de concesión del FSO fue generar competencia en el segmento de transporte ferroviario de carga y pasajeros. El hecho de que se le permitiera a Fetrans constituir un operador vinculado para que operara en el FSO, utilizando el Material otorgado en concesión, fue sólo una medida excepcional cuya finalidad fue asegurar la continuidad del servicio de transporte ferroviario que podría haberse visto perjudicada en una etapa inicial de la ejecución de la concesión. De ninguna manera este acto implicó fomentar la constitución de un monopolio privado que actuara en toda la cadena productiva del transporte ferroviario del FSO.

En caso de que el Estado hubiera deseado constituir un monopolio a través de la privatización de los ferrocarriles, entonces se hubiera autorizado al concesionario actuar directamente en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros, en lugar de que mediante la Circular N° 17 se creara la figura del operador vinculado. Bajo el supuesto negado hubiera bastado con permitir al concesionario de la infraestructura ferroviaria operar directamente también el Material que se le había otorgado en concesión, obligándolo a mantener contabilidad separada para evitar subsidios cruzados en perjuicio de operadores independientes que solicitaran el acceso a la Red Ferroviaria del FSO. No obstante, este no fue el caso.

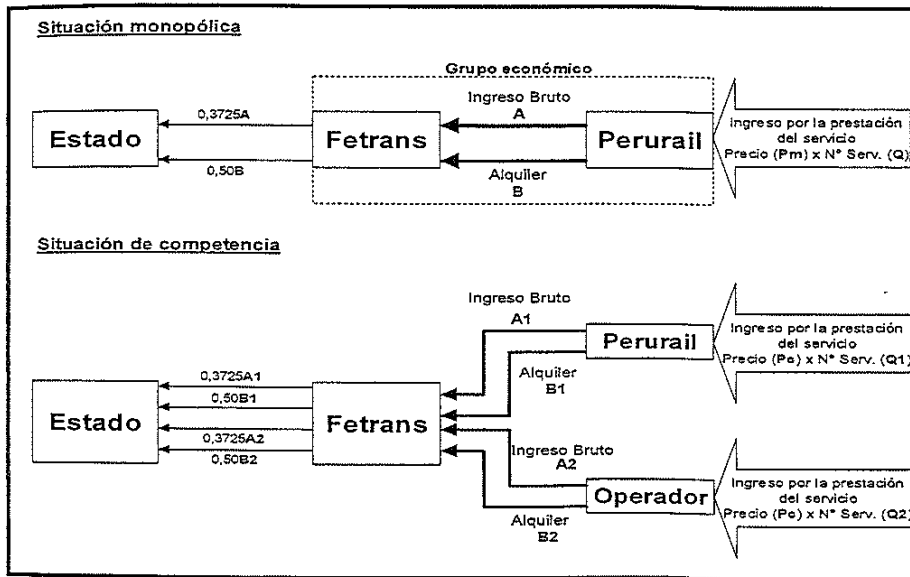






311. Se ha concluido en el presente informe que la medida excepcional descrita en el punto anterior constituye un modelo de acceso competitivo que puede ser denominado: "Modelo de integración vertical temporal con acceso competitivo sobre el Material". En virtud del cual el Material debe estar a disposición de todo operador de transporte ferroviario que compita por su uso.
312. A continuación en el Gráfico N° 17 se muestran escenarios en los que se puede apreciar las características del mercado ferroviario en el FSO cuando Fetrans y Perurail actúan en situación de monopolio y cuando lo hacen en situación de competencia luego de la entrada de un competidor utilizando el Material concesionado a Fetrans.

**Gráfico N° 17**  
**Escenarios monopólico y competitivo en el FSO**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Nota: se entiende por "Ingreso Bruto" al pago que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material (Cláusulas 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión).

Se entiende por "Alquiler" al pago que hace el operador al concesionario por el arrendamiento del Material.

313. Los efectos producidos como consecuencia de la entrada de un competidor al mercado de transporte ferroviario en el FSO, utilizando para ello el Material otorgado en concesión, se resumen en el siguiente cuadro:



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

**Cuadro N° 6**  
**Cuadro comparativo de los probables efectos**

Variable	Situación monopólica	Situación competitiva	Diferencia	Consecuencia en una situación de competencia
Precio del servicio	Pm	Pc	$Pm > Pc$	El precio del servicio disminuye.
Número de servicios prestados	Q	Q1 y Q2	$Q < (Q1+Q2)$	El número de servicios se incrementa.
Pago a Fetrans por el uso de la línea férrea y otros (Ingreso Bruto)	A	A1 y A2	$A > A1$ $A > A2$ $A < (A1+A2)$	El pago total con dos operadores (A1+A2) podría ser mayor que el pago con un sólo operador (A).
Pago a Fetrans por el alquiler del Material	B	B1 y B2	$B < B1$ $B < B2$ $B < (B1+B2)$	El pago total con dos operadores (B1+B2) podría ser mayor que el pago con un sólo operador (B).
Pago al Estado por el "Ingreso Bruto"	0,3725A	0,3725(A1+A2)	$0,3725A < 0,3725(A1+A2)$	El pago total al Estado por el "Ingreso Bruto" con dos operadores podría ser mayor que el pago con un sólo operador.
Pago al Estado por el "Alquiler"	0,50B	0,50(B1+B2)	$0,50B < 0,50(B1+B2)$	El pago total al Estado por el "Alquiler" con dos operadores podría ser mayor que el pago con un sólo operador.
Utilidades del grupo económico	$(Pm \times Qm) - (0,3725A + 0,50B)$	$[(Pc \times Q1) + (A2 + B2)] - [0,3725(A1 + A2) + 0,50(B1 + B2)]$	$[(Pm \times Qm) - (0,3725A + 0,50B)] < [(Pc \times Q1) + (A2 + B2)] - [0,3725(A1 + A2) + 0,50(B1 + B2)]$	Las ganancias extraordinarias reducirían en una situación de competencia.

Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ

314. Conforme se desprende del gráfico y el cuadro anterior, bajo el esquema de acceso competitivo al Material se observan los siguientes efectos:

- *Beneficios para el consumidor del servicio de transporte ferroviario.* En efecto, el precio monopólico (Pm) por la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros que probablemente estaría cobrando el grupo económico constituido por Fetrans y Perurail podría experimentar una reducción competitiva (Pc) como consecuencia de una mayor dinámica en el mercado si se permite el ingreso de un nuevo operador utilizando parte del Material concesionado a Fetrans ( $Pm > Pc$ ).



Asimismo, una disminución del precio ( $P_c$ ) como consecuencia de una mayor competencia probablemente determinaría un incremento en la cantidad del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros [ $Q < (Q_1 + Q_2)$ ], toda vez que en este escenario podrían acceder al servicio segmentos de la demanda que en situación de monopolio no lo podrían hacer.

- *Beneficios para el Estado (aumento de la Retribución Principal).* En un escenario competitivo, el ingreso de un nuevo competidor al mercado podría determinar un aumento en la frecuencia del uso de la Red Ferroviaria medida en kilómetros recorridos, lo cual implicaría un incremento en los ingresos de Fetrans por este rubro en comparación con un escenario monopólico. Esto se explicaría como consecuencia de una probable reducción de precios que derive en un aumento en la cantidad demandada del servicio de transporte ferroviario.

En el Grafico N° 17 se observa que, en el supuesto de una situación monopólica, Perurail pagaría a Fetrans un precio igual a A por el uso de la Red Ferroviaria. En cambio, en un escenario competitivo, Perurail pagaría un precio A1 por el mismo rubro, mientras que el operador entrante pagaría a Fetrans un precio igual a A2. En este supuesto el precio A podría ser superior a A1 y A2 individualmente considerados. No obstante, dado que es bastante probable que el ingreso de un competidor determine una disminución en el precio y un aumento en la demanda del servicio de transporte ferroviario, esto podría conllevar a un incremento en la demanda por la frecuencia de uso de la Red Ferroviaria. Esto significaría que, en términos absolutos la suma de los pagos que el operador entrante y Perurail realizarían a favor de Fetrans por el uso de la mencionada Red, sería mayor al pago realizado por Perurail en una situación de monopolio [ $A < (A_1 + A_2)$ ]

El incremento de los ingresos de Fetrans percibidos por concepto de acceso a la Red Ferroviaria otorgada en concesión, implicaría necesariamente un aumento en la Retribución Principal que la concesionaria debe transferir al Estado por explotar la referida red, lo cual significaría una mejora para el Estado en relación a una situación de monopolio [ $0,3725A < 0,3725\%(A_1 + A_2)$ ].

- *Beneficios para el Estado (aumento de la Retribución Especial).* En un esquema de acceso competitivo al Material, el operador entrante al mercado de transporte ferroviario en el FSO podría solicitar a Fetrans que le alquile parte del referido Material para proceder a operar. En este escenario, uno o más nuevos entrantes podrían competir por acceder al 50% del Material, conforme se explica en el acápite V.(ii.2) del presente informe.

Como consecuencia de esta puja competitiva por el alquiler del Material podría incrementarse el monto total de la renta que perciba Fetrans por parte de Perurail y el nuevo operador [ $B < (B_1 + B_2)$ ]. Incluso la renta individualmente considerada que pagarían Perurail (B1) y el nuevo entrante (B2) a Fetrans podría ser superior a la renta que pagaría Perurail en una



situación monopólica (B), toda vez que dichas rentas son producto de una oferta competitiva ( $B < B1$ ;  $B < B2$ ).

El probable incremento de los ingresos de Fetrans por alquilar el Material a Perurail y al operador entrante en un escenario de acceso competitivo, redundaría en beneficio del Estado en la medida que el pago por Retribución Especial (explotación del Material) se incrementaría en comparación a una situación de monopolio [ $0,3725B < 0,3725\%(B1 + B2)$ ].

- *Reducción de las probables ganancias extraordinarias del grupo.* En un escenario no competitivo, el grupo económico constituido por Fetrans y Perurail probablemente cobra precios monopólicos ( $P_m$ ) por la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros obteniendo ganancias extraordinarias por ello [ $(P_m \times Q_m) - (0,3725A + 0,50B)$ ]. No obstante, con el ingreso de un operador adicional, a través de su acceso al Material, se generaría una mayor dinámica competitiva en el mercado que se vería reflejado en una reducción de precios ( $P_c$ ), generando que el grupo obtenga ganancias más razonables [ $(P_c \times Q_1) + (A_2 + B_2)$ ] - [ $0,3725 (A_1 + A_2) + 0,50(B_1 + B_2)$ ]. Las ganancias del grupo económico Fetrans - Perurail serán menores en una situación de competencia que en una de monopolio [ $(P_m \times Q_m) - (0,3725A + 0,50B)$ ] < [ $(P_c \times Q_1) + (A_2 + B_2)$ ] - [ $0,3725 (A_1 + A_2) + 0,50 (B_1 + B_2)$ ]

315. La interpretación expuesta en el presente acápite no afectaría la ecuación económica financiera contenida en el Contrato de Concesión. Esta ecuación económica financiera debe ser entendida como el equilibrio entre las ventajas otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas<sup>203</sup>, las cuales son evaluadas por los postores durante el proceso de concesión<sup>204</sup>.

La posibilidad de que un operador entrante alquile parte del Material no afectaría la ecuación económica financiera de Fetrans conforme lo ha señalado un representante de esta empresa, cuyas declaraciones se citan a continuación:

**Indecopi:**

*En estos momentos Perurail le paga a Fetrans una suma por el derecho de usar la vía y le paga una suma por el alquiler del material tractivo y rodante. Si hipotéticamente (...)ustedes separaran el material tractivo y rodante, hipotéticamente, la mitad va a ser para Fersimsac y la otra mitad va a quedar para Perurail. [Y] Tanto Fersimsac como Perurail pagarían por derecho de vía y ambos pagaría el alquiler y ustedes con los ingresos (hipotéticamente tienen que pagar lo mismo [Perurail y el operador entrante], tienen el mismo derecho) luego le pagan al Estado y ellos lo que pagan se lo trasladan a los pasajeros. De modo que, ¿podría ser cierto que si entrara alguien a operar en*

<sup>203</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Op. Cit., pág. 396.

<sup>204</sup> En ese sentido, Laubadère - Moderne - Devolve han señalado que las cargas y beneficios "deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas. En todo contrato de concesión hállase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige" (Citado por CASSAGNE, Juan Carlos, Op. Cit., pág. 396).



condiciones, así, no desequilibra el ámbito de la ecuación económica financiera que está en el contrato de concesión?

**Señor Pareja:** ¿No desequilibra la ecuación económica de Ferrocarril Transandino?

**Indecopi:** De Ferrocarril Transandino.

**Señor Pareja:** No, hasta allí no.<sup>205</sup>

(El subrayado es nuestro)

316. En síntesis, la interpretación esbozada en el presente acápite es, en opinión de esta Secretaría Técnica, la que corresponde con la lógica del proceso de privatización de los ferrocarriles en el Perú, esto es, la generación de competencia en el segmento de la cadena productiva donde esta sea posible y deseable: el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros. En efecto, el esquema de acceso competitivo al Material esbozado en el presente acápite determinaría la generación de una mayor competencia entre operadores de transporte ferroviario (lo que se expresaría en menores precios en el transporte de carga y de pasajeros), una mejor asignación del Material y, por ende, una mayor retribución al Estado por la explotación de los bienes que entregó en concesión. Adicionalmente, la interpretación no afectaría la ecuación económica financiera del Contrato de Concesión.

**(iii) Evaluación de la negativa**

317. Como se aprecia de lo desarrollado en el punto (i) del presente acápite, Fersimsac formuló una solicitud expresa a Fetrans para que ésta le alquile el Material con la finalidad de operarlo en el FSO. En respuesta a ello, Fetrans comunicó a Fersimsac que no tenía Material disponible pues había cedido en uso el íntegro del referido Material a su empresa vinculada Perurail mediante un contrato de arrendamiento. Así, se puede concluir válidamente que en el presente caso hubo una negativa de arrendar el Material por parte de Fetrans.

318. Una vez verificada la existencia de la negativa de Fetrans de arrendar el Material, esta Secretaría Técnica ha procedido a analizar el motivo esbozado a efectos de establecer si la negativa fue justificada o no. En ese sentido, se ha procedido a analizar dos (2) posibles interpretaciones o escenarios.

319. El primer escenario consiste en interpretar que un nuevo operador de transporte ferroviario que desee ingresar al FSO tiene que hacerlo con su propio material tractivo y rodante. Esta interpretación ha sido desestimada porque no genera competencia en el servicio de transporte ferroviario. Por el contrario, desincentiva el ingreso de nuevos operadores toda vez que es poco probable que éstos recuperen su inversión en la adquisición (mediante compraventa o alquiler) de material propio, por cuanto el grupo económico constituido por Fetrans y Perurail podría reducir sus precios del servicio de transporte ferroviario a niveles cercanos a un costo marginal equivalente al costo de

<sup>205</sup> Entrevista del 4 de mayo de 2005 sostenida entre representantes de la Secretaría Técnica y de Fetrans.



prestar el servicio de transporte, es decir, al costo de poner en marcha el material tractivo y rodante (v.g. el costo del combustible).

320. En el segundo escenario se ha considerado que los operadores de transporte ferroviario que ingresen al mercado del FSO tienen la posibilidad de solicitar a Fetrans el acceso competitivo al Material en igualdad de condiciones que Perurail. En efecto, según esta interpretación, el hecho de que se permitiera a Fetrans operar en el segmento de transporte ferroviario, a través de Perurail, utilizando el Material concesionado, constituyó sólo una medida excepcional que tenía por objeto asegurar la continuidad del servicio, y no el propósito constituir un monopolio en el segmento competitivo de transporte ferroviario.

Esta Secretaría Técnica ha concluido que esta interpretación es la correcta en la medida que: (i) responde a la lógica del proceso de concesión de generar mayor competencia en el transporte ferroviario del FSO, (ii) implica un mayor beneficio para los consumidores (fruto de la reducción de precios como consecuencia de la entrada de un competidor), (iii) significa mayores ingresos para el Estado (propietario del Material) en tanto incrementarían sus ingresos por concepto de Retribución Principal y Especial y (iv) no afectaría la ecuación económica financiera del Contrato de Concesión de Fetrans.

321. Bajo la segunda interpretación se puede concluir que la negativa de alquilar el Material por parte de Fetrans, argumentando la existencia de un contrato de arrendamiento con Perurail, constituye una negativa injustificada de contratar que tuvo como única finalidad favorecer a Perurail con el alquiler del Material y, por ende, mantener el monopolio del grupo económico en el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.
322. En efecto, en el acápite 3.3.5 del Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, esta Secretaría Técnica señaló una variedad de alternativas con relación a los mecanismos de acceso competitivo al Material que Fetrans hubiera podido implementar a favor de otro operador independiente en el FSO. En ese sentido, lo que se imputa a Fetrans como abuso de posición de dominio no es el hecho de haber suscrito un contrato de arrendamiento con Perurail sino el no haber implementado algún mecanismo que permitiera a Fersimsac acceder al Material. El ilícito administrativo transgresor de las normas de defensa de la libre competencia (el artículo 5 del Decreto Legislativo 701) no es la celebración del contrato de alquiler con Perurail sino el haber utilizado dicho contrato como pretexto (injustificado, por cierto) para negar a Fersimsac el alquiler del Material.

Las alternativas elaboradas por la Secretaría Técnica en el acápite 3.3.5 del Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC evidencian la viabilidad del acceso al Material por parte de terceros operadores, por lo que Fetrans y Perurail pudieron implementar alguna de ellas. En definitiva, la existencia de mecanismos de acceso al Material, a la luz de la negativa analizada, prueba la intención anticompetitiva del grupo económico conformado por Fetrans y Perurail de monopolizar el mercado del servicio de transporte de pasajeros y carga en el FSO.

323. Un contrato celebrado entre empresas de un mismo grupo económico no establece, desde un punto de vista material, una verdadera relación contractual



que implique una negociación entre agentes económicos que buscan maximizar sus propios beneficios mediante la transacción mutua de derechos y obligaciones (v.g. la transferencia del uso de un bien a cambio del pago de una renta). Al ser Fetrans y Perurail empresas pertenecientes al mismo grupo económico, así como pueden celebrar "contratos"<sup>206</sup> que constituyan barreras a la entrada de potenciales competidores, también pueden dejar sin efecto tales contratos o modificarlos y así permitir una sana competencia y cumplir con el principio de equidad establecido en el Contrato de Concesión, sin que ello hubiera acarreado costos de transacción o problemas de inejecución o incumplimiento contractual.

324. En ese sentido, un factor importante que hubiera facilitado la entrada de operadores habilitados para la prestación del servicio de transporte ferroviario hubiera sido la modificación de los términos iniciales del contrato de arrendamiento del Material suscrito entre Fetrans y Perurail. Ello, más aun si tenemos presente que existían mecanismos que hubieran permitido el acceso competitivo del Material a operadores entrantes al mercado y que la modificación del referido contrato no habría significado mayores costos para las partes al ser empresas del mismo grupo económico.

Por lo tanto, al ser Fetrans y Perurail, desde el punto de vista económico, una sola empresa, no se justifica que opongan al resto de competidores reales o potenciales la existencia de un contrato de alquiler (susceptible de ser resuelto o modificado a muy bajo costo) para negar el acceso al Material. Dicha negativa, en opinión de esta Secretaría Técnica, genera efectos restrictivos de la competencia mucho mayores que eventuales eficiencias productivas.

325. El artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece los requisitos para que la Comisión declare como ilegal determinada conducta que se analiza como supuesto de abuso de posición de dominio. Al respecto, del análisis realizado se tiene lo siguiente:

- (i) La tenencia de posición de dominio se encuentra acreditada en el acápite 3.3.3 del presente informe;
- (ii) La actuación indebida se acredita con la negativa injustificada de Fetrans de alquilar el Material, argumentando la existencia de un contrato de arrendamiento con su empresa vinculada Perurail.
- (iii) El fin de obtener beneficios se acredita debido a que a través de dicha conducta obstaculizó la entrada de un potencial competidor, consolidando su posición monopólica en el servicio de transporte ferroviario en el FSO.
- (iv) El fin de causar perjuicio a otro se acredita por el hecho de que negar el acceso competitivo al Material obstaculizó a un potencial competidor el acceso al mercado del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros, perjudicando el bienestar de los consumidores.

<sup>206</sup> No existen prestaciones recíprocas efectivas que en la práctica puedan prestarse dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico, toda vez que ello sería como si una misma persona traspasara una moneda de su mano izquierda a su mano derecha.





- (v) La imposibilidad del resultado de no existir posición de dominio se acredita por el hecho de que la exclusión de Fersimsac no se hubiera producido de no detentar Fetrans posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante en el FSO.

326. En conclusión, Fetrans abusó de su posición de dominio al negarse injustificadamente a alquilar a Fersimsac el material tractivo y rodante que recibió a costo cero del Estado peruano, con el propósito de favorecer a su empresa vinculada Perurail en la retención del monopolio en el mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga en el Ferrocarril Sur Oriente, lo que verifica el supuesto de infracción administrativa previsto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, sea como negativa de trato o trato discriminatorio, por lo que corresponde sancionar conforme a lo establecido en el artículo 23 del referido cuerpo legal.

**(iv) Precisiones adicionales**

327. En primer lugar, de acuerdo al Contrato de Concesión el operador de la línea o infraestructura férrea (Fetrans) sólo puede impedir el ingreso de un operador de servicios de transporte ferroviario (Fersimsac o cualquier otro competidor potencial y/o real) en caso de que<sup>207</sup>:

- No cuente con el respectivo permiso de operación vigente extendido por el MTC.
- No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las leyes aplicables.<sup>208</sup>
- Exista un impedimento técnico u operativo al no mantener en buen estado su material tractivo o rodante o sus instalaciones, de modo que no sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos establecidos en el Contrato de Concesión.

328. Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo no ha tenido como objeto investigar un supuesto abuso de posición de dominio por parte de Fetrans consistente en la negativa a suscribir un contrato de acceso a la vía férrea en perjuicio de Fersimsac, argumentando para ello alguna de las causales de impedimento señaladas en el párrafo anterior.

Así por ejemplo, si Fetrans se hubiese negado a brindar a Fersimsac el acceso a la red ferroviaria —infraestructura pública calificada como facilidad esencial— otorgada en concesión argumentando que esta empresa no ha presentado las pólizas de seguro respectivas de acuerdo a lo estipulado en las normas jurídicas vigentes, ello no habría sido objeto del presente procedimiento administrativo.

329. Lo que ha sido materia del presente procedimiento administrativo es la comisión de un abuso de posición de dominio por parte de Fetrans consistente en una

<sup>207</sup> Ver: Numeral 12.2 de la Cláusula Decimasegunda del Contrato de Concesión: Obligaciones del Concesionario.

<sup>208</sup> Las coberturas mínimas para el seguro contra daños y perjuicios así como daños a terceros para los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros y de carga, se encuentran estipulados en la Cláusula Vigésimaprimer a y en el Anexo N° 10 del Contrato de Concesión.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance





presunta negativa injustificada de alquilar el Material<sup>209</sup>, argumentando para ello la existencia del contrato de alquiler celebrado con su empresa vinculada Perurail. En otras palabras, lo que se ha analizado en el presente procedimiento administrativo es si el contrato de alquiler con Perurail puede ser oponible como una justificación válida para negar el alquiler del Material a Fersimsac o a cualquier potencial entrante o, por el contrario, si es un instrumento utilizado como pretexto para la comisión de las conductas anticompetitivas imputadas a Fetrans, en perjuicio de cualquier competidor potencial y/o real en el mercado. El siguiente ejemplo grafica con mayor claridad el razonamiento expuesto:

A efectos de obtener una licencia de funcionamiento, el 5 de enero de 2004 una empresa "X" solicita extintores a otra empresa "Y" con posición de dominio en el mercado, quien deniega el suministro de estos bienes. Si posteriormente, el 3 de marzo de 2005, el consejo municipal respectivo declara improcedente la solicitud de licencia de funcionamiento por incompatibilidad de la zonificación con aquella actividad económica para la cual se solicita la referida licencia, ello no va a ser objeto de evaluación por parte de la autoridad de competencia, sino la mera negativa de suministrar extintores por parte de la empresa que posee una posición de dominio en el mercado, independientemente de que haya procedido o no la solicitud de licencia de funcionamiento.

330. Así, es distinta una negativa a prestar el servicio de acceso a la vía férrea cuya justificación sólo puede argumentarse en virtud de las causales previstas en el Contrato de Concesión (entre ellas no contar con pólizas de seguro), a la negativa en la prestación del servicio de alquiler del Material otorgado en concesión a Fetrans, alegando para estos efectos la existencia de un contrato que puede ser renegociado a bajo costo por Fetrans y Perurail al constituir un grupo económico.
331. Por lo tanto, resulta evidente que el presente procedimiento administrativo, se ha referido a una negativa injustificada de alquilar el Material en perjuicio de todo operador potencial y/o real (incluyendo a Fersimsac), alegando la existencia del contrato de alquiler con su empresa vinculada Perurail. Por lo que carece de importancia para dichos efectos si Fetrans negó el acceso a la vía férrea argumentando la falta de pólizas de seguros u otra razón.

#### IV. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

332. Para que los administrados adecuen sus conductas al ordenamiento jurídico, el beneficio esperado de no cumplir la ley debe ser menor o igual al beneficio esperado de cumplir la ley.
333. Bajo dicha premisa, las sanciones administrativas cumplirán su propósito de desincentivar la realización de infracciones administrativas sólo si la cuantía o magnitud de ellas supera o iguala el beneficio extraordinario<sup>210</sup> percibido por los administrados por la realización de tales infracciones. De lo contrario, el

<sup>209</sup> Que no es otra cosa que un trato discriminatorio en la prestación de dicho servicio.

<sup>210</sup> Diferencia entre el beneficio de no cumplir la ley y el beneficio de cumplir la ley.





beneficio (privado) obtenido de incumplir la ley sería mayor que el beneficio obtenido de cumplirla, razón por la que los administrados podrían optar por cometer la infracción (con el perjuicio social que ello conlleva). Por ello, el artículo 203 de la Ley 27444, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

334. Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio extraordinario obtenido por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.
335. En efecto, en caso de que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio extraordinario no supera a la sanción esperada, le conviene infringir la norma si no existe mayor probabilidad de que sea detectado. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que sean conscientes de que, si bien puede ser difícil que su infracción sea detectada, en caso de que ello ocurra, recibirán una sanción significativa. Ello, con el objeto de que los agentes internalicen los costos de su conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.
336. En ese sentido, la multa deberá ser mayor o por lo menos igual al beneficio extraordinario dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo (Gráfico N° 18).<sup>211</sup>

<sup>211</sup> Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL} \cdot P_{det} - Multa \cdot P_{det} + B^{NL} - B^{NL} \cdot P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - Multa \cdot P_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - Multa \cdot P_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq Multa \cdot P_{det}$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BENL = Beneficio esperado de no cumplir la ley

BNL = Beneficio de no cumplir la ley

BL = Beneficio de cumplir la ley

Pdet = Probabilidad de detección

BExt = Beneficio extraordinario



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

**Gráfico N° 18**  
**Determinación de la multa**

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

**a. La potestad sancionadora de la Comisión**

337. En particular, el artículo 23 del Decreto Legislativo 701 delimita la cuantía de las multas que pueden ser impuestas por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- (i) en los casos en que la infracción fuese calificada como leve o grave, la Comisión puede imponer una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión; y
  - (ii) en caso que la infracción fuera calificada como muy grave, la Comisión puede imponer una multa superior a las mil (1 000) UIT, siempre que la misma no supere el 10% de dichas ventas o ingresos brutos<sup>212</sup>.
338. Asimismo, el mencionado artículo señala los criterios que la autoridad debe considerar para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, los cuales son:
- a. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
  - b. La dimensión del mercado afectado.
  - c. La cuota de mercado afectado de la empresa correspondiente.
  - d. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
  - e. La duración de la restricción de la competencia.
  - f. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.<sup>213</sup>

<sup>212</sup> Decreto Legislativo 701.-

Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

- a. Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs. siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
- b. Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

<sup>213</sup> Decreto Legislativo 701.-

Artículo 23.- (...)

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

- 1. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
- 2. La dimensión del mercado afectado.



339. Adicionalmente, el propio artículo 23 del Decreto Legislativo 701 establece que la Comisión podrá imponer sanciones a cada uno de los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de la empresa o entidad infractora. Dichas sanciones, de acuerdo al mencionado artículo, no podrán ser superiores a 100 UITs.<sup>214</sup>

**b. Cálculo de la multa**

340. A fin de establecer la sanción pecuniaria a ser impuesta, corresponde analizar el efecto restrictivo sobre la competencia y el daño al interés económico general causado por Fetrans al haber abusado de su posición de dominio a través de la implementación de una negativa injustificada de trato (o un tratamiento discriminatorio) con efectos exclusorios en el mercado de alquiler del Material en el FSO.
341. La monopolización ilegal implementada por Fetrans a través del abuso de su posición de dominio ocasionó un efecto restrictivo directo a la libre competencia, restringiendo o eliminando la puja competitiva entre agentes por hacerse de una mayor participación de mercado de manera legítima a través de la oferta de mejores servicios, a los precios más bajos posibles.
342. En el presente caso, la monopolización ilegal ha privado a la sociedad de los beneficios que se hubieran producido por la libre interacción de los operadores (potenciales y reales) del servicio de transporte ferroviario en el FSO, en su objetivo por hacerse de una mayor participación de mercado, limitando con ello la asignación eficiente de los recursos. Una reducción en el número de competidores (*ceteris paribus*) produce una disminución de la oferta de bienes o servicios y, por ende, un mayor precio producto de la escasez<sup>215</sup>. Este

- 
3. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
  4. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
  5. La duración de la restricción de la competencia.
  6. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

<sup>214</sup> Decreto Legislativo 701.-

Artículo 23.-

(...)

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

- <sup>215</sup> Ejercicios teóricos han demostrado que mercados con estructura monopólica presentan un mayor precio y una menor cantidad de bienes o servicios que mercados con estructura oligopólica, y que éstos, a su vez, presentan mayores precios y menores cantidades producidas que mercados con estructura de competencia. Al respecto, Viscusi, Vernon y Harrington han señalado:

*La teoría del oligopolio no ha dado predicciones definitivas análogas a la predicción precio = costo marginal de la competencia perfecta, o a la predicción de precio superior al costo marginal del monopolio. La mayoría de teorías de oligopolio implican que el precio excede el costo marginal, pero por menos que bajo monopolio.*

Traducción libre del siguiente texto:



resultado reduce el excedente del consumidor y genera pérdidas de eficiencia social, afectando el interés económico general.

**b.1) El “primer mejor” de estimación de la cuantía de la multa**

343. Tal como se ha señalado, el monto de una multa debe guardar directa relación con el beneficio esperado por la empresa infractora, que en el presente caso es Fetrans. Sin embargo, debe tenerse en consideración que el beneficio esperado de ésta es el beneficio esperado del grupo económico conformado por Fetrans y Perurail, y viceversa. Por lo tanto, a efectos de estimar el beneficio esperado de Fetrans se debe estimar el beneficio esperado del referido grupo económico.
344. En ese sentido, el beneficio esperado resulta de la diferencia que existiría entre los beneficios percibidos por el grupo económico realizando la conducta anticompetitiva y los beneficios que obtendría dicho grupo absteniéndose de realizar la referida conducta. En otros términos, el beneficio esperado consistirá en la diferencia que existiría entre los beneficios que recibe el grupo económico operando en un entorno monopólico en el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO y aquellos beneficios que recibiría dicho grupo si operara en un entorno competitivo donde existiera por lo menos un operador adicional del mencionado servicio.<sup>216</sup>
345. A este tipo de análisis se le puede denominar *un primer mejor de estimación de la cuantía de la multa*, en la medida que evidencia de manera bastante clara cuál es el beneficio esperado por la empresa infractora (y a través de ella, del grupo económico) como producto de la realización de su práctica anticompetitiva. En un entorno monopólico de la cadena productiva del transporte ferroviario en el FSO, el grupo económico Fetrans – Perurail percibe ingresos fundamentalmente por la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros, lo que resulta de multiplicar el número de servicios prestados por el precio por unidad de servicio. Por otro lado, el referido grupo también registra egresos constituidos por los pagos efectuados al Estado en las modalidades de Retribuciones Principal y Especial establecidos en el Contrato de Concesión (Ver Gráfico N° 19)

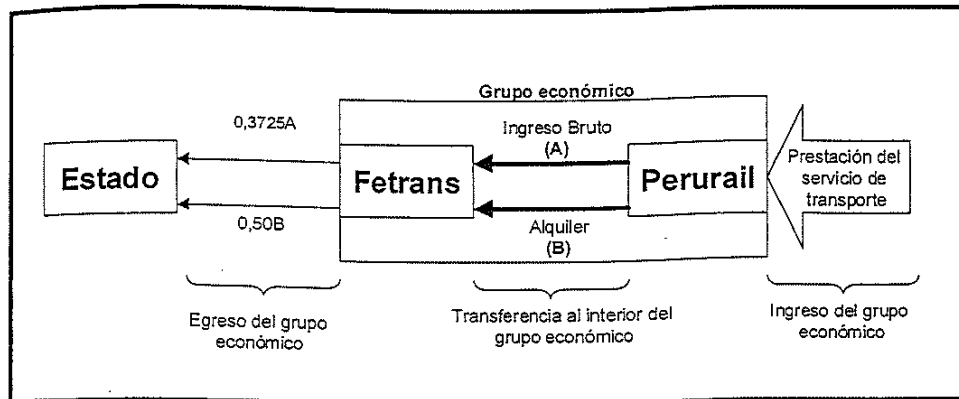
*Oligopoly theory does not yield any definite predictions analogous to the price = marginal cost prediction of perfect competition, or the price greater than marginal cost prediction of monopoly. Most theories of oligopoly imply that price will exceed marginal cost, buy by less than under monopoly.*

(VISCUSI. W. Kip, HARRINGTON, Joseph y VERNON, John. Op. Cit., pág. 81.)

<sup>216</sup> Cabe precisar que el cálculo del beneficio esperado no guarda relación con las definiciones contables o financieras de beneficio. En efecto, el beneficio esperado en términos de la imposición de sanciones bajo las normas de defensa de la libre competencia está directamente relacionado con el diferencial de beneficios de realizar, o no, la práctica anticompetitiva; mientras que los beneficios financieros o contables se determinan a partir de distintos tipos ingresos y egresos, influenciados por definiciones y condicionamientos formales: utilidad bruta (ventas menos costo de ventas), utilidad operativa (utilidad bruta menos gastos de ventas y de administración), utilidad antes de impuestos, utilidad neta, etc.



**Gráfico N° 19**  
**Ingresos del grupo económico Fetrans-Perurail**  
**en monopolio**



Elaboración: ST-CLC/INDECOP

Nota: se entiende por "Ingreso Bruto" a la retribución que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material (Cláusulas 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión).

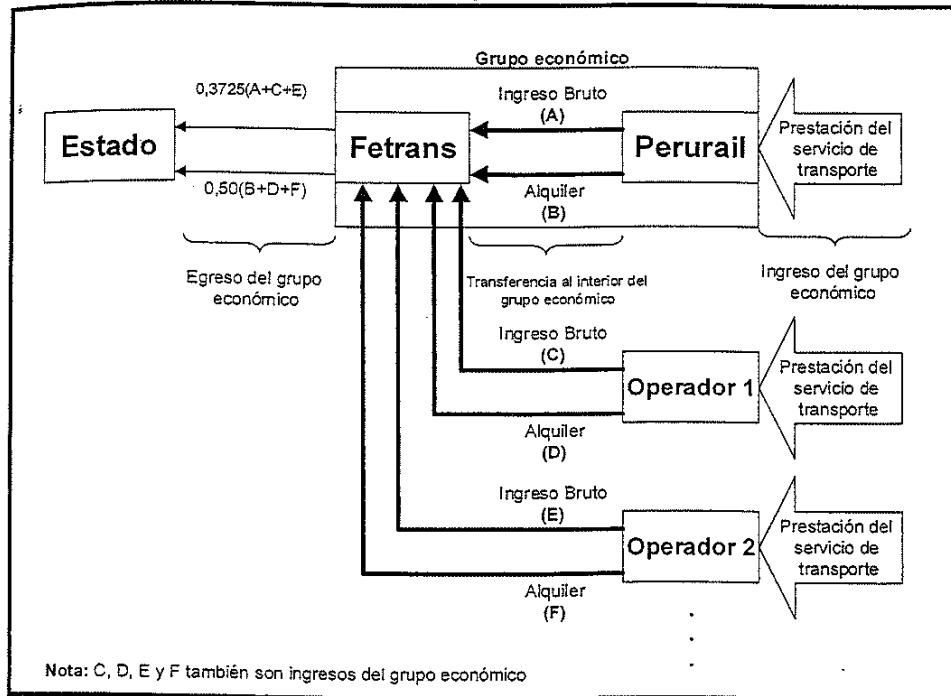
346. En un entorno de competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario en el FSO, los ingresos del grupo económico Fetrans - Perurail cambiarían, dependiendo de otros factores directamente relacionados con la prestación del servicio de transporte ferroviario de otros operadores competidores directos de Perurail (y, por ende, del grupo). Así por ejemplo, tales ingresos dependerían del número de servicios prestados por los operadores de transporte no vinculados a Fetrans, del pago que éstos hagan por el uso de la Red Ferroviaria concesionada a Fetrans, de la renta que estos otros operadores realicen por el arrendamiento del Material, entre otros. Por su parte, en este entorno competitivo los egresos del grupo económico variarían sustancialmente debido a que tendría que transferir al Estado una suma distinta re-calculada en función de los nuevos ingresos percibidos. (Ver Gráfico N° 20).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



**Gráfico N° 20**  
**Ingresos del Grupo económico Fetrans-Perurail**  
**en competencia**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Nota: se entiende por "Ingreso Bruto" a la retribución que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material (Cláusulas 5.1 y 5.2 del Contrato de Concesión).

347. Como puede observarse, en un entorno competitivo el grupo económico constituido por Fetrans y Perurail recibiría ingresos por los siguientes rubros: (i) la prestación del servicio de transporte ferroviario, (ii) el acceso a la Red Ferroviaria de los operadores de transporte no vinculados a Fetrans ("ingreso bruto" = C y E) y (iii) por el probable alquiler del Material (D y F).

Asimismo, el referido grupo registraría egresos a favor del Estado por (i) la explotación de la Red Ferroviaria equivalentes al 37,25% de todos los "ingresos brutos" percibidos por este rubro, incluyendo el transferido por su propia empresa vinculada  $0,3725[A+C+E]$ ; y (ii) por el arrendamiento del Material equivalente al 50% de los ingresos deducidos del Impuesto General a las Ventas, incluyendo aquel transferido por su propia empresa vinculada  $0,50[B+D+F]$ .

348. Lamentablemente, el cálculo de la diferencia de los beneficios del grupo económico Fetrans-Perurail depende de la estimación de un conjunto de variables que se encuentran fuera del alcance de las proyecciones que esta



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

los usuarios a éstas, para lo cual es necesario conocer información que no se encuentra disponible.

- d. *Los kilómetros recorridos por todo el Material que transita por la línea férrea del FSO.* El kilometraje recorrido por el Material depende directamente del número de servicios prestados por los operadores, los cuales, tal como se ha señalado anteriormente, dependen del precio de mercado del servicio y resultan difícil de estimar.
  - e. *El pago por el alquiler del Material.* Es posible establecer que en un entorno competitivo el precio del alquiler por cada unidad del Material se incrementaría como consecuencia de la competencia que se generaría por adjudicarse su uso. Sin embargo, el precio final también resultaría incierto, toda vez que éste estaría influenciado por un conjunto de variables sobre las cuales no existe información disponible para realizar una estimación, tales como la estrategia negociadora de los operadores, los paquetes de arrendamiento que arme el grupo económico, la proyección de la demanda que los operadores realicen, entre otros.
349. Debido a la ausencia de información relevante es que no es posible utilizar este denominado *primer mejor de estimación de la cuantía de la multa*.

**b.2) El “segundo mejor” de estimación de la cuantía de la multa**

350. Esta Secretaría Técnica considera que es posible estimar de una forma alterna el beneficio esperado por el grupo económico Fetrans - Perurail, utilizando para ello información referencial que obra en el Contrato de Concesión. Esta forma de estimación puede ser denominada *el segundo mejor de estimación de la cuantía de la multa*.
351. En este segundo mejor, para el cálculo de los beneficios esperados extraordinarios producto de la conducta anticompetitiva se tomará como precios que regirían en un entorno competitivo aquéllos con los que Perurail inició sus operaciones en septiembre de 1999. Ello como consecuencia de que en el Contrato de Concesión se establecieron determinados niveles de precios para los primeros 4 meses, en el entendido de que éstos representaban un nivel de precios que impedía el ejercicio de poder de mercado del primer operador transporte ferroviario del FSO.
352. En ese sentido, los precios vigentes en septiembre de 1999 serán comparados con los precios vigentes en marzo de 2003, periodo en el cual Perurail se mantenía operando de manera monopólica en el tramo del FSO e impidió el acceso de un nuevo competidor a la ruta en mención. Así, dado que en enero de 2003 Fersimsac inició las gestiones necesarias para ingresar al mercado, solicitando el alquiler del Material y el acceso a la Red Ferroviaria del FSO, se puede presumir válidamente que aproximadamente en el mes de marzo de dicho año, pudo haber ocurrido el ingreso efectivo de este potencial competidor en el tramo del FSO.
353. Ahora bien, dado que en marzo de 2003 Perurail ofrecía diferentes servicios (v.g. Autovagón, Inca, Ferrostal, Backpackers, Back. Cerrojo, Hiram Bingham,



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



Imperial, Local y Local Cerrojo) que en septiembre de 1999 (v.g. Autovagón e Inca), se ha asumido que de haber prestado dichos servicios en 1999 aquellos habrían tenido una estructura de precios similar a la vigente en marzo de 2003. En efecto, en setiembre de 1999 existían menos clases de servicios que en marzo de 2003, razón por la cual no se podría realizar una comparación de los precios de todos los servicios; no obstante, esta Secretaría Técnica considera que si en setiembre de 1999 hubieran existido aquellos servicios que sí existían en marzo de 2003, el precio de estos hubiera guardado la misma proporción con el precio del servicio de autovagón de marzo de 2003.

354. Para determinar cuáles habrían sido esos precios se ha tomado como referencia (en proporción) el precio del servicio Autovagón, servicio que se presta desde el inicio de las operaciones de Perurail y que fue uno de los más importantes según el número de pasajeros transportados (representado el 20,4% de pasajeros transportados en el año 2003).

Así por ejemplo, si en el 2003 el precio del servicio local era 20% más bajo que el precio del servicio Autovagón, se puede inferir que de haber existido el referido servicio Local en 1999, éste habría diferido en 20% del precio Autovagón en dicho año.

355. Asimismo, la estructura de precios vigente a setiembre de 1999 ha sido actualizada por la inflación de los Estados Unidos de América a marzo de 2003, fecha en la que se inició la práctica anticompetitiva, a efectos de conservar el valor real del sistema tarifario y realizar un correcto diferencial de los beneficios esperados.

356. En el Cuadro N° 6 se presentan los precios base (1999), los precios ajustados por la inflación (1999) y final (2003) y el diferencial entre ambos:

**Cuadro N° 6**  
**Diferenciales de precios ajustados por inflación<sup>219</sup>**  
**(US\$)**

Servicio	Precios base (PB)	Precios ajustados por inflación (PAI)	Precios final (PF)	Diferencia (PF-PAI)
Inka	22,13	24,51	38,11	13,60
Autovagón	26,09	28,89	36,36	7,47
Ferrostal	20,17	22,34	28,11	5,77
Backpackers	16,52	18,29	23,02	4,73
Backp. Cerrojo	8,11	8,98	11,30	2,32
Hiram Bingham	-	-	-	-
Imperial	2,53	2,80	3,52	0,72
Local	3,25	3,60	2,21	-1,39
Local cerrojo	0,83	0,91	1,15	0,24

Fuente: Informe N° 055-2004/GEE

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

<sup>219</sup> La inflación acumulada para el período setiembre 1999 – marzo 2003 equivale a 10,74%. Información tomada de la Reserva Federal de los Estados Unidos. Disponible en: <http://www.federalreserve.gov/> (visitada el 2 de junio de 2005).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

Nota: no se ha registrado información de precios para el servicio Hiram Bingham en el periodo de análisis.

- 357. No obstante que los precios establecidos en el Contrato de Concesión corresponderían presumiblemente a un entorno competitivo, es posible inferir que éstos no necesariamente hubieran existido en un mercado realmente en competencia. Ello toda vez que, como se estableció en el acápite anterior, el cálculo del precio competitivo habría requerido de información que probablemente no se hubiera encontrado disponible y habría tenido que ser supuesta o inferida por mecanismos alternos.
- 358. Adicionalmente, el ingreso del potencial operador (Fersimsac) no habría llevado el precio del servicio de transporte ferroviario a niveles de competencia necesariamente sino a uno ubicado en un nivel oligopólico, con lo cual la diferencia de precios y la apropiación del excedente del consumidor se podrían haber reducido. Esta Secretaría Técnica considera que Fersimsac no habría tenido la capacidad de presentar una respuesta competitiva frente al grupo económico que hubiera llevado los precios del servicio de transporte ferroviario en el FSO a niveles de competencia. Probablemente, el resultado de la acción competitiva de Fersimsac habría sido un precio oligopólico, pero en todo caso, habría sido un escenario mejor que uno con precios monopólicos.
- 359. En ese sentido, este órgano instructor estima que podría haber existido un error de subvaluación en el precio competitivo establecido en el Contrato de Concesión y una sobre-estimación de la acción competitiva de Fersimsac. Por lo tanto, para el correcto establecimiento del precio base correspondería incrementar éste en un 15%. Este razonamiento favorece a la empresa infractora, toda vez que intenta apreciar en su verdadera dimensión los precios resultantes de la interacción con el potencial entrante, originando que las tarifas bases y las diferencias queden de la siguiente forma:

**Cuadro N° 7**  
**Diferenciales de precios ajustados error de estimación**  
**(US\$)**

Servicio	Precios ajustados por inflación (PAI)	Precios ajustados por error de estimación (PAE)	Precios final (PF)	Diferencia (PF-PAE)
Inka	24,51	29,41	38,11	8,70
Autovagón	28,89	34,67	36,36	1,69
Ferrostal	22,34	26,80	28,11	1,31
Backpackers	18,29	21,95	23,02	1,07
Backp. Cerrojo	8,98	10,78	11,30	0,52
Hiram Bingham	-	-	-	-
Imperial	2,80	3,36	3,52	0,16
Local	3,60	4,32	2,21	-2,11
Local cerrojo	0,91	1,10	1,15	0,05

Fuente: Informe N° 055-2004/GEE

Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ

Nota: no se ha registrado información de precios para el servicio Hiram Bingham en el periodo de análisis.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



- 360. Como ha quedado demostrado en el procedimiento, a través de la negativa de trato (o discriminación) implementada por Fetrans, dicha empresa pretendió evitar el ingreso de un competidor al mercado del servicio de transporte ferroviario en el tramo del FSO, en el cual opera su empresa vinculada Perurail. Sin embargo, esta Secretaría Técnica es de la opinión que Fetrans había tenido la expectativa de postergar la entrada de Fersimsac por un lapso que no superaría los seis (6) meses, considerando (i) la posibilidad de la intervención de la Comisión y la imposición de medidas correctivas por parte de ésta, y (ii) la consagración del principio de equidad en el Contrato de Concesión.
- 361. En efecto, tal como se ha señalado, si bien es cierto que en enero de 2003 Fersimsac solicitó a Fetrans el alquiler del Material y el acceso a la Red Ferroviaria del FSO, en opinión de esta Secretaría Técnica, dicha empresa recién hubiera podido iniciar sus operaciones aproximadamente en marzo de 2003, por lo tanto, se debe considerar que los efectos de la acción anticompetitiva de Fetrans recién se habrían observado a partir de esta fecha.
- 362. Al respecto, dadas las consideraciones citadas en el párrafo anterior, esta Secretaría Técnica considera que el actuar anticompetitivo de Fetrans habría durado no más de seis (6) meses, es decir, desde la fecha aproximada en que Fersimsac habría iniciado sus operaciones en marzo de 2003 hasta la emisión de la Resolución Vice Ministerial N° 275-2003-MTC/02 del 26 de agosto de 2003, en virtud de la cual se confirma la Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14 por medio de la cual se declara la caducidad del Permiso de Operación de Fersimsac.
- 363. Si bien la entrada de Fersimsac al mercado no se ha producido hasta la fecha, esto sería atribuible a que la propia empresa no persistió en lograr su acceso al mercado luego de que el MTC dispusiera la caducidad de su permiso de operación en julio de 2003.
- 364. En particular, se asumirá para la realización de los cálculos siguientes que el número de servicios que Fetrans esperaba que Perurail preste durante el periodo marzo - agosto de 2003 es el mismo que efectivamente prestó en dicho periodo, toda vez que el número de pasajeros atendidos por Perurail no ha sufrido variaciones significativas en los últimos años<sup>220</sup> y, por ende, resultaba relativamente fácil estimar el volumen de operaciones a realizar en dichos meses.
- 365. Por lo tanto, para conocer el beneficio extraordinario que Fetrans esperaba obtener de la implementación de sus conductas anticompetitivas se debe multiplicar los diferenciales de precios antes hallados (ver Cuadro N° 7) por el número de servicios prestados según el tipo de servicio durante el periodo marzo-agosto 2003. Dicho cálculo se incluye en el Cuadro N° 8 que a continuación se presenta:

<sup>220</sup> Perurail prestó [ ] servicios en el año 2001, [ ] en 2002 y [ ] en 2003. Esta información ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



**Cuadro N° 8**  
**Beneficios extraordinarios esperados por Fetrans<sup>221</sup>**

Servicio	Diferencia (PF-PAE)	Número de Servicios	Beneficio esperado
Inka	8,70	[ ]	[ ]
Autovagón	1,69	[ ]	[ ]
Ferrostal	1,31	[ ]	[ ]
Backpackers	1,07	[ ]	[ ]
Backp. Cerrojo	0,52	[ ]	[ ]
Hiram Bingham	-	[ ]	-
Imperial	0,16	[ ]	[ ]
Local	-2,11	[ ]	[ ]
Local cerrojo	0,05	[ ]	[ ]
<b>Total</b>		[ ]	<b>689 001,47</b>

\* Toda vez que no se cuenta con información de precios del servicio Hiram Bingham, no ha sido considerado para efecto del cálculo.

Fuente: Informe N° 055-2004/GEE

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

366. Como se ve, el beneficio esperado por Fetrans ascendió a US\$ 689 001,47, y considerando una alta probabilidad de detección por parte de esta Secretaría, corresponde imponerle una multa ascendente a 679,61 UIT, según se detalla en el cuadro que se aprecia a continuación:

**Cuadro N° 9**  
**Estimación de la multa**

Beneficio esperado	Tipo de cambio	Beneficio esperado	Probabilidad de detección	Multa calculada
US\$	S/ / US\$	S/	%	UIT
689 001,47	3,255	2 242 699,79	100	679,61

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

367. Habiendo estimado el beneficio esperado y la multa a imponer, corresponde analizar a continuación si existen factores que determinen la atenuación de la referida multa. En ese sentido es posible establecer que:

- a. Atendiendo al factor de "mercado nuevo" establecido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, el Tribunal) en su Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003 corresponde reducir la multa en un 25%.

En efecto, si bien la prestación del servicio de transporte ferroviario en el FSO no es un servicio novedoso que fuera prestado por primera vez (como sí lo era el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito - SOAT analizado en la resolución antes citada), las condiciones posteriores al proceso de concesión con las que se empezó a prestar dicho servicio sí constituyen una novedad, pues por primera vez este servicio ha sido prestado por un

<sup>221</sup> La información sobre el número de servicios prestados ha sido declarada CONFIDENCIAL mediante Resolución N° 063-2004-INDECOPI/CLC.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

agente privado que enfrentó una función de utilidad distinta a aquella que enfrentó la empresa pública en el pasado.

En ese sentido, si bien el servicio de transporte ferroviario no fue algo novedoso, sí lo fueron las características en su prestación. Por ello, a diferencia de la reducción del 50% aplicado en virtud de la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI por el Tribunal a favor de diversas empresas de seguros, en el presente caso corresponde aplicar sólo una reducción de 25%.

- b. El infractor puede haber actuado bajo los términos de la primera interpretación expuesta en el acápite referido al análisis de la negativa de trato del presente informe (acápites 3.3.3.1). Esta interpretación, descartada por esta Secretaría Técnica —por no responder a la lógica del proceso de concesión, permitir un ambiente favorable para el cobro de precios monopólicos a los usuarios del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros y significar menores ingresos para el Estado—, tampoco resulta descabellada, pues como se vio en su momento, incluso funcionarios de Proinversión han considerado que ella es la correcta.

Fetrans eligió la primera interpretación no sólo porque es la que más le favorecía en la obtención de beneficios sino porque posiblemente así era entendido —erróneamente a criterio de esta Secretaría Técnica— por funcionarios u organismos públicos.

A juicio de esta Secretaría Técnica, dicha situación amerita que se atenúe considerablemente la multa a imponer, pues de alguna manera Fetrans actuó como actuó debido a las circunstancias del proceso de concesión, cuya falta de claridad y precisión sobre determinados aspectos, como es el alquiler del Material, originó que como agente económico cometiera una conducta anticompetitiva.

Por lo tanto, corresponde reducir la multa en un 40%.

- c. La conducta procesal desarrollada por la empresa investigada se ha caracterizado por su diligencia y disposición a colaborar con esta Secretaría Técnica (v.g. contestando los requerimientos de información, concurriendo a las entrevistas convocadas, etc.); en ese sentido, a criterio de este órgano instructor, corresponde que la multa sea reducida en un 5%.
368. Por lo expuesto, corresponde hacer un nuevo cálculo de la multa considerando los atenuantes señalados en el párrafo anterior, según se detalla en el cuadro siguiente:



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



**Cuadro N° 10  
Multa re-calculada**

Multa calculada	Atenuantes			Reducción total	Multa re-calculada
	Nuevo Mercado	Las dos interpretaciones	Conducta procesal		
UIT	%	%	%	%	UIT
679,61	25	40	5	70	203,9

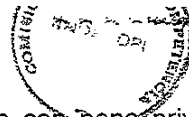
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

369. Cabe resaltar que la utilización del beneficio extraordinario que la empresa infractora esperaba obtener —producto de la realización de su conducta anticompetitiva— para efecto del cálculo de la multa, determina que se cumpla con la utilización de los criterios para la graduación de sanciones contenidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701. En efecto, el concepto de beneficio extraordinario utilizado incorpora, a efectos de determinar la sanción a imponer, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la conducta y su duración.
370. El artículo 23 del Decreto Legislativo 701 establece hasta tres niveles de infracciones: leves, graves y muy graves. La calificación de la infracción guarda relación con la cuantía de la sanción a imponer al infractor.
371. Sobre el particular, considerando el monto del beneficio esperado y los factores atenuantes, a criterio de esta Secretaría Técnica, el abuso de posición de dominio realizado por Fetrans debe ser calificado como una infracción leve de las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, conforme al artículo 23 de este cuerpo legal.
372. En conclusión, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión imponer a Fetrans una sanción equivalente a 203,9 UIT por la comisión de una infracción leve a las normas de defensa de la libre competencia.

## V. MEDIDAS CORRECTIVAS

373. Como se ha señalado, lo que constituye un abuso de posición de dominio no es el que Fetrans haya celebrado un contrato de arrendamiento sobre el Material con su empresa vinculada Perurail sino el haber utilizado dicho contrato como pretexto para negar el alquiler del Material a Fersimsac (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador), lo que significa que la empresa denunciada no implementó mecanismos que permitan a la empresa denunciante (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador) el acceso competitivo al Material.
374. A título de ejemplo, lo anterior se asemejaría al delito previsto en el artículo 127 del Código Penal, el cual prescribe que quien encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de terceros o se abstiene





de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa.

Será delito, por ejemplo, el que alguien encuentre a una persona herida en plena vía pública, víctima de un accidente de tránsito, y omita llevar al herido a un hospital o a una clínica o llamar por teléfono a los bomberos, al serenazgo o a la policía o acudir personalmente a los locales de estas entidades, etc.

En este ejemplo, el agente será procesado y eventualmente sancionado por haber omitido prestar auxilio a la persona en peligro a través del uso de un medio idóneo, como pudo haber sido cualquiera de las acciones descritas precedentemente.

El delito cometido por el agente es haber omitido prestar ayuda, mientras que el no haber llevado al herido a un hospital o a una clínica o no haber llamado por teléfono a los bomberos, al serenazgo o a la policía o no haber acudido personalmente a los locales de estas entidades, constituyen elementos de juicio que evidencian que la inacción del agente fue injustificada.

375. En el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC (en virtud del cual la Comisión decidió iniciar el presente procedimiento) esta Secretaría Técnica señaló una serie de alternativas que hubieran permitido acceder al Material a un potencial entrante a efectos de competir con Perurail en el mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO. Estas alternativas se observan en los siguientes cuadros:

**Cuadro N° 11**  
**Alquiler del material tractivo y rodante con un potencial entrante**

		Empresa Vinculada	Potencial Entrante	Modalidad
No participación del vinculado		0%	100%	A
Participación del vinculado	Licita	Todo	100% ó 0%	B
		Parte	50%	C
	Divide	50%	50%	D



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



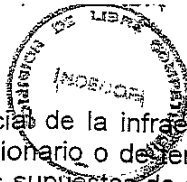
**Cuadro N° 12**  
**Alquiler del material tractivo y rodante con**  
**dos potenciales entrantes**

		Empresa Vinculada	Potencial Entrante 1	Potencial Entrante 2	Modalidad
No participación del vinculado		0%	50%	50%	E
Participación del vinculado	Licita				
	Todo	50% ó 0%	50% ó 0%	50% ó 0%	F
	Parte	50%	50% ó 0%	50% ó 0%	G
	Divide	33,3%	33,33%	33,3%	H

376. Dado que en opinión de esta Secretaría Técnica, Fetrans ha abusado de su posición de dominio al haber negado el acceso competitivo al Material a Fersimsac argumentando la existencia de un contrato de alquiler con su empresa vinculada Perurail, corresponde elaborar a continuación una propuesta de medida correctiva que implemente un mecanismo de acceso a competidores al Material con la finalidad de dotar mayor dinamismo al mercado en el segmento de transporte ferroviario de carga y pasajeros, conforme a la finalidad del proceso de concesión de los ferrocarriles en el Perú.
377. Sin embargo, conviene señalar previamente, que todo aquel que solicite el alquiler del Material otorgado en concesión deberá cumplir con todos los requisitos mínimos que le proporcionen seguridad a Fetrans respecto del adecuado uso del referido Material así como de los posibles daños que pudieran ocasionarse sobre la integridad física de terceros, a la infraestructura vial ferroviaria, al material tractivo y rodante de otros operadores y al propio Material concesionado. Al respecto, en la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión se señala que Fetrans sólo puede impedir el ingreso a la Línea Férrea de un operador ferroviario, entre otros motivos, cuando no cuente con lo seguros conforme a lo que disponga las leyes aplicables.
378. En ese sentido, conforme se ha señalado en el acápite 3.2.1 del presente informe, la norma aplicable es el Reglamento de Permiso de Operaciones, que establece que los operadores ferroviarios deben contratar los siguientes seguros a efectos de poder prestar los servicios de transporte ferroviario de carga y pasajeros:
- Cobertura de daños y perjuicios a terceros por un monto mínimo US\$ 5 000 000,00 (Cinco millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).







- b. Cobertura de todo riesgo por destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria, incluyendo la propiedad del concesionario o de terceros. Dicha cobertura deberá incluir, pero no limitarse, a los supuestos de destrucción a causa de desastres naturales, terrorismo o sabotaje y por un monto mínimo de US\$ 10 000 000,00 (Diez millones y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).
- c. En caso de prestar servicios de transporte de pasajeros, el operador deberá contratar, adicionalmente, pólizas por cobertura de daños a éstos, incluyendo lesiones, invalidez o muerte, por un monto mínimo de US\$ 20 000,00 (Veinte mil y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) por persona y por siniestro.

En todos los casos, el operador del servicio de transporte ferroviario deberá cuidar que las pólizas contengan estipulaciones que aseguren el pago de las indemnizaciones a favor de los eventuales afectados, sin que dicho pago se vea perjudicado en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, aun en el caso en el que existan discrepancias entre el operador y el concesionario respecto del siniestro ocurrido.

**(i) Negociación**

- 379. En primer lugar, en el supuesto de que ingrese al mercado un competidor con permiso de operación vigente para prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros y solicite el alquiler de parte del Material, los términos contractual del eventual arrendamiento deberán ser resultado de una libre negociación entre Fetrans y el operador solicitante del Material.
- 380. En un escenario de acceso competitivo al Material debe primar la autonomía privada y libre determinación entre la empresa concesionaria y el operador solicitante del Material para llegar a un acuerdo consensuado respecto de las condiciones de acceso, esto es, qué parte de Material será cedido en uso, el precio por la renta de alquiler del Material, el plazo del contrato de alquiler, los horarios de uso del alquiler (de ser el caso), entre otras condiciones. Obviamente, estas condiciones deben tener a la vista aquellas que rigen el acceso de Perurail; ello a fin de que al solicitante no se le dé un trato discriminatorio o inequitativo con relación a las condiciones de alquiler que regulan la relación entre Fetrans y su empresa vinculada. Las diferencias que existan deben estar basadas sólo en aspectos comerciales normales y razonables. Es sobre la existencia de estos aspectos de diferenciación y su tratamiento, que debe operar la libre negociación entre las partes.
- 381. No obstante ello, es un escenario bastante probable el que las partes no arriben a un acuerdo, por lo que resulta necesario proponer mecanismos alternativos de acceso al Material. Estos mecanismos se describen a continuación.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



**(ii) Arrendamiento del 50% del Material**

**(ii.1) Un operador de transporte ferroviario solicita el Material**

382. En el caso de que un operador solicitara el alquiler de la mitad del Material otorgado en concesión por parte del Estado peruano, Fetrans deberá armar dos paquetes lo más equitativo posible del referido Material. A efectos de evitar que Fetrans tenga el incentivo de armar dos paquetes relativamente disímiles con la finalidad de beneficiar a Perurail, el operador solicitante será quien elija el paquete que se le será adjudicado, mientras que Perurail se quedará con el otro paquete. Bajo este esquema Fetrans tendrá el incentivo de armar dos paquetes cualitativamente similares, toda vez que de lo contrario su operador vinculado podría verse desfavorecido en la adjudicación de Material (este esquema corresponde a la modalidad D del Cuadro N° 11 del presente informe).
383. El precio del alquiler de cada paquete del Material será igual al alquiler que en la actualidad Perurail paga a Fetrans, conservando las condiciones contractuales vigentes, es decir, el pago de una renta variable dependiendo del recorrido del Material, salvo un cambio de condiciones equitativo a discreción del arrendador (v.g. una renta fija independientemente del recorrido). Además del pago de una renta (fija o variable), se pagará respecto de cada paquete y en igualdad de condiciones un porcentaje fijo ponderado que permita a Fetrans recuperar la inversión en mejoras efectuadas al Material.

Mediante el sistema propuesto lo que se pretende es evitar que Fetrans tenga incentivos para fijar precios prohibitivos por el alquiler de Material, de manera tal que impida el acceso al operador entrante. Además, en tanto el 50% del alquiler va al Estado, Fetrans no tendrá incentivos para inflar el costo de las mejoras.

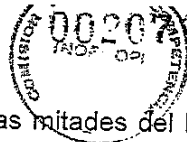
Toda variación que Fetrans y Perurail hagan en el futuro sobre el precio de alquiler del Material será ineficaz respecto de esta propuesta de medida correctiva, salvo la conversión de una renta variable en fija. Lo que se pretende evitar es que luego de tomar conocimiento del contenido de esta propuesta, Fetrans y Perurail modifiquen las condiciones contractuales que rigen el alquiler del Material con el propósito elevar los precios a un nivel prohibitivo de acceso.

384. Bajo este esquema no sería equitativo que Perurail o el operador solicitante pretendan que se les adjudique en alquiler más del 50% del Material.
385. Finalmente, los contratos de alquiler para ambas empresas tendrán una vigencia máxima de un año. Podrá ser renovados sucesivamente salvo que se presente otro potencial operador, supuesto en el cual registrará la medida correctiva que se describe a continuación.

**(ii.2) Dos o más operadores de transporte ferroviario solicitan el Material**

386. En el supuesto de que más de un operador solicite el alquiler de la mitad del Material, al igual que en el caso anterior, el concesionario deberá armar dos paquetes lo más equitativo posible del Material. En este esquema, los operadores no vinculados que concurren por el alquiler del Material competirán





en una subasta a efectos de adjudicarse una de las mitades del Material<sup>222</sup>. La otra mitad permanecerá en posesión de Perurail para su operación en el FSO (este esquema corresponde a la modalidad G del Cuadro N° 12 del presente informe).

387. El precio base del alquiler del Material estará compuesto de dos factores. El primero, el alquiler que en la actualidad Perurail paga a Fetrans, conservando las condiciones contractuales vigentes, es decir, el pago de una renta variable dependiendo del recorrido del Material, salvo un cambio de condiciones equitativo a discreción del arrendador (v.g. una renta fija independientemente del recorrido)<sup>223</sup>. El segundo, un porcentaje fijo ponderado —respecto de cada paquete y en igualdad de condiciones— que permita a Fetrans recuperar la inversión en mejoras efectuadas al Material. Sobre la base de este precio compuesto por la renta (fija o variable) y la recuperación de las mejoras, aquel operador que ofrezca pagar la suma adicional mayor por la mitad de Material sujeta a subasta será el adjudicatario.

La renta que finalmente pague Perurail por el alquiler por el otro paquete dependerá del precio ofrecido por los operadores entrantes en competencia. Es decir, Perurail pagará a Fetrans el mayor monto ofrecido en la puja de los dos o más potenciales competidores. Así, tanto el ganador de la subasta como Perurail pagarán una suma idéntica por concepto de alquiler.

388. La eficiencia que genera este modelo consiste en que el Material se asignará al operador entrante que valore más su uso. Asimismo, este esquema permitirá contar con un precio de mercado respecto del alquiler del Material que podría servir en concursos posteriores, en la medida que es producto de la competencia entre los operadores entrantes. Finalmente, este mecanismo representará un mayor ingreso para el Estado en términos de Retribución Especial pagado por Fetrans por concepto de explotación del íntegro del Material otorgado en concesión, toda vez que es bastante probable que el precio competitivo sea mayor que el precio referencial contenido en el contenido en el contrato de alquiler de Material vigente suscrito entre Fetrans y su vinculada Perurail.
389. Los contratos de alquiler de Perurail y de la empresa adjudicataria tendrán una vigencia máxima de un año. Podrán ser renovados sucesivamente salvo que se presente otro potencial operador, supuesto en el cual regirá nuevamente la presente medida correctiva. En la subasta pueden presentarse dos o más empresas, pero sólo a una se adjudicará una de las mitades del Material conforme a los criterios antes expuestos.

<sup>222</sup> Cabe señalar que cada potencial operador pujará por la mitad de Material que seleccione, independientemente que sean las mismas, pero sólo se adjudicará una de ellas, esto es, aquella que sea objeto de un mayor oferta.

<sup>223</sup> Toda variación que Fetrans y Perurail hagan en el futuro sobre el precio de alquiler del Material será ineficaz respecto de esta propuesta de medida correctiva, salvo la conversión de una renta variable en fija. Lo que se pretende evitar es que luego de tomar conocimiento del contenido de esta propuesta, Fetrans y Perurail modifiquen las condiciones contractuales que rigen el alquiler del Material con el propósito elevar los precios a un nivel prohibitivo de acceso.





**(iii) Arrendamiento de menos del 50% del Material**

390. Este es un supuesto bastante complicado, pues debería diseñarse un mecanismo que permita separar el 10%, 20%, 30% ó 40% del Material. Adicionalmente, deberían existir estudios técnicos previos que identifiquen hasta qué punto puede desagregarse el Material. En atención a ello, esta Secretaría Técnica descarta aconsejar la implementación de una medida correctiva sobre la base de que un potencial operador solicite menos del 50% del Material.

**(iv) Conclusión de la presente sección**

391. Esta Secretaría Técnica es consciente que las medidas correctivas expuestas podrían adolecer de fallas o defectos, lo cual reflejaría no otra cosa que las limitaciones de la agencia de competencia para asumir funciones regulatorias. Lo que se propone con las medidas correctivas expuestas es minimizar en lo posible los efectos adversos de la barrera de entrada al mercado de operadores competidores en el servicio de transporte ferroviario en el FSO, dada la imposibilidad de eliminarla por completo.

392. Para eliminar por completo la barrera de entrada al mercado tendría que procederse a adjudicar el íntegro del Material a dos o más operadores no vinculados a Fetrans. En otras palabras, debería procederse a una verdadera segmentación del mercado de modo que quien opere la infraestructura ferroviaria no esté relacionado con ninguno de los operadores independientes que compiten en el segmento de transporte ferroviario. Sin embargo, ello implicaría modificar el Contrato de Concesión, lo cual no es posible si se trata de un contrato ley.

393. En definitiva, los mecanismos propuestos como medidas correctivas sólo constituyen un segundo mejor respecto de una óptima asignación del Material dado en concesión. Siempre será el mercado, a través de la competencia, el que puede asignar de la manera más eficiente los recursos siempre escasos, logrando con ello que las eficiencias asignativas, productivas e innovativas permitan maximizar el bienestar de los consumidores.

**VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES**

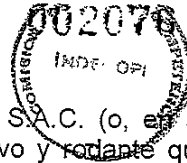
Sobre la base del análisis realizado en el presente informe, esta Secretaría Técnica arriba a las siguientes conclusiones:

- (i) Ferrocarril Transandino S.A. ostentó posición de dominio en el año 2003 en el mercado de servicios de arrendamiento o alquiler del material tractivo y rodante concesionado a costo cero a su favor por parte del Estado peruano para que otras empresas (incluyendo a su empresa vinculada) operen en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril del Sur – Oriente. Dicha posición de dominio la ostentó con anterioridad a dicho año y aún la mantiene.
- (ii) Ferrocarril Transandino S.A. abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato (o trato discriminatorio) de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, al negarse a



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

ndecopi



arrendar a Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador) el material tractivo y rodante que recibió a costo cero del Estado peruano, utilizando como pretexto que dicho material ya se encontraba arrendado a Perurail S.A., empresa con la cual conforma un grupo económico; lo que constituye una infracción leve a las normas de defensa de la libre competencia conforme lo prescribe el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

- (iii) Por lo tanto, se recomienda a la Comisión de Libre Competencia declarar fundada la denuncia incoada de oficio y presentada de parte por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y, en consecuencia, imponer a Ferrocarril Transandino S.A. por cometer una infracción leve una sanción equivalente a doscientas y tres coma nueve Unidades Impositivas Tributarias (203,9 UIT), de acuerdo a los considerandos señalados en el acápite IV del presente informe.
- (iv) Asimismo, se recomienda a la Comisión de Libre Competencia dictar las medidas correctivas señaladas en el acápite V del presente informe.

Es todo cuanto se tiene que informar.

Atentamente,

**Hugo Gómez Apac**  
Secretario Técnico  
Comisión de Libre Competencia



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

130/130

Anexo N° 1

**Material Tractivo y Rodante otorgado en Concesión  
para operar en el FSO**

**I. Parque Rodante**

1.1. Coches

**Cuadro N° 1**

Descripción	Fabric	Uso	Capac.P asaj	Año Fabric.	Cant Total
Inka	Rumano	Pasaj	56	1962	6
Pullman	Rumano	Pasaj	60	1975	8
Primera	Japón	Pasaj	68	1975	12
Segunda	Japón	Pasaj	72	1975	7
<b>Total</b>					<b>33</b>

1.2. Vagones

**Cuadro N° 2**

Descripción	Fabri	Uso	Capac. Tons	Año Fabric	Total
Bodega	Rumano	Carga	40	1973	9
Bodega	Rumano	Carga	40	1982	9
Bodega	Rumano	Carga	50	1962	8
<b>Sub-Total</b>					<b>26</b>
Tolva	Alemania	Carga	20	1920	5
Tolva	Alemania	Carga	20	1963	3
Tolva	Alemania	Carga	20	1930	1
<b>Sub-Total</b>					<b>9</b>
Plano	Osaka	Carga	30	1963	21
<b>Sub-Total</b>					<b>21</b>
Tanques	USA	Carga	3405 glm	1920	1
Tanques	USA	Carga	5068 glm	1920	1
Tanques	USA	Carga	6867 glm	1962	2
<b>Sub-Total</b>					<b>4</b>
Jaula	Osaka	Carga	25	1962	6
Equipaje	Osaka	Carga	30	1962	2
Equipaje	Osaka	Carga	30	1962	2
<b>Sub-Total</b>					<b>10</b>
<b>Total</b>					<b>70</b>



II. Parque Tractivo

2.1. Locomotoras



Cuadro N° 3

N° Loc	Marca	H.P.	Año Fabri.	Uso
481	Alco	1,200	1967	Lin. Principal
482	Alco	1,200	1967	Lin. Principal
484	MLW	1,200	1967	Lin. Principal
487	Alco	1,200	1964	Lin. Principal
356	MLW Ind	1,200	1964	Lin. Principal
995	Hensen Sohn	600	1951	Turístico
<b>6 Locomotoras</b>				

2.2. Autovagones

Cuadro N° 4

N° Auto	Marca	H.P.	Año Fabri.	Uso
216	Ferrostal	310	1965	Lin. Principal
217	Ferrostal	310	1965	Lin. Principal
220	Macosa	310	1986	Lin. Principal
221	Macosa	310	1986	Lin. Principal
222	Macosa	310	1986	Lin. Principal
223	Macosa	310	1986	Lin. Principal
224	Macosa	310	1986	Lin. Principal
225	Macosa	310	1986	Lin. Principal
<b>8 Autovagones</b>				

2.3. Autovías

Cuadro N° 5

N° Loc	Marca	H.P.	Año Fabri.	Uso
154	Autocarriles Fab. Wickham CO.	82	1987	Lin. Principal
284	Motor Perkin Tipo C4-236	82	1989	Lin. Principal
285	Motor Perkin Tipo C4-237	82	1989	Lin. Principal
286	Motor Perkin Tipo C4-238	82	1987	Lin. Principal
287	Autovía N° 287	82	1998	Lin. Principal
288	Autovía N° 288	82	1998	Lin. Principal
289	Autovía N° 289	82	1998	Lin. Principal
<b>7 Locomotoras</b>				



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

## Anexo N° 2

1. Mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN del 1 de agosto de 2003 Ositran puso en conocimiento del Indecopi los informes números 074-03-GS-03-OSITRAN, 177-03-GS-C3-OSITRAN y 019-03-GAL-OSITRAN para que este organismo analice y realice las investigaciones pertinentes con la finalidad de determinar una posible infracción a las normas de libre competencia<sup>1</sup> por parte de Fetrans.
2. Mediante Oficio N° 080-2003/CLC-INDECOPI del 3 de setiembre de 2003 esta Secretaría Técnica solicitó al Ositran copia de los siguientes documentos:
  - (i) Resolución N° 003-2003-CD-OSITRAN
  - (ii) Resolución N° 004-2003-CD-OSITRAN
  - (iii) Informe N° 165-2003-GS-C3-OSITRAN
3. Mediante Oficio N° 081-2003/CLC-INDECOPI del 2 de setiembre de 2003 esta Secretaría Técnica solicitó al Vice-Ministerio de Transportes del MTC, copia de los siguientes documentos:
  - (i) Reglamento que regula los procedimientos para el otorgamiento de permisos de operación del servicio de transportes ferroviario, aprobado por Decreto Supremo 027-99-MTC.
  - (ii) Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14.
  - (iii) Resolución Directoral N° 016-2003-MTC/14.
  - (iv) Resolución Directoral N° 034-2003-MTC/14.
  - (v) Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14.
  - (vi) Resolución Vice Ministerial N° 275-2003-MTC/02.
  - (vii) Las Cartas números 140 y 146-GL-2003/FETRANS remitidas por Fetrans.
  - (viii) Las Cartas números GG/GG-058-FC.Santuario 2003 y GG/GG-063-FC.Santuario 2003 remitidas por Fersimsac.
4. En respuesta a las comunicaciones antes señaladas, mediante Oficios números 583-03-GS-C3-OSITRAN y 950-2003/MTC.14 del 8 de setiembre de 2003 Ositran y el MTC, respectivamente, remitieron lo solicitado. Asimismo, Ositran adicionó a su comunicación la Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14 y la Resolución Vice-Ministerial N° 275-2003-MTC/02<sup>2</sup>.
5. Mediante Oficio N° 1074-2003-MTC/14 del 30 de setiembre de 2003 el Director General de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC solicitó al Indecopi se pronuncie respecto de la posible infracción a las normas de libre competencia en la que habría incurrido Fetrans, y que habría sido puesto en conocimiento de este organismo por parte del Ositran.

<sup>1</sup> Según la evaluación efectuada por Ositran se podría haber configurado un abuso de posición de dominio de Fetrans en contra de Fersimsac.

<sup>2</sup> Dichas resoluciones están referidas a la caducidad del permiso de operación ferroviaria que le fue otorgado a FERSIMSAC.





6. Mediante Oficio N° 476-03-GG-OSITRAN del 13 de octubre de 2003 el Ositran remitió al Indecopi una Ayuda Memoria reseñando los hechos referidos a la posible realización de una infracción a las normas de libre competencia por parte de Fetrans.
7. Con la finalidad de obtener mayores elementos de juicio que permitan una adecuada evaluación del desarrollo comercial del mercado del transporte ferroviario, la Secretaría Técnica, mediante Cartas números 239-2003/CLC-INDECOPI y 240-2003/CLC-INDECOPI del 4 de noviembre de 2003, solicitó a Fetrans y Perurail, respectivamente, información sobre su desempeño comercial<sup>3</sup> así como sostener una entrevistas con cada una de ellas.
8. En respuesta a lo solicitado en las cartas del numeral anterior, mediante cartas del 11 y 18 de noviembre de 2003 Fetrans y Perurail, respectivamente, argumentaron no tener obligación de atender los requerimientos de información realizados por la Secretaría Técnica, aduciendo que no es el organismo competente en la regulación del mercado de infraestructura de transporte ferroviario.
9. Mediante Carta N° 244-2003/CLC-INDECOPI del 24 de noviembre de 2003 la Secretaría Técnica informó a Fetrans sobre su competencia para solicitarle información y le reiteró el pedido bajo apercibimiento de que la Comisión le imponga la multa establecida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.
10. El 28 de noviembre de 2003, mediante Carta N° 261-GL-2003/FETRANS, Fetrans dio respuesta al requerimiento de información previamente señalado y confirmó su asistencia a la reunión solicitada por la Secretaría Técnica<sup>4</sup>.
11. Mediante Oficio N° 004-2004/CLC-INDECOPI del 8 de enero de 2004 se solicitó al Ositran información adicional respecto del uso del material tractivo y rodante.
12. En el mismo sentido de la comunicación remitida a Fetrans, mediante Carta N° 007-2004/CLC-INDECOPI del 8 de enero de 2004 se informó a Perurail sobre la competencia de esta Secretaría Técnica para solicitarle información<sup>5</sup> y se le reiteró el pedido bajo apercibimiento de que la Comisión le imponga la multa establecida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.
13. Mediante Carta N° 002-GL-2003/PR del 22 de enero de 2004 Perurail absolvió el pedido de información antes realizado, adicionando información que consideraba necesaria para enfocar adecuadamente el tema del uso del material tractivo y rodante en el FSO.
14. Mediante Oficio N° 081-04-GS-OSITRAN del 28 de enero de 2004 Ositran dio respuesta al pedido de información realizado mediante Oficio N° 004-

<sup>3</sup> Se solicitó a Fetrans copia de sus contratos con Perurail, y a Perurail información sobre el uso del material tractivo y rodante.

<sup>4</sup> Reunión que se llevó a cabo el 1 de diciembre de 2003 en las instalaciones del Indecopi .

<sup>5</sup> Carta N° 240-2003/CLC-INDECOPI del 4 de noviembre de 2003.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

2004/CLC-INDECOPI, señalando que no le ha sido posible conseguir la información requerida por no haber sido atendidas las consultas realizadas.

15. La Secretaría Técnica, con la finalidad de ampliar su conocimiento respecto del transporte ferroviario en el Perú, solicitó a Perurail mediante Carta N° 079-2004/CLC-INDECOPI del 19 de febrero de 2004 diversa información comercial; requerimiento que fue absuelto mediante Carta N° 55-GL-2004/FETRANS del 15 de marzo de 2004.
16. Mediante Carta No. 173-2004/CLC-INDECOPI del 1 de abril de 2004 esta Secretaría Técnica solicitó a Perurail la ampliación de la información remitida por ésta, requerimiento que fue absuelto mediante Carta N° 11-GL-2004/PR del 23 de abril de 2004.
17. Por medio del Oficio N° 295-04-GS-C-OSITRAN del 22 de abril de 2004, dicho organismo solicitó a Indecopi una opinión técnica sobre el caso de la presunta infracción a las normas de libre competencia por parte de Fetrans.
18. En respuesta a la comunicación anterior, la Secretaría Técnica emitió el Oficio N° 022-2004/CLC-INDECOPI del 30 de abril de 2004 indicando al Ositran el estado de la investigación preliminar iniciada como consecuencia de su requerimiento, adjuntando para ello, la relación de comunicaciones cursadas hasta ese momento entre la Secretaría Técnica y los diversos agentes involucrados.
19. Mediante Carta N° 204-2004/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2004 la Secretaría Técnica solicitó a Fersimsac proporcionar toda comunicación cursada entre su empresa y las empresas Fetrans y Perurail desde el año 2002.
20. El 5 de mayo de 2004 Fersimsac dio respuesta al requerimiento de información realizado mediante Carta N° 204-2004/CLC-INDECOPI.
21. Con la finalidad de obtener un mayor conocimiento del mercado de transporte ferroviario, y con ello mayores elementos de juicio, la Secretaría Técnica solicitó a Fersimsac, mediante Carta N° 215-2004/CLC-INDECOPI del 12 de mayo de 2004, proporcionar información del mercado de transporte ferroviario y copia de todos los documentos que den cuenta de las reuniones sostenidas con Fetrans.
22. En respuesta a la comunicación anterior, mediante Carta GG/GG-007-FC.Santuario 2004 del 25 de mayo de 2004 Fersimsac envió la información previamente requerida, solicitando que parte de ella sea mantenida bajo reserva pues contendría secretos comerciales e industriales de la empresa.
23. Mediante Carta GG/GG-09-FC.Santuario 2004 del 3 de junio de 2004, Fersimsac hizo una corrección a la información remitida mediante Carta GG/GG-007-FC.Santuario 2004.
24. Mediante Carta N° 266-2004/CLC-INDECOPI del 16 de junio de 2004 esta Secretaría Técnica solicitó a Fersimsac copia de un sistema de cálculo de flujo económico de su empresa.





25. Dicho requerimiento fue absuelto por Fersimsac mediante Carta GG/GG-013-FC.Santuario 2004 del 24 de junio de 2004, solicitando a la vez que se mantenga bajo reserva por constituir secreto comercial.
26. Por medio del Memorándum N° 085-2004/GEE del 3 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos de Indecopi remitió a la Secretaría Técnica copias de sus comunicaciones cursadas con Perurail, las mismas que se detallan a continuación:

Carta N°	Asunto	Fecha de recepción
Carta N°010-2004/GEE-INDECOPI	Se solicita a la empresa Perurail S.A. una entrevista.	26-04-04
Carta N° 012-2004/GEE-INDECOPI	Se remite un cuestionario sobre el mercado de transporte ferroviario y se solicita una segunda reunión.	07-05-04
Carta N° 13-GL-2004/PR	Confirma la realización de la reunión y solicita que la información que entregará posteriormente sea tratada como información confidencial.	13-05-04
Carta N° 15-GL-2004/PR	Da respuesta al cuestionario.	21-05-04
Carta N°014-2004/GEE-INDECOPI	Se remite un segundo cuestionario sobre el mercado de transporte ferroviario y se solicita una segunda reunión.	25-05-04
Carta N°22-GL-2004/PERURAIL	Da respuesta al segundo cuestionario.	01-07-04

27. Finalmente, mediante Memorándum N°094-2004/GEE del 17 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi remitió a esta Secretaría Técnica los originales de las comunicaciones cursadas por Perurail que se enunciaron en el cuadro anterior.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

Anexo N° 3

Actuaciones en el Expediente números 010 y 012-2004/CLC (acumulados)

1. Mediante escrito del 16 de febrero de 2005 Fetrans solicitó a esta Secretaría Técnica se sirva a coordinar una entrevista con funcionarios de la GEE a efectos de que absuelvan algunas consultas respecto del Informe N° 055-2004/GEE.
2. Mediante Carta N° 055-2005/CLC-INDECOPI del 24 de febrero de 2005 se comunicó a Fetrans que la reunión solicitada con los funcionarios de la GEE se realizaría el 18 de marzo de 2005. La reunión no se llegó a concretar previa coordinación con los representantes de Fetrans.
3. El 10 de marzo de 2005, mediante Oficio N° 014-2005/CLC-INDECOPI la Secretaría Técnica solicitó al señor Patrick Barcklay, Ex – Presidente del Comité Especial de Privatización de la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (CEPRI – ENAFER), se sirva absolver un cuestionario relacionado a los pagos y los mecanismos de retribución a favor del Estado, operados en virtud del Contrato de Concesión.
4. Mediante escrito del 23 de marzo de 2005 Fetrans remitió una copia legalizada notarialmente de un “memorando” remitido por la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (en lo sucesivo, la ALF), dando respuesta a las consultas formuladas por la empresa denunciada respecto de la posibilidad de realizar la conversión de material tractivo y rodante y la disponibilidad del referido material en la región.
5. Mediante Oficio N° 096-2005/DE-LEG/PROINVERSION del 23 de marzo de 2005 el Director Ejecutivo de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION, señor René Cornejo Díaz, comunicó a esta Secretaría Técnica que se había dispuesto que se prepare y se remita a la brevedad la información requerida al señor Patrick Barcklay mediante Oficio N° 014-2005/CLC-INDECOPI.
6. Mediante Carta N° 086-2005/CLC-INDECOPI del 6 de abril de 2005 esta Secretaría Técnica citó a los representantes de Fetrans a una entrevista que se realizaría el 11 de abril de 2005. La entrevista se realizó en la fecha señalada, participando, por un lado, los funcionarios de la GEE y de la Secretaría Técnica y, por el otro, representantes de Fetrans, acompañados por sus abogados externos y asesores de Apoyo Consultoría S.A.C.
7. Mediante Cartas números 091 y 092-2005/CLC-INDECOPI recibidas el 12 y 15 de abril de 2005, respectivamente, esta Secretaría Técnica requirió al señor Nicholas Asheshov (en adelante, señor Asheshov), Ex - Presidente del Comité Ejecutivo Urubamba Incaland Hotel, que proporcione todo contrato o adenda que hayan sido suscritos entre Fetrans o Perurail y cualquier empresa en la que dicho señor sea socio, directivo y/o gerente.
8. Mediante Carta N° 098-2005/CLC-INDECOPI del 20 de abril de 2005 se citó a Fetrans a una entrevista con funcionarios de la Secretaría Técnica la cual se llevaría a cabo el 25 de abril de 2005. En dicha comunicación se requirió



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

expresamente la presencia de funcionarios que conociesen la política de costos y financiamiento de la empresa, así como la conformación y división del Consorcio Ferrocarriles del Perú, adjudicatario de la concesión.

La entrevista se realizó en el día señalado por la Secretaría Técnica.

9. Mediante Oficio N° 028-2005/CLC-INDECOPI del 20 de abril de 2005 este órgano instructor solicitó al Director Ejecutivo de PROINVERSION que se sirvan proporcionar la información ofrecida mediante Oficio N° 096-2005/DE-LEG/PROINVERSION del 23 de marzo de 2005.
10. Mediante escrito del 21 de abril de 2005 Fetrans solicitó a la Secretaría Técnica que se sirva prorrogar la entrevista fijada para el 25 de abril de 2005 mediante Carta N° 098-2005/CLC-INDECOPI.
11. Mediante escrito del 22 de abril de 2005 el señor Enrique Delgado dio respuesta al requerimiento de la Secretaría Técnica formulado mediante Cartas números 091 y 092-2005/CLC-INDECOPI. Ello por encargo de la señora María del Carmen Leiva, representante legal de Inversiones Urubamba S.A., empresa propietaria del Hotel Incaland.
12. El 26 de abril y 2 de mayo de 2005 por medio de las Cartas números 108 y 109-2005/CLC-INDECOPI esta Secretaría Técnica reiteró a los representantes de Inversiones Urubamba S.A. que cumplieran con remitir todo contrato o adenda que hayan sido suscritos entre Fetrans o Perurail y cualquier empresa donde dicho señor sea (o haya sido) socio, directivo y/o gerente.
13. Mediante Carta N° 114-2005/CLC-INDECOPI del 28 de abril de 2005 este órgano instructor prorrogó para el 4 de mayo de 2005, la entrevista descrita en el punto 23 del presente informe.
14. Mediante Oficio N° 030-2005/CLC-INDECOPI del 29 de abril de 2005 esta Secretaría Técnica solicitó al Ositrans se sirva proporcionar información relativa al pago de las retribuciones principales y especiales a cargo de Fetrans. Asimismo, solicitó información respecto a si la empresa concesionaria del FSO había optado por acogerse a la liberación de pagos de las referidas retribuciones conforme a lo estipulado en el numeral 10.1 de la cláusula décima del Contrato de Concesión.
15. El 3 de mayo de 2005, mediante Oficio 143/2005 /DE-LEG/PROINVERSION, el Director Ejecutivo de PROINVERSION absolvió la solicitud de información efectuada por esta Secretaría Técnica mediante Oficio 028-2005/CLC-INDECOPI.
16. El 4 de mayo de 2005 se llevó a cabo la reunión prevista entre funcionarios de la Secretaría Técnica y de Fetrans.
17. Mediante Oficio N° 032-2005/CLC-INDECOPI este órgano instructor solicitó a la Dirección de Caminos y Ferrocarriles del MTC información diversa referida a un eventual proyecto de modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro.





18. El 11 de mayo de 2005, mediante Oficio N° 340-05-GS-OSITRAN, el Ositran remitió a la Secretaría Técnica la información solicitada mediante Oficio N° 030-2005/CLC-INDECOPI.
19. El 11 de mayo de 2005 el representante de Inversiones Urubamba S.A. dio respuesta al requerimiento de la Secretaría Técnica formulado mediante Cartas números 108 y 109-2005/CLC-INDECOPI. En dicho escrito la referida empresa se negó a proporcionar determinada información a este órgano instructor.
20. Mediante Carta números 129 y 130-2005/CLC-INDECOPI del 13 de mayo de 2005 esta Secretaría Técnica requirió a Perurail y Fetrans, respectivamente, proporcionen información relativa a su composición accionaria, así como de sus accionistas, gerentes y directores, en caso de ser personas jurídicas, en el periodo comprendido desde la fecha de cierre del Contrato de Concesión hasta la actualidad.
21. Mediante correo electrónico del 17 de mayo de 2005 el Jefe de la Oficina Desconcentrada del Indecopi – Cusco remitió a esta Secretaría Técnica un archivo conteniendo el cargo de recepción "scaneado" de la Carta N° 132-2005/CLC-INDECOPI notificada el 17 de mayo de 2005 a la señora María del Carmen Leiva, Representante Legal de Inversiones Urubamba S.A., por medio de la cual se le requirió que proporcione los documentos señalados en su escrito del 22 de abril de 2005.
22. Mediante Carta N° 133-2005/CLC-INDECOPI del 18 de mayo de 2005 este órgano instructor requirió a Perurail proporcione todo contrato y adendas que haya suscrito con la empresa Inversiones Urubamba S.A. u otra personas natural o jurídica que ejerza o haya ejercido la administración del Hotel Incaland.
23. Mediante Carta N° 134-2005/CLC-INDECOPI del 18 de mayo de 2005 esta Secretaría Técnica le requirió a Fetrans proporcione sus estados financieros correspondiente a los años 2003 y 2004.
24. El 18 de mayo de 2005 Perurail y Fetrans solicitaron a la Secretaría Técnica una prórroga de tres (3) días hábiles para cumplir con los requerimientos de información formulados mediante Cartas números 129 y 130-2005/CLC-INDECOPI, respectivamente.
25. El 20 de mayo de 2005 Fetrans cumplió con el requerimiento de información formulado por este órgano instructor mediante Carta 134-2005/CLC-INDECOPI, adjuntando copia de sus estados financieros correspondiente a los años 2003 y 2004. Sobre el particular, Fetrans solicitó a la Comisión que declare la confidencialidad de la información proporcionada.
26. Mediante escrito del 20 de mayo de 2005 Perurail cumplió con el requerimiento de información formulado por esta Secretaría Técnica mediante Carta N° 133-2005/CLC-INDECOPI, adjuntando copia de un contrato privado (y una adenda) celebrado entre la referida empresa e Inversiones Urubamba S.A. Al respecto, Perurail solicitó a la Comisión que declare la confidencialidad de la información contenida en el referido contrato.





27. Mediante escrito del 23 de mayo de 2005 Fetrans y Perurail cumplieron con el requerimiento de información formulado por la Secretaría Técnica mediante Cartas números 129 y 130-2005/CLC-INDECOPI del 13 de mayo de 2005. En este sentido, adjuntaron información respecto a la composición accionaria de dichas empresas, así como un listado con los nombres de sus directores y gerentes.
28. Mediante Oficio N° 035-2005/CLC-INDECOPI del 25 de mayo de 2005 esta Secretaría Técnica solicitó al señor Jorge León Ballén, Director Ejecutivo Adjunto de Proinversión, que se sirva informar respecto de la veracidad de un posible ingreso de un nuevo operador de transporte ferroviario de carga y/o pasajeros en el FSO.
29. El 30 de mayo de 2005 mediante Memorandum N° 282-2005/SDD-INDECOPI-CUS, el señor Marco Marroquín Muñiz, Jefe de la Oficina Desconcentrada del Indecopi – Cusco remitió copia del cargo de recepción Carta N° 132-2005/CLC-INDECOPI del 17 de mayo de 2005. En virtud de la referida comunicación, este órgano instructor requirió a los representantes legales de la empresa Inversiones Urubamba S.A. que remitieran los documentos señalados en su carta del 22 de abril de 2005.
30. Mediante Carta N° 151 y 152-2005/CLC-INDECOPI del 30 de mayo de 2005 esta Secretaría Técnica le requirió a Perurail y Fetrans el número de acciones o porcentaje de participación accionaria de sus accionistas. Asimismo, en caso de que algunos de sus accionistas fueran personas jurídicas se solicitó el número de acciones o porcentaje de participación accionaria de los accionistas de ésta.
31. Mediante escritos del 1 de junio de 2005 Perurail y Fetrans cumplieron con el requerimiento de información formulado mediante las cartas mencionadas en el párrafo anterior.
32. El 1 de junio de 2005 Fetrans remitió un escrito adjuntando el informe elaborado por la firma Apoyo Consultoría S.A.C. denominado "Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas".
33. Mediante Carta N° 155 y 156-2005/CLC-INDECOPI del 2 de junio de 2005 este órgano instructor requirió a Perurail y Fetrans que proporcionen información sobre las inversiones que hayan realizado en el periodo 2001 – 2004 a efectos de poner en operación, remodelar o realizar cualquier otra mejora sobre el Material concesionado.
34. Mediante escritos del 6 de junio de 2005 Perurail y Fetrans solicitaron a la Secretaría Técnica un plazo ampliatorio de veinte (20) días hábiles a efectos de cumplir con el requerimiento señalado en el párrafo anterior.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2008 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



I. El proceso competitivo

1. En un mercado competitivo<sup>1</sup>, basado en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, las decisiones de cómo, qué y para quién producir se determinan de manera espontánea en función de las decisiones atomizadas de productores<sup>2</sup> y consumidores<sup>3</sup>. Dichas decisiones determinan que las inversiones de los primeros estén dirigidas a obtener la preferencia de los segundos. De esta manera, los productores maximizan sus ganancias ofreciendo en el mercado productos y servicios a precios y calidades que satisfacen la demanda de los consumidores. Por su parte, los consumidores asignan eficientemente sus recursos al consumir productos a precios iguales o inferiores a la disposición a pagar que cada uno de ellos tiene respecto a los mismos y en la calidad y variedad deseada.
2. Como parte del proceso competitivo, las empresas pugnarán por reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Resultado de este proceso las empresas eficientes, con precios bajos y con calidades y variedades que satisfacen a los consumidores, obtendrán las preferencias de éstos permaneciendo en el mercado.
3. En particular, el proceso competitivo determinará que los precios de los productos estén cercanos a sus costos, dado que, de existir una industria cuyas empresas poseen ganancias extraordinarias<sup>4</sup>, tal hecho atraerá a nuevas empresas a ingresar al mercado con el objeto de obtener ganancias similares, presionando los precios de la industria a la baja, a través de la competencia. Como parte de este proceso se llegará a un equilibrio competitivo cuando los costos de producción se minimicen y los precios se encuentren cercanos a dichos costos. Como se ha señalado:

*En el análisis tradicional de los mercados que realizan los economistas, donde se compran y venden productos, la competencia ocasiona que los precios se reduzcan hasta el costo de producción, incluyendo las ganancias normales. Esto ocurre debido a que si los precios exceden los*

<sup>1</sup> Al analizar el comportamiento de los mercados, la teoría económica parte del modelo de competencia perfecta en el que se asume la presencia de muchos productores y consumidores, información perfecta, costos de transacción cercanos o iguales a cero, ausencia de barreras de entrada, entre otros. Si bien resulta difícil encontrar en la realidad mercados en competencia perfecta, debido tanto a factores históricos como a la usual presencia de fallas de mercado (tales como monopolios naturales, asimetrías de información, bienes públicos, externalidades, entre otros), dicho modelo resulta útil para predecir las consecuencias de determinados eventos sobre el bienestar de la sociedad. Las normas de libre competencia tienen como objetivo preservar y promover la tendencia de los mercados a los resultados predichos por el modelo de competencia perfecta.

<sup>2</sup> Entiéndase por "productores" a aquellos agentes económicos proveedores de productos y/o servicios.

<sup>3</sup> Entiéndase por "consumidores" a aquellos agentes económicos destinatarios finales de productos y/o servicios.

<sup>4</sup> Son ganancias extraordinarias aquellas obtenidas por encima del nivel de ganancias normales que se obtendría en un escenario competitivo.



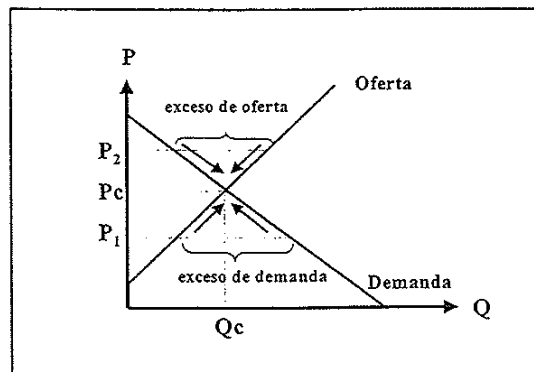




costos, las inusuales ganancias provenientes de la venta de unidades adicionales motivarían a los competidores a disminuir un poco sus precios con la intención de atraer a los clientes de otros productores. La presión competitiva sobre los precios continuaría hasta que los mismos se equiparen a los costos. Esta tendencia a la igualdad entre precios y costos explica por qué los economistas concluyen que la competencia es eficiente<sup>5</sup>.

4. En un esquema simple de interacción de oferta y demanda (ver el Gráfico N° 1) se llegaría a un equilibrio competitivo cuando ambas curvas, la curva de oferta<sup>6</sup> y la curva de demanda<sup>7</sup>, formen una intersección. En dicho punto la cantidad que desean adquirir los consumidores será exactamente igual a la que desean vender los productores. En dicho punto se encontrarán el precio (eje vertical) y la cantidad (eje horizontal) de equilibrio competitivo ( $P_c$  y  $Q_c$  respectivamente).
5. Si ocurriese que el precio ( $P_2$ ) en determinado mercado se sitúa por encima del precio de equilibrio competitivo se produciría un exceso de oferta (o excedente), la acumulación de productos en poder de los ofertantes y la limitada cantidad de demandantes presionará el precio hacia la baja. Si ocurriese que el precio ( $P_1$ ) en determinado mercado se sitúa por debajo del precio de equilibrio competitivo se producirá un exceso de demanda (o escasez), la pugna de los consumidores por adquirir los bienes o servicios que estarían siendo ofrecidos en una cantidad menor a la demandada presionará el precio hacia el alza. En el equilibrio ( $P_c$ ,  $Q_c$ ) competitivo no se presentarán ni excedente ni escasez.

**Gráfico N° 21**  
**Equilibrio competitivo**



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

- <sup>5</sup> BECKER, Gary S. *La naturaleza de la competencia*. Themis – Revista de Derecho, segunda Época. Año XIX, N° 44. Lima, julio - 2002, pág. 56.
- <sup>6</sup> La curva de oferta muestra la cantidad de un bien que los oferentes de un mercado determinado estarían dispuestos a vender con relación a un determinado precio. La pendiente positiva de la curva de oferta responde a que la cantidad ofertada aumentará al aumentar el precio (relación directa entre precio y cantidad).
- <sup>7</sup> La curva de demanda muestra la cantidad de un bien que los compradores adquirirían a determinado nivel de precios. La pendiente negativa de la curva de demanda responde a que la cantidad demandada disminuirá al aumentar el precio (relación inversa entre precio y cantidad).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

6. Sin embargo, la conducta de los agentes, la información disponible, los costos de transacción, los incentivos existentes o la propia estructura y/o características del mercado, por lo general ocasionan que el mercado no sea capaz de conducirnos a resultados eficientes (en producción, innovación y asignación), situaciones éstas en las que el derecho privado (a través del derecho de propiedad, los contratos y la responsabilidad civil) resulta insuficiente para alcanzar óptimos sociales, por lo que es necesario que el Estado intervenga con el fin de buscar replicar o promover un resultado cercano a las eficiencias que el mercado proveería en ausencia de tales distorsiones.
7. En efecto, los mercados no son perfectos. Existen situaciones que impiden que la libre interacción entre ofertantes y demandantes logre asignaciones eficientes en términos económicos. Estas situaciones, conocidas como "fallas de mercado", son las externalidades<sup>8</sup>, los bienes públicos<sup>9</sup>, las asimetrías de información, los monopolios naturales<sup>10</sup>, entre otros. En general, la intervención del Estado en el mercado podría justificarse a raíz de las "fallas de mercado"<sup>11</sup> porque éstas originan que los recursos no se asignen eficientemente, ocasionando que los precios no reflejen adecuadamente los costos sociales de producción de ciertos bienes y servicios.
8. Al igual que los casos antes mencionados, las restricciones monopólicas son también fallas de mercado, las cuales pueden presentarse en la forma de conductas anticompetitivas (abusos de posición dominante y prácticas colusorias) o de estructuras monopólicas (actos de concentración empresarial anticompetitivos). La intervención del Estado frente a las

<sup>8</sup> Una externalidad es definida como un acto realizado por un agente económico que afecta el conjunto de posibilidades de consumo (externalidad de consumo) o de producción (externalidad de producción) de otros. Quedan excluidos aquellos actos cuyos efectos sobre el conjunto de posibilidades de consumo y producción se transmiten a través del sistema de precios o del mercado. Ante la presencia de externalidades, los costos o beneficios privados de ciertas acciones difieren de los costos o beneficios sociales.

<sup>9</sup> Los bienes públicos son bienes que no son suministrados por el mercado y, en caso de que así fuera, la oferta resultaría insuficiente, por lo que el sistema de precios no funciona. Un bien público cumple con las siguientes características:

- (i) No rivalidad en el consumo: cuando la utilización del bien por una persona cualquiera no impide su uso por otras personas, y por lo tanto, más de una persona puede disfrutar a la vez del bien o servicio.
- (ii) No exclusión: cuando es imposible o demasiado costoso excluir del disfrute de un bien o servicio a quienes no paguen por él.

<sup>10</sup> Un monopolio se define como natural cuando el costo de abastecer al mercado es mínimo al ser realizado por una única empresa como consecuencia de una característica tecnológica denominada "subaditividad de costos". Se entiende que hay subaditividad de costos cuando en un determinado nivel de producción de un bien o servicio, el costo de producir ese bien o servicio es menor cuando es producido por una sola empresa que por dos o más empresas.

<sup>11</sup> Según la literatura legal y económica predominante, la regulación sólo encontraría justificación ante la presencia de dichas fallas. En la realidad, sin embargo, es común apreciar la existencia de regulación atendiendo a criterios distributivos (la regulación laboral), al carácter de "estratégicos" de ciertos sectores (hidrocarburos), entre otros. En otros casos, aun ante la presencia de fallas de mercado no se justifica la regulación, debido a que los beneficios obtenidos de ésta pueden ser menores que los perjuicios causados por las referidas fallas.





restricciones monopólicas se da a través de las llamadas políticas de competencia.

## II. La posición de dominio

9. Dentro de la variedad de conductas empresariales que resultan lesivas para la libre competencia se encuentran los abusos de posición de dominio. Para entender qué es abuso de posición de dominio se debe partir de la determinación de qué es una posición de dominio en el mercado.
10. La definición de "posición de dominio" utilizada dentro del marco de la política de competencia de la Unión Europea (en adelante, UE) señala que aquélla se refiere a una posición de fortaleza económica que permite prevenir la competencia mediante el poder de comportarse con relativa independencia respecto de competidores, clientes y, en último término, de consumidores<sup>12</sup>. En particular, la Unión Europea ha definido la posición de dominio en el mercado como:

*...la facultad de ejercer una influencia notable sobre el funcionamiento del mercado, y en principio previsible para la empresa dominante. Esta facultad económica de la empresa en posición dominante influye sobre los comportamientos y las decisiones económicas de otras empresas (...). Una empresa que puede desplazar, cuando lo desee, a otras empresas competidoras, ostenta una posición de dominio y puede determinar de manera decisiva el comportamiento de las demás empresas ...<sup>13</sup>*

11. Por su parte en Estados Unidos de América y Canadá los tribunales manejan conceptos similares denominados "poder de mercado" y "poder monopólico"<sup>14</sup> que hacen referencia a la capacidad de una empresa de controlar los precios del mercado (fijar sus precios por encima del nivel de competencia) o excluir competencia<sup>15</sup>.
12. De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701:

*Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.*

<sup>12</sup> "La Posición Dominante referida en el artículo 86 del Tratado se refiere a una posición de poder económico gozado por una empresa la cual le permite prevenir la competencia efectiva que es mantenida en el mercado relevante afrontándola con el poder de comportarse en un alcance apreciable independientemente de sus competidores, sus clientes y finalmente de los consumidores". Sentencia emitida por la Corte Europea el 13 de febrero de 1979 en el Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comisión. Ver también la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Económica Europea. N° C 372, del 9 de setiembre de 1997, págs. 0005- 0013 (en adelante, la Comunicación sobre Mercado de Referencia).

<sup>13</sup> Citado en FRAGA DE DOLADO, María Elena. *Abuso de Posición de Dominante*, pág. 2. En: FONT GALAN, Juan Ignacio. *La Libre Competencia en la Comunidad Económica Europea*. Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

<sup>14</sup> Un alto grado de poder de mercado.

<sup>15</sup> CONRATH. Craig W. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 5, pág. 2.





debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.

(El subrayado es nuestro)

13. Detrás del concepto de "posición de dominio" se encuentra el concepto económico de "poder de mercado". El poder de mercado está referido a la capacidad de una empresa (o de un conjunto de ellas) de incrementar el precio por encima del nivel de equilibrio competitivo mediante la reducción de su nivel de producción. Dicho incremento de precios sería tal que para la empresa aún le resulta rentable y no le genera una pérdida importante de consumidores e ingresos, pudiendo por ende obtener para sí ganancias extraordinarias. Dado que el modelo de competencia perfecta prevé el establecimiento de precios a un nivel igual al de los costos marginales, el poder de mercado estará referido a la capacidad de fijar precios por encima de los costos marginales.<sup>16</sup>
14. Sin embargo, el hecho que una empresa tenga poder de mercado no necesariamente debe ser materia de preocupación desde el punto de vista de las normas de defensa de la libre competencia, toda vez que:

... el hecho de que exista poder de mercado debe ser distinguido de la cantidad de poder de mercado. Cuando la desviación del precio respecto del costo marginal es mínima, o simplemente refleja algunos costos fijos, no hay razón para preocuparse así la empresa tenga poder de mercado...<sup>17</sup>

15. Será una empresa con un alto grado de poder de mercado, esto es, con poder monopólico, aquella que tenga posición de dominio en el mercado. En efecto, aquel poder monopólico sería el que le permitirá a una empresa actuar con "prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores", en los términos el artículo 4 del Decreto Legislativo 701.
16. Una manera de medir el poder de mercado de una empresa, es decir, la desviación del precio al nivel de producción maximizador, respecto del costo marginal de la empresa a dicho nivel de producción, es a través del Índice de Lerner<sup>18</sup>. El índice de Lerner toma la siguiente forma:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{1}{\varepsilon_i^d}$$

<sup>16</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *El poder de mercado en los casos de Libre Competencia*. Ius et Veritas, Año XIII, N° 26. Lima, julio - 2003, pág. 138.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Este índice fue ideado por el economista rumano Abba Lerner. Ver: LERNER, Abba. *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*. Review of Economic Studies. N° 1. Junio - 1934, págs. 157-175.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



17. Donde  $L_i$  es el Índice de Lerner para la empresa  $i$ ;  $P_i$  y  $Cmg_i$  son el precio y el costo marginal de la empresa  $i$  en el nivel de producción maximizadora de utilidad de la empresa;  $y$ ,  $\varepsilon_i^d$  la elasticidad precio de la demanda de la empresa<sup>19</sup>. El índice siempre tendrá un valor situado entre cero y uno. Cuando mayor sea el Índice de Lerner mayor será el poder de mercado de la empresa (en un mercado perfectamente competitivo el precio será igual al costo marginal con lo que el Índice de Lerner será igual a 0).
18. El Índice de Lerner también puede obtenerse en función de la cuota de mercado ( $S_i$ ) de la empresa, la elasticidad de demanda del mercado ( $\varepsilon_m^d$ ) y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras<sup>20</sup> ( $\varepsilon_j^s$ ). La ecuación siguiente presenta dichas relaciones:

$$L_i = \frac{P_i - Cmg_i}{P_i} = \frac{S_i}{\varepsilon_m^d + \varepsilon_j^s (1 - S_i)}$$

19. Sin embargo, la información requerida para determinar el poder de mercado mediante el Índice de Lerner (costos marginales, elasticidades, etc.) resulta de difícil cálculo y, en general, se enfrenta la dificultad de la escasez de información estadística para involucrarse en dicho procedimiento.
20. Dadas estas dificultades, al momento de determinar la existencia de posiciones de dominio en un mercado se recurrirá a indicadores alternativos como son, por ejemplo, las participaciones de mercado de las empresas o la existencia de barreras a la entrada a una industria<sup>21</sup>. Dichos y otros indicadores se analizarán posteriormente dentro de la presente sección.
21. Como parte de la obtención de indicadores que permitan realizar la inferencia de la tenencia de poder de mercado o posición de dominio por parte de determinada empresa será necesario partir de la definición del mercado relevante donde dicha empresa se desempeña.
22. La etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación de supuestos abusos de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado.

<sup>19</sup> Reacción en el consumo de un bien frente al aumento de su precio.

<sup>20</sup> Reacción de la cantidad ofrecida por las firmas competidoras ante un aumento del precio de la supuesta dominante.

<sup>21</sup> SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. *Understanding antitrust and its economic implications*. Tercera edición, Matthew Bender & Co., New York, 2000, pág. 28.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 703028  
Lloyd's Register Quality Assurance



23. La metodología de análisis de casos de supuestos abusos de posiciones dominantes comúnmente utilizada por las agencias de competencia a nivel mundial exige:

- (i) en primer lugar, definir un mercado relevante (de producto o servicio y geográfico);
- (ii) en segundo lugar, calcular la participación de mercado de la supuesta dominante en el mercado relevante previamente establecido; y,
- (iii) en tercer lugar, con la contrastación de indicadores varios (tales como los listados en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701), realizar una inferencia acerca de la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada.<sup>22</sup>

24. Finalmente, cabe señalar que si bien la posición de dominio no es una condición en sí sancionable de acuerdo a las normas de libre competencia<sup>23</sup>, sí dota a la empresa que la ostenta de la capacidad para, mediante determinadas conductas, distorsionar la competencia en el mercado en el que concurre. Más aun, sólo una empresa con un alto poder de mercado será capaz —ella sola— de restringir o excluir la competencia y perjudicar a los consumidores. Esto conduciría a una ineficiente asignación de recursos, que las normas de libre competencia están interesadas en evitar<sup>24</sup>.

25. A continuación se presentan los aspectos de mayor relevancia para la definición de mercados relevantes.

### III. Definición de mercado relevante

26. La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. La definición de mercado relevante para los casos de libre competencia está referida a la definición del (i) mercado de producto relevante y (ii) el mercado

<sup>22</sup> Como se aprecia, la definición de mercado relevante resultará importante para determinar si una empresa tiene poder de mercado (y cuánto tiene) sólo por la dificultad existente para medir las elasticidades de demanda y oferta confiablemente. Si se conociera la elasticidad de demanda que afronta la empresa, se podría medir su poder de mercado directamente mediante la ecuación del índice de Lerner antes señalada. De similar manera, si mediante la elasticidad de demanda del mercado y la elasticidad de la oferta de las firmas competidoras se podría obtener el índice de Lerner carecería de importancia si el mercado relevante se ha delimitado amplia o estrechamente. En LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., págs. 151 y 152.

<sup>23</sup> Sobre el particular, el Tribunal de la Comisión Europea ha establecido que "Declarar que una empresa tiene posición dominante no es por sí mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada". Ver: *Michelin v. CEE*. Asunto No. 322/81 (1983). Amplia doctrina coincide también con dicho razonamiento. Ver: KRESALJA ROSELLÓ, Baldo. *La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993*. Ius et Veritas, Año XI, N° 22. Lima, julio - 2001, pág. 229; VISCUSI, Kip, John VERNON y Joseph HARRINGTON. *Economics of regulation and antitrust*. MIT Press, Londres, 1997, pág. 266.

<sup>24</sup> Los precios o condiciones que puede llegar a imponer una empresa monopolista o con un alto grado de poder de mercado pueden causar que los consumidores satisfagan sus necesidades a un costo mayor al que lo harían en un mercado competitivo. Esto causa lo que la teoría económica denomina "pérdida de eficiencia social". En POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Segunda edición, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, págs. 9 a 14.





geográfico relevante; ambas dimensiones determinan el mercado relevante sobre el cuál se estimará la tenencia o no de posición de dominio por parte de la empresa investigada.

27. El mercado de producto o servicio relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). Por su parte, la delimitación del mercado relevante geográfico considera el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los cuales el comprador o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado. Ambas dimensiones en la determinación de mercados relevantes se analizan en detalle a continuación.

### III.1. Mercado de producto o servicio relevante

28. El producto<sup>25</sup> relevante debe ser definido a partir del producto ofrecido por la empresa investigada, esto es, el producto demandado por los consumidores supuestamente afectados por un abuso de posición de dominio. En función de dicho producto, el mercado relevante de producto deberá incluir a todos los productos que resulten buenos sustitutos de aquél. Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad<sup>26</sup>.
29. De acuerdo a los *Horizontal Merger Guidelines*<sup>27</sup>, elaborados conjuntamente por la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América (en adelante, los *Merger Guidelines*), a efectos de definir el mercado de producto relevante la autoridad de competencia se pregunta a qué otros productos irían los consumidores si se produce un incremento de precios del producto investigado. En tal sentido los *Merger Guidelines* señalan que:

*Al determinar si un hipotético monopolista estaría en posición de ejercitar poder de mercado, es necesario evaluar la probable respuesta de los consumidores a un aumento en el precio. Un incremento en el precio puede no resultar rentable si los consumidores optan por consumir otros productos<sup>28</sup>.*

<sup>25</sup> En adelante se hará referencia únicamente a un "mercado de producto", entendiéndose que un análisis similar se desarrollará cuando el mercado en cuestión involucre la prestación de servicios y no esté referido a la producción y/o comercialización de productos.

<sup>26</sup> CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, págs. 4 y 5.

<sup>27</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 1992 *Horizontal Merger Guidelines* (con revisiones a la Sección 4 -Eficiencias- al 8 de abril de 1997). Ver: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>. (Visitada el 6 de abril de 2004).

<sup>28</sup> "In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products". Ibidem.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

(Traducción libre)

30. A efectos de definir el mercado de producto relevante los *Merger Guidelines* sugieren asumir que existe un monopolista<sup>29</sup> en la venta del producto investigado; posteriormente, se debe preguntar cómo reaccionarían los consumidores ante un "pequeño pero significativo y no-transitorio"<sup>30</sup> aumento de precios, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos. Si, como respuesta a dicho incremento en el precio, las ventas del hipotético monopolista se reducen en medida tal que hacen poco rentable el incremento en el precio, deberá agregarse al mercado relevante todos aquellos productos hacia los cuáles el consumidor desvía sus preferencias<sup>31</sup>.

31. En similar sentido, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

*El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.*

32. Asimismo, respecto a la determinación de mercados relevantes de producto la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

*La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutivos ... hasta que el conjunto de productos ... sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos<sup>32</sup>.*

(El subrayado es nuestro).

33. En el caso peruano, tanto la Comisión como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, el Tribunal) se han pronunciado reiteradamente a favor de definir el mercado relevante en los procedimientos de libre competencia incluyendo aquellos sustitutos razonables del producto ofrecido por el denunciado. Así, por ejemplo, el Tribunal ha afirmado que:

<sup>29</sup> El uso de la figura del "hipotético monopolista" responde al hecho de que, para poder determinar el grado de sustituibilidad de un producto respecto a otros, debe evaluarse la reacción de la totalidad de consumidores frente al aumento en el precio de todas las unidades del referido producto.

<sup>30</sup> Expresión empleada por el término "small but significant and nontransitory" en el texto original.

<sup>31</sup> Es importante advertir que la prueba considera un incremento de precios relativos; es decir, un incremento en el precio del producto en cuestión con relación al precio de todos los otros productos.

<sup>32</sup> *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 17.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo<sup>33</sup>.

(El subrayado es nuestro)

34. El incremento de precios pequeño, pero significativo y no transitorio de acuerdo a los *Merger Guidelines* estaría referido a un incremento de alrededor de 5% por el lapso de un año. Sin embargo, dicho porcentaje tiene únicamente carácter referencial puesto que los propios lineamientos señalan que dependerá de la naturaleza de cada industria el determinar en qué consiste un incremento pequeño, pero significativo y no transitorio. El hecho de que se utilice para efectos del análisis un "pequeño" aumento en el precio hace sentido debido a que, ante un aumento considerable en el precio, cualquier bien experimentará una disminución significativa de su demanda, ello dado que los consumidores sustituirán el bien que venían consumiendo por bienes que en condiciones normales no representarían sustitutos del bien en cuestión.
35. Ahora bien, cabe hacer aquí una salvedad que ha sido ampliamente discutida en el análisis de delimitación de mercados relevantes por parte de las autoridades de competencia. Ésta se refiere a la denominada "falacia del celofán".

La "falacia del celofán" está relacionada a la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América contra la empresa E.I. du Pont de Nemours & Co., sobre un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de papel celofán<sup>34</sup>. Dicha Corte afirmó que existía un grado razonable de sustitución entre el celofán y diversos materiales de envoltura flexibles (papel, aluminio, láminas de metal, películas flexibles, etc.).

Sin embargo, la Corte no tomó en cuenta que la empresa investigada era un monopolista en la fabricación de papel celofán y, por lo tanto, los niveles de precios vigentes en el mercado eran tan altos que los consumidores incluirían como sustitutos a productos que por características y usos no serían naturales sustitutos del celofán. Mientras más se eleve el precio de un producto resulta lógico que la demanda de éste se torne más elástica<sup>35</sup>. La

<sup>33</sup> Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOP del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. (Expediente N° 005-97-CLC).

<sup>34</sup> Ver: *US v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (351 U.S. 3777, 399-400 (1956)).

<sup>35</sup> En tal sentido Landes y Posner señalan que: "Puede parecer paradójico que el monopolista maximizador de utilidad afronte una demanda elástica sin importar la magnitud de su monopolio. Después de todo, mientras más elástica es la demanda, menor es el poder de mercado de una empresa —¿por qué entonces dicho poder no maximiza utilidades cuando una demanda es inelástica? Es verdad que si una empresa afronta una demanda inelástica elevará el precio, y mientras más inelástica es la demanda que enfrenta, más elevará su precio. Ésta continuará elevando su precio hasta que alcance una región de la curva de demanda donde la demanda es elástica. Tarde o



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



lección que se extrae de la "falacia del celofán" es que la sustituibilidad debería ser calculada suponiendo un precio competitivo del bien analizado y no ampliando el mercado en función de los altos niveles de precios impuestos por un monopolista.

36. Para el análisis de sustituibilidad entre productos, a efectos de verificar qué productos sustitutos deben ser incluidos en el mercado relevante, la autoridad de competencia podrá utilizar la estimación de elasticidades de demanda y elasticidades cruzadas.
37. La elasticidad de demanda expresa el cambio porcentual en la cantidad demandada de un producto a consecuencia de un cambio en su precio. Si se encuentra una alta elasticidad de demanda (demanda elástica) será probable que el producto analizado tenga, por lo menos, un importante sustituto, aquel al que los consumidores migraran ante el incremento del precio del producto bajo análisis. Caso contrario, una baja elasticidad de demanda (demanda inelástica) denotará la cuasi inexistencia de sustitutos cercanos<sup>36</sup>.
38. Por su parte, la elasticidad cruzada de la demanda mide cuál sería el efecto en la cantidad demandada de un producto ante una variación en el precio de otro, que se intuye es sustituto del primero. Si dos bienes, digamos, "a" y "b", son sustitutos entre sí, un aumento en el precio de "a" debería traer como consecuencia un aumento en la cantidad demandada de "b" (ya que el consumidor comprará menos de "a" y más de "b"). Inversamente, una reducción en el precio de "a" debería causar una reducción en la cantidad demandada de "b" (los consumidores migrarían de "b" hacia "a").<sup>37</sup>
39. Como se señaló anteriormente, es un problema común para las agencias de competencia a nivel mundial y, en particular, para aquellas de países en desarrollo, la realización de estimaciones de elasticidades puesto que se enfrenta a una escasez de información estadística que permita una adecuada utilización de dichas herramientas económicas.
40. En complemento a los criterios cuantitativos para la determinación del mercado de producto relevante, o en su reemplazo, ante la ausencia de

---

*temprano cualquier curva de demanda en el mundo real debe tener una región elástica —de lo contrario, el precio maximizador de utilidad podría crecer hasta el infinito*". En LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 140, nota 11.

<sup>36</sup> "El que un bien tenga una demanda más o menos elástica, depende fundamentalmente de la cantidad y calidad de sustitutos que estén a disposición del consumidor. Si el bien en cuestión tiene muchos sustitutos de precio y calidad semejantes, su demanda tenderá a ser más elástica que otro bien con pocos o ningún sustituto. Así, por ejemplo, a menos que el consumidor tenga una preferencia demasiado marcada por el agua mineral San Antonio, su demanda tenderá a ser elástica, dado que si sube el precio de este producto y las otras aguas minerales no cambian de precio, el consumidor puede reemplazar total o parcialmente el consumo de San Antonio por otros bienes sucedáneos como San Luis, Socosani, San Mateo, Seltz, entre otros. En cambio, la energía eléctrica tiene una demanda inelástica porque los bienes sucedáneos, como las velas, los lamparines a ron o kerosene, la leña, el carbón entre otros, son mucho más caros y de inferior calidad". En FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge. *Microeconomía: teoría y aplicaciones*. Tomo I, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 2000, págs. 217 y 218.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge. *Ibidem*; RUIZ DÍAZ, Gonzalo. *Definición de mercado relevante y políticas de competencia*. *Thémis – Revista de Derecho*, Segunda Época, Año XVII, N° 41. Lima, diciembre de 2000, pág. 298.



información estadística suficiente, la autoridad de competencia deberá analizar aspectos cualitativos como la comparación de las características, usos, aplicaciones y preferencias de los consumidores. Para ello deberá recurrir a la recolección de información de los consumidores y productores a través de entrevistas, encuestas o formularios que den cuenta de la predisposición de los consumidores a modificar sus patrones de consumo ante variaciones pequeñas, significativas y no transitorias del bien que vienen consumiendo.

41. Asimismo, la evolución histórica de los patrones de consumo de la población podrían dar cuenta de la existencia de sustituibilidad entre dos o más productos, si es el caso que se verifica en el pasado que, ante alguna variación de las condiciones del mercado, los consumidores viraron su consumo de un bien hacia el consumo de otros bienes (sustitutos).
42. Por otro lado, la presencia o ausencia de una significativa correlación en los movimientos de precios de dos o más productos por un periodo significativo de tiempo podría indicar que dichos productos pertenecen o no, respectivamente, a un mismo mercado de producto. En efecto, dos o más productos sustitutos o intercambiables generalmente presentarán movimientos paralelos en sus precios, dado que de presentarse diferencias considerables en aquéllos los consumidores únicamente adquirirían el producto de menor precio y no el sustituto de aquél, presionando a la baja al precio de éste. Por lo tanto, se debe esperar que productos que pertenecen a un mismo mercado relevante presenten o un mismo precio o un mismo patrón de conducta de aquéllos a lo largo del tiempo<sup>38</sup>.
43. Ahora bien, en el análisis de correlaciones de precios la agencia de competencia deberá descartar que determinados movimientos paralelos de precios, lejos de demostrar la existencia de sustituibilidad entre dos productos, encuentren explicación en correlaciones engañosas, como por ejemplo debido al incremento de precios de un insumo en común y/o la existencia de inflación entre otros, las que no demuestran sustituibilidad entre productos.
44. Adicionalmente, al determinar la sustituibilidad entre dos bienes deberá tomarse en cuenta los costos de cambio (*switching costs*) en los que deberá incurrir el consumidor para sustituir el bien en cuestión. En efecto, aun cuando dos bienes sean funcionalmente sustituibles, la presencia de altos costos de cambio podría impedir que un bien sea sustituido por otro por parte de los consumidores<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> La correlación se puede medir a través del coeficiente de correlación que tomará valores entre -1 y 1 dependiendo si se tiene un movimiento de precios inverso o denota una alta correlación de precios entre dos productos presumiblemente sustitutos.

<sup>39</sup> Así, Conrath ha señalado que "...a pesar de que dos productos pueden ser funcionalmente intercambiables, es importante evaluar qué extensión de los costos de transacción en los cuales tendrían que incurrir los compradores con el fin de reequipar, reempacar y adaptar su mercadeo, incumplir un contrato de suministro, aprender nuevos procedimientos, etc., son suficientes para dar este cambio en respuesta a un incremento de precio significativo y no transitorio". En CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, pág. 10. Traducción libre del siguiente texto: "notwithstanding that two products may be functionally interchangeable, it is important to assess the extent to which the transaction costs which buyers would have to incur in order to retool, repack, adapt their marketing,



45. Si bien es cierto que la principal fuente en la determinación del mercado de producto relevante es la sustitución desde el punto de vista de la demanda, es decir, a la luz de los gustos y preferencias de los consumidores que productos resultan sustituibles o intercambiables, también existe jurisprudencia internacional que señala que resulta posible introducir la sustituibilidad por el lado de la oferta en la determinación del mercado de producto relevante.
46. La sustituibilidad de oferta o sustituibilidad en la producción está referida a la existencia de empresas de otros mercados que sin ser productoras del producto materia de controversia, con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo (dada por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos) pueden empezar a producirlo y, por lo tanto, deberían ser consideradas como parte del mercado relevante. En particular, al considerar la sustituibilidad en la producción en la determinación del mercado de producto se incluirá dentro de éste tanto al producto del supuesto dominante como aquellos de las empresas que podrían ingresar al mercado con la facilidad antes señalada.
47. De acuerdo a Landes y Posner, la sustituibilidad en la producción puede ejemplificarse de la siguiente manera:

*Supongamos que la cuota de mercado de i (empresa cuyo poder de mercado se quiere medir) del producto x es 80%, y que x e y son malos sustitutos en el consumo, pero los productores de y pueden, a un costo bajo, cambiar la producción a x. Por ejemplo, x puede representar edificios residenciales e y edificios comerciales. Los consumidores no pueden sustituir entre ambos, pero las firmas que construyen edificios comerciales tienen los equipos y habilidades necesarias para construir edificios residenciales. Por lo tanto, si la empresa i tratara de elevar el precio de los edificios residenciales sobre el nivel competitivo, los constructores de edificios comerciales sustituirán su producción hacia las construcciones residenciales. Esto hará que el incremento de precio de i sea menos beneficioso.*

*(...) el procedimiento apropiado en este caso consiste en redefinir el poder de mercado para incluir tanto la construcción comercial como residencial. Esto arrojará una cuota de mercado por debajo de 80% que será un mejor indicador (aunque no necesariamente exacto) del poder de mercado de i.<sup>40</sup>*

(Las negritas y el subrayado son nuestros).

48. De acuerdo a esta posición, es posible que la sustituibilidad de oferta pueda ser tomada en cuenta al momento de definir el mercado de producto relevante, siempre y cuando sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de utilidad para el consumidor e inmediatez de la respuesta, lo que requerirá que los productores a ser

*breach a supply contract, learn new procedures, etc., are likely to be sufficient to render switching unlikely in response to a significant and nontransitory price increase".*

<sup>40</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 143.



incluidos en el mercado relevante puedan pasar a fabricar el producto relevante en un plazo muy corto y sin incurrir en costos o riesgos significativos. Por ende, la sustituibilidad de oferta no se tomará en cuenta cuando implique plazos o cantidades de inversión significativos.

49. En tal sentido, el numeral 20 de la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que:

*La sustituibilidad de la oferta también puede tenerse en cuenta al definir mercados en los casos en que sus efectos son equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan pasar a fabricar los productos de referencia y comercializarlos a corto plazo, sin incurrir en costos o riesgos adicionales significativos, en respuesta a pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos. (...)*

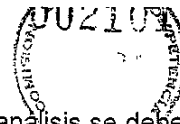
*Estas situaciones se producen generalmente cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto; aun cuando para un consumidor o un grupo de consumidores finales determinados las distintas calidades no sean sustituibles, estas distintas calidades se agruparán en un mercado de producto siempre que la mayoría de los proveedores puedan ofrecer y vender las diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de los costos. En tales casos, el mercado de producto de referencia comprenderá todos los productos sustituibles en la demanda y en la oferta, y para calcular el valor total o el volumen del mercado se adicionarán las ventas de estos productos<sup>41</sup>.*

(El subrayado es nuestro).

50. En efecto, la aproximación europea continental al tema refiere la posibilidad de incorporar la sustituibilidad de oferta en la definición de mercado relevante de producto. De acuerdo a la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* cuando las empresas comercializan una amplia gama de calidades o tipos de un mismo producto, aun cuando para un grupo de consumidores esas distintas calidades no sean sustituibles, se agruparán en un único mercado de producto siempre que la mayoría de proveedores puedan ofrecer y vender esas diversas calidades inmediatamente y sin incrementos significativos de costos.

<sup>41</sup> La propia comunicación ejemplifica meridianamente este razonamiento: "(e)l sector del papel constituye un ejemplo práctico del análisis de la sustituibilidad de la oferta para la definición de un mercado de producto. El papel suele suministrarse en una serie de calidades diferentes, desde el papel de escribir corriente al papel de alta calidad para su utilización, por ejemplo, en la edición de libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes calidades de papel no pueden utilizarse para un uso específico, esto es, un libro de arte o una publicación de alta calidad no pueden editarse con papel de baja calidad. Sin embargo, las fábricas de papel pueden producir diferentes calidades, y la producción puede ajustarse a un coste insignificante a corto plazo. Por ello, si no existen dificultades particulares en la distribución, los fabricantes de papel pueden competir respecto de los pedidos de diversas calidades, particularmente si éstos se efectúan con antelación suficiente para permitir modificar los planes de producción. En tales circunstancias, la Comisión no define un mercado distinto para cada calidad de papel y uso respectivo. Las diversas calidades de papel se incluyen en el mercado de referencia y sus ventas se suman para estimar el valor y el volumen total del mercado". *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 22.





51. Por el contrario, la visión norteamericana señala que dicho análisis se deberá postergar al momento de evaluar el poder de mercado de una empresa, toda vez que la posibilidad de que empresas que no participan del mercado lo puedan hacer a bajo costo si la empresa establecida incrementa sus precios, refleja la existencia de competencia potencial que disciplinaría el comportamiento del establecido, pero ello no modifica el mercado de producto relevante que permanecería siendo el del producto de la establecida y sus sustitutos desde el punto de vista de la demanda.
52. Adicionalmente, cabe resaltar que aun en aquellas economías en donde la agencia de competencia acepta la utilización de la sustituibilidad de la oferta en la definición de mercado de producto relevante, dicha evaluación se realiza con carácter extraordinario<sup>42</sup>. En efecto, al ser generalmente menos inmediatos y requerir de mayor información, factores como la sustituibilidad de oferta no se tienen en consideración para la definición del mercado relevante y su análisis se posterga a una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición del denunciado en el mercado relevante y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia<sup>43</sup>.
53. Por lo tanto, la discusión se reduce a en qué momento del análisis se incorporan los efectos de la elasticidad de oferta, si en la determinación del mercado de producto relevante (visión europea) o en la determinación de existencia de poder de mercado (visión norteamericana). En efecto, en todo análisis de posición de dominio o poder de mercado, tarde o temprano, deberá considerarse la posibilidad de que la supuesta capacidad de actuación independiente por parte de una empresa puede ser disciplinada por terceros agentes que ante un incremento de precios ingresen al mercado.
54. Al respecto, Conrath ha señalado que:

*Hay una diferencia técnica entre los enfoques norteamericano y europeo de los temas de sustituibilidad de oferta. Ambos la consideran una pregunta importante, pero la consideran en distintas etapas del proceso. Estas diferencias podrían ser significativas en algunos casos, pero normalmente conducirán a que se hallen los mismos factores competitivos, sólo que en un diferente orden.*

*La definición de mercado europea tiende más a considerar el lado de la oferta al definir el mercado de producto. La definición de mercado*

<sup>42</sup> Así, el numeral 13 de la Comunicación sobre Mercado de Referencia señala que: "Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutos o recurrir a suministradores situados en otro lugar. Básicamente, para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que pueden recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios como a la situación geográfica de los suministradores".

<sup>43</sup> DÍEZ ESTELLA, Fernando. *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU.*, pág. 10. Disponible en: <http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/archivos/articulos/DefinicionMercadoRelevante.pdf>. (Visitada el 24 de marzo de 2003).



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

norteamericana tiende más a considerar el lado de la oferta al determinar qué firmas están en el mercado<sup>44</sup>.

55. En el mismo sentido Hovenkamp señala:

*El análisis de mercados en casos de libre competencia toma en cuenta una alta elasticidad de oferta en dos formas diferentes. En primer lugar, para incluir en el mercado relevante a aquellas firmas capaces de cambiarse fácilmente al mercado de la empresa denunciada en respuesta a un aumento de precios de esta última. En segundo lugar, para definir el mercado más estrechamente, pero a la vez concluyendo que las barreras a la entrada son bajas. Si las elasticidades de oferta son altas en ambos casos, la empresa denunciada no tiene un poder de mercado significativo, por lo que ambas alternativas pueden ser consideradas como intercambiables<sup>45</sup>.*

56. En efecto, como se vio anteriormente, el objetivo último de la definición del mercado relevante y el cálculo de la cuota de mercado es determinar la existencia de posición de dominio o poder de mercado de la empresa en cuestión, para ello la evaluación de la elasticidad de oferta, sea en el momento correspondiente a la definición de mercado de producto y/o en el momento de analizar la existencia de competencia potencial resulta necesaria. Por el contrario, el no considerar la elasticidad de oferta en ninguno de los dos momentos mencionados denotaría un defecto en el análisis de existencia de posición de dominio o poder de mercado.

57. De acuerdo a lo descrito y en consonancia con la jurisprudencia internacional, esta Secretaría Técnica privilegiará la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda a efectos de definir los mercados relevantes de producto, salvaguardando la posibilidad de incorporar una evaluación de la sustituibilidad de oferta en ese momento del análisis de manera extraordinaria y si las condiciones particulares del mercado lo requieren.

### III.2. Mercado geográfico relevante

58. El mercado geográfico relevante estará definido en función del área geográfica en donde se encuentren las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los consumidores. Para definir el mercado geográfico relevante es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para

<sup>44</sup> Traducción libre del siguiente texto: "There is a technical difference between the North American approach and the European approach to supply substitution issues. Both consider it to be an important question, but they consider it at different stages of the process. These differences could have substantive significance in some cases, but normally result in the assesment of the same competitive factors, only in a different order. European market definition is most likely to consider the supply side in defining the product market. North American market definition is most likely to consider the supply side in determining what firms are in the market". En CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 4, pág. 6.

<sup>45</sup> Traducción libre del siguiente texto: "Antitrust market analysis accounts for high supply elasticity in two different ways. First, it can include in the market definition those firms easily able to switch to the defendant's market in response to principal firm's price increase. Second, it can define the market more narrowly, but conclude that entry barriers are low. If supply elasticities are high under either measure, the defendant's lacks substantial market power, so in this sense the two alternatives can be regarded as interchangeable". En HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Segunda edición, West Group, Minnesota, 1999, pág. 112



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



atender al cliente sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.

59. El análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de adquirir en el lugar analizado el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar cuál es la oferta que satisface las necesidades de los consumidores del producto relevante.
60. De acuerdo a los *Merger Guidelines*, a efectos de definir el mercado geográfico relevante, la autoridad de competencia se preguntará a qué otras fuentes de aprovisionamiento acudirán los consumidores de imponérseles un incremento de precios "pequeño pero significativo y no transitorio" del producto relevante en la zona donde lo venían consumiendo. Aquella zona en donde un "hipotético monopolista" pueda imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio sin perder un número significativo de consumidores tal que haga no rentable su conducta será el área geográfica relevante. En términos de los *Merger Guidelines*, deberá preguntarse: "¿qué tan lejos irían los consumidores para ahorrar cinco por ciento?"
61. Por otro lado la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* establece que el mercado geográfico se define de la siguiente forma:

*El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.*

62. En sentido similar a los *Merger Guidelines*, la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* señala que:

... si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia [otras] ... zonas hasta que el conjunto de ... zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos<sup>46</sup>.

(El subrayado es nuestro).

63. En el caso peruano, el Tribunal ha señalado que analizar el mercado relevante implica:

...determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> *Comunicación sobre Mercado de Referencia*, numeral 17.

<sup>47</sup> Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, antes citada (ver nota 65).





(El subrayado es nuestro).

64. En similar sentido, el mismo Tribunal ha señalado que:

*...para determinar el mercado relevante debe examinarse las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador puede acudir, teniendo en cuenta cuales son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre productos y considerando los costos de las alternativas que tiene el proveedor<sup>48</sup>.*

(El subrayado es nuestro).

65. Como se aprecia, delimitar geográficamente un mercado implica establecer cuál es el área geográfica donde se encuentra la oferta real y potencial que satisface la demanda que los consumidores locales realizan del producto relevante.
66. En particular, el criterio de homogeneidad de condiciones de competencia utilizado por la *Comunicación sobre Mercado de Referencia* da cuenta de que en un mercado geográfico relevante, donde interactúan ofertantes y demandantes de un mismo producto, todos ellos enfrentarán condiciones de competencia similares y de existir zonas aledañas con diferentes condiciones de mercado probablemente dichas zonas deberán ser excluidas de la delimitación de mercado relevante.
67. Al respecto, un instrumento adecuado para verificar la existencia de zonas geográficas contiguas que, por presentar condiciones similares, podrían ser parte de un mismo mercado relevante, resulta ser el análisis de correlaciones de precios entre distintas zonas. De similar forma que para la delimitación del mercado de producto, una alta correlación de precios del producto relevante en dos zonas distantes podría señalar que ambas zonas participan de un único mercado geográfico relevante.
68. La delimitación del mercado geográfico implica verificar la posibilidad de abastecerse del producto relevante desde otra zona geográfica, para ello se deberá analizar la viabilidad de realizar operaciones de importación desde dicha área. Por lo tanto, si se desea averiguar si el mercado geográfico relevante excede las fronteras de un país se deberá analizar la posibilidad de realizar importaciones del producto relevante desde terceros países. En dicho análisis deberá considerarse la existencia de restricciones al ingreso del producto relevante al país en donde se encuentran los consumidores supuestamente afectados por una práctica abusiva. En particular, deberá tomarse en cuenta las barreras legales al comercio existentes, tales como aranceles, para-aranceles, cuotas de importación, entre otros<sup>49</sup>. En materia de comercio internacional se deberá tomar en cuenta tanto la existencia de

<sup>48</sup> Ver: Resolución N° 117-97-TDC del 5 de mayo de 1997, recaída en el procedimiento iniciado por la empresa Fundición de Metales Bera del Perú S.A. contra la empresa Minsur S.A. (Expediente N° 007-97-CLC).

<sup>49</sup> RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Op. Cit., pág. 302.





barreras legales al comercio como el costo del seguro y los fletes del transporte.

69. Sobre esto último, tanto si se analiza la posibilidad de trasladar el producto relevante desde otros países como si el análisis se refiere al traslado desde una región al interior del propio país, se deberá tener en cuenta los costos de transporte. En efecto, si es el caso que, cuando se produce un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio a nivel local, los consumidores no tienen otra alternativa que pagar dicho incremento de precios debido a los altos costos de transporte desde otras zonas, el mercado geográfico relevante no incluirá a dichas zonas diferentes a la local.
70. Los costos de transporte juegan un rol preponderante en el análisis del mercado geográfico relevante en la medida que, cuanto más elevado sea el costo de transporte del producto, desde la zona de origen a la de destino, las posibilidades para el consumidor de abastecerse de un proveedor distinto se ven limitadas o incluso se anulan. Los costos de transporte estarán asociados positivamente a la distancia entre el proveedor y el consumidor, el peso del producto y su grado de perecibilidad, entre otros.
71. Cuando se trata de bienes de escaso precio con relación a su volumen o peso, el costo de transporte tiene una incidencia mayor sobre el valor del producto, delimitándose por lo general mercados geográficos de ámbito más restringido. Por el contrario, cuando se trata de mercancías de un alto precio por unidad de volumen, los mercados geográficos tienden a ser más amplios. Generalmente se asume que, si el precio del producto en un mercado distante al local más los costos de transporte (de llevar el producto desde el área distante hasta el área local) exceden significativamente al precio del producto en el mercado local, entonces el área distante no debe ser incluida como parte del mercado geográfico relevante.
72. Adicionalmente a la baja incidencia de los costos de transporte con respecto a bienes de alto valor, se considera que los consumidores al momento de gastar sus recursos monetarios en bienes de alto valor estarán dispuestos a buscar e identificar dónde realizar su mejor compra entre distintas áreas geográficas, por lo tanto el mercado geográfico en dichos casos tenderá a ser más amplio.
73. Un aspecto importante en la delimitación de mercados geográficos se refiere al análisis del patrón de comportamiento de los flujos comerciales interregionales. Si bien éste es un indicador estático que no muestra cuál podría ser el patrón de comportamiento del flujo futuro de comercio, resulta útil por cuanto permite apreciar la presencia de productos de otras zonas geográficas que develen, de ser significativa dicha presencia, la existencia de competencia proveniente de otras áreas geográficas.
74. Para la medición del patrón comercial basta con considerar al menos dos zonas. Si existe un amplio tráfico comercial entre ambas zonas, entonces dichas zonas deben ser consideradas parte de un mismo mercado geográfico. En este sentido, el origen de las importaciones y el destino de las exportaciones puede ser un indicador útil que delimite el territorio al momento de definir el mercado geográfico relevante.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



75. Un test de medición del patrón de comportamiento de los flujos comerciales ha sido desarrollado por Elzinga y Hogarty<sup>50</sup> mediante el uso de dos índices: LIFO (*little in from outside*) y LOFI (*little out from inside*). Según dicho test, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella. Esto es, no más del 10% de las ventas son transportadas desde fuera del área y no más del 10% de la producción del área es transportada fuera de la misma.
76. De no cumplirse estas condiciones, el mercado geográfico debe ampliarse a otras áreas hasta que se obtenga un área en la que la demanda sea satisfecha en un alto porcentaje con producción local y, a la vez, esta última sea consumida en un alto porcentaje en dicha área.
77. Pese a constituir una referencia útil, el test de Elzynga-Hogarty omite indagar la posible reacción de los consumidores ante un aumento en el precio. Por eso se le ha criticado que:

*De la ausencia de comercio entre dos regiones, es erróneo deducir la existencia de dos mercados geográficos. Aun cuando en un lapso prolongado de tiempo, no haya existido comercio entre dichas regiones, es posible que las elasticidades cruzadas entre productos provenientes de éstas sea alta, y que ante aumentos pequeños en precios en alguna de las regiones, el comercio se produzca.<sup>51</sup>*

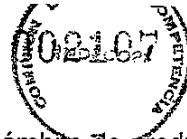
78. De acuerdo a lo anterior y como se ha señalado previamente, el mercado geográfico relevante deberá incluir aquellas zonas en donde se encuentren proveedores alternativos a los cuales sea factible recurrir ante un incremento de precios, a pesar de que en el pasado no hayan realizado ventas en el área local.
79. Por otro lado, la asignación gubernamental de territorios exclusivos o el hecho de que sea una práctica común en determinada industria la segmentación de territorios exclusivos (por ejemplo: en el mercado de bebidas gaseosas, la asignación de distribuidores exclusivos) podría condicionar la definición de mercados geográficos relevantes limitando el área relevante a aquélla donde se superponen diversos territorios otorgados en exclusividad, tanto de manera gubernamental como privada.
80. Adicionalmente, factores tales como las preferencias de los consumidores, la disponibilidad de infraestructura de transporte, la necesidad de inversión en publicidad, costos de cambio (*switching costs*), autorizaciones municipales o regionales, entre otros podrían influir en la delimitación del mercado geográfico relevante.

#### IV. Determinación de la posición de dominio

<sup>50</sup> ELZINGA, Kenneth G. y Thomas F. HOGARTY. *The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits*. Antitrust Bulletin. N° 18 (1973), pág. 45 y ss.

<sup>51</sup> RUIZ DÍAZ, Gonzalo. Op. Cit., pág. 302.





81. Una vez definido el mercado relevante tanto en su ámbito de producto como en el ámbito geográfico, a efectos de estimar una posible posición de dominio o tenencia de poder de mercado por parte de una empresa partícipe del mercado relevante definido, se deberá analizar, en primer lugar, la cuota (o participación) de mercado de dicha empresa. Posteriormente la cuota de mercado de la empresa supuestamente dominante deberá ser contrastada con la existencia de competencia real o potencial que discipline un posible ejercicio de poder de mercado. Ambos aspectos se desarrollan a continuación.
82. La primera aproximación a la determinación de la existencia o no de una posición dominante debe provenir de la evaluación de las cuotas de mercado dentro del mercado relevante. Resulta más probable que, por ejemplo, una empresa con 80% del mercado pueda comportarse de manera independiente de competidores, proveedores y consumidores a que dicho comportamiento lo realice una empresa con 20% del mercado. En un mercado con una empresa con 80% de cuota de mercado y dos más pequeñas con 10% cada una, si la primera de ellas implementa prácticas en perjuicio de sus clientes, éstos no tendrán alternativa de virar sus compras a otro proveedor, caso contrario sería si la que implementa dichas prácticas es una de las empresas con sólo 10% del mercado<sup>52</sup>.
83. Sin embargo, no hay unanimidad en la literatura económica acerca de una cuota de mercado mínima para considerar a una empresa dominante en el mercado<sup>53</sup>. Una cuota que *a priori* parecería conceder poder de mercado (digamos, 90%) puede no ser determinante si el mercado, por ejemplo, presenta una alta sustituibilidad de oferta o tiene barreras de entrada relativamente bajas. De otro lado, una empresa con una cuota de mercado baja (digamos, 30%) podría tener un poder de mercado significativo si el segmento competitivo que enfrenta está constituido de muchas empresas pequeñas de limitada capacidad o si el mercado presenta altas barreras a la entrada.
84. La evaluación de cuotas de mercado resulta de mayor importancia en mercados con barreras a la entrada y/o condiciones de oferta inflexibles que determinan la imposibilidad del ingreso de nuevos ofertantes y/o el incremento de la producción y ventas de los agentes ya establecidos. Asimismo mientras mayor sea la participación de mercado de una empresa mayor será la confianza en este indicador como evidencia de la existencia de una posición dominante.
85. Las participaciones de mercado, dependiendo de la disponibilidad de la información estadística necesaria y de las características propias de cada

<sup>52</sup> La jurisprudencia internacional ha utilizado el análisis de las participaciones de mercado de los otros competidores y el número de ellos para reforzar la utilización de las participaciones de mercado en la determinación de la existencia de posiciones dominantes. Para mayor detalle, ver los ejemplos citados en el tratamiento de participaciones de mercado en la jurisprudencia europea y americana en: CONRATH, Craig W. Op. Cit., Sección 5, págs. 4 a 6.

<sup>53</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 141, nota 15; SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Op. Cit., pág. 28.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Instituto de Aseguramiento de la Calidad



mercado, podrán medirse en función de la capacidad productiva de la empresa, el volumen de producción, el volumen de ventas o el valor de estas últimas.

86. Como se ha señalado, la cuota de mercado, aunque importante, no es el único factor determinante de la posición de dominio de una empresa. En efecto, concluir la existencia de poder de mercado en base únicamente a la cuota de mercado puede ser engañoso.<sup>54</sup>
87. Al respecto, la autoridad de competencia deberá evaluar la cuota de mercado de la supuesta empresa dominante a la luz de la posibilidad de que su comportamiento sea disciplinado competitivamente por terceras empresas, ya sea por (i) aquellas que representan el segmento competitivo<sup>55</sup>, (ii) aquellas que virarían su producción hacia el producto relevante (sustituibilidad por el lado de la oferta) u (iii) otras que decidan ingresar al mercado.
88. En efecto, un factor que debe tomarse en cuenta al momento de interpretar la cuota de mercado de una empresa, a efectos de determinar si ostenta posición de dominio, es la presencia de competencia potencial. De acuerdo a la Comisión Europea, se considera como competencia potencial a aquellas empresas que ante un aumento pequeño y permanente de los precios serían capaces y posiblemente realizarían las inversiones suplementarias o los gastos de adaptación necesarios para entrar al mercado relevante.
89. La competencia potencial está representada tanto por agentes económicos que, ante un aumento en el precio, se ven incentivados a entrar al mercado ("potenciales entrantes"), como por aquellas empresas que, estando en mercados relacionados, pueden cambiarse a producir el producto relevante a bajo costo (sustituibilidad en la producción).<sup>56</sup>

90. A continuación se desarrollan cada uno de los supuestos mencionados:

**(i) Competencia del segmento competitivo**

91. El segmento competitivo del mercado podría disciplinar el comportamiento de una empresa que ostente una alta cuota de mercado de tal manera que determine la ausencia de posición de dominio por parte de ésta.

<sup>54</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit., pág. 143. En la misma línea de pensamiento, Sullivan y Harrison sostienen que "la cuota de mercado es sólo uno de los factores del poder de mercado". SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Loc cit.

<sup>55</sup> Ibidem, pág. 141. Utilizamos el término "segmento competitivo" para referirnos al conjunto de empresas que, sin tener poder de mercado significativo, compiten contra una o más empresas con mayor poder de mercado.

<sup>56</sup> La diferencia entre ambos tipos de empresas sería que en el segundo de los casos, las empresas ya no tendrían que asumir los "costos hundidos" en los que debe incurrirse para entrar en un mercado. El concepto de costo hundido alude a un costo que, por definición, es irrecuperable. Una tecnología muy particular, por ejemplo, puede ser irrecuperable ya que no puede utilizarse en otra industria. En cambio, un terreno puede ser de utilidad para otros propósitos, de manera que la pérdida, en caso la incursión en un mercado sea fallida, no resultará igual al total del costo en el que originalmente se incurrió.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



97. En tal sentido un elemento importante a analizar como parte de la evaluación de la tenencia de posición de dominio por parte de una empresa, es la presencia o ausencia de barreras a la entrada para el ingreso de nuevos competidores al mercado. Las barreras a la entrada<sup>59</sup> son factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades. Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o dificultan a las empresas nuevas ingresar a un determinado mercado.
98. Las barreras a la entrada pueden ser estructurales (económicas o legales) o estratégicas, dependiendo de si están o no relacionadas a acciones directas de la empresa establecida, respectivamente.
99. Las barreras económicas se relacionan a las ventajas absolutas en costos, la presencia de economías de escala y de ámbito significativos, las características de la tecnología requerida, la existencia de facilidades esenciales y los costos hundidos o irrecuperables en que debe incurrir una empresa para ingresar a una industria.
100. Las barreras legales y/o administrativas se refieren a políticas públicas o regulaciones estatales que interfieren de manera directa en la entrada o permanencia de los agentes participantes en el mercado.
101. Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos empresariales que restringen o disuaden a las empresas a entrar en la industria. Las empresas establecidas pueden llevar a cabo diversas prácticas con el objetivo de influir negativamente sobre los beneficios esperados del o los entrantes. El éxito de dichas prácticas dependerá, entre otros aspectos, de que las amenazas resulten creíbles para la empresa entrante así como de que puedan mantenerse en el tiempo sin que existan prácticas alternativas más convenientes para la empresa establecida. Estas prácticas pueden estar orientadas a la reducción o eliminación de los beneficios esperados de la empresa entrante o a elevar los costos de entrada u operación en el mercado. Son ejemplos de barreras estratégicas: los precios límite, la sobreinversión en capacidad, la diferenciación de productos, los subsidios cruzados, la integración y restricciones verticales, el incremento de los costos de los rivales, los precios predatorios, etc.
102. En cualquier caso las barreras a la entrada deben ser evaluadas en términos del costo y del tiempo relativo que tomará a las empresas el entrar al mercado, y en función a la probabilidad de que las firmas estén dispuestas a correr con el costo y riesgo que ello implica.
103. En caso el mercado en cuestión sea uno con barreras de entrada relativamente bajas, incluso una empresa con una alta cuota de mercado

<sup>59</sup> Se suele utilizar el término "barrera a la entrada" para denominar a cualquier obstáculo que debe enfrentar un entrante para lograr ingresar al mercado. Stigler nos ofrece una definición más precisa al señalar que una barrera de entrada es "una condición que impone a los entrantes costos de producción de largo plazo más altos que los soportados por las empresas que ya están en el mercado". Así, las barreras a la entrada surgen de la existencia de diferenciales de costos entre las empresas establecidas y las entrantes. Ver: STIGLER, George J. *Barriers to entry, economies of scale and firm size*. Citado por: POSNER, Richard A. Op. Cit., pág. 74.





podría no gozar de un poder de mercado sustancial. Esto, porque ante un aumento del precio, será fácil que nuevos competidores ingresen al mercado. Viceversa, inclusive una empresa con una relativa baja cuota de mercado podría gozar de un sustancial poder de mercado si las barreras de ingreso son muy altas.

104. Respecto a la contrastación de las cuotas de mercado con otros factores, Landes y Posner<sup>60</sup> proponen la "corrección" de las cuotas de mercado encontradas mediante la incorporación de criterios que considerasen en el cálculo de aquéllas la sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta. En el Cuadro N° 3 a continuación se presentan algunas de dichas propuestas:

**Cuadro N° 16**  
**Algunas "correcciones" a la estimación de cuota de mercado**

Condiciones de mercado	Existen sustitutos cercanos	Existen empresas competidoras que pueden incrementar sus niveles de producción fácilmente	Existen empresas que sin participar del mercado podrían hacerlo a muy bajo costo	Existe la posibilidad de ingreso de nuevos competidores
Carácter económico	Alta elasticidad de demanda	Alta elasticidad de demanda del mercado o alta elasticidad de oferta del segmento competitivo	Alta elasticidad de oferta	Alta elasticidad de oferta
"Corrección"	Incluir a esos sustitutos como parte del mercado relevante	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la capacidad de las empresas del segmento competitivo	Incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción de las empresas que podrían participar del mercado	No es fácil de ajustar. Podría buscarse evidencia de ingreso reciente y significativo

Fuente: LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *El poder de mercado en casos de libre competencia*.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

105. La inclusión como parte del mercado de sustitutos cercanos es una práctica común en la metodología de definición de mercados de producto, utilizada ampliamente por las agencias de competencia a nivel mundial.
106. Asimismo, la existencia de una alta elasticidad de oferta podría ser utilizada para incluir en el cálculo de cuotas de mercado la producción y/o la capacidad de producción de otras empresas<sup>61</sup>. De esta manera la cuota de

<sup>60</sup> LANDES, William M. y Richard A. POSNER. Op. Cit.

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, Sullivan y Harrison han señalado que: "Podría haber firmas que produzcan bienes que no sean sustitutos razonables, pero que empleen mano de obra y capital que fácilmente pueda ser adaptado para producir el mismo bien que la empresa denunciada. Si es así, la elasticidad de oferta con respecto a dichas firmas puede ser lo suficientemente alta para que éstas sean consideradas como competidoras y su producción potencial debe ser añadida al denominador de la ecuación de la cuota de mercado". En SULLIVAN, Thomas E. y Jeffrey L. HARRISON. Op. Cit., pág. 32 y 33. Traducción libre del siguiente texto: "There may be firms that produce goods that are not reasonable substitutes but employ labor and capital that are easily adaptable to the production of the defendant's good. If so, the elasticity of supply with respect to these firms may be high enough for them



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



mercado sería un mejor indicador de la existencia de posición de dominio o poder de mercado.

107. Por otro lado, la concentración del mercado también podría ser tomada en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio. La concentración del mercado es una función del número de empresas en el mercado, relacionada a sus respectivas cuotas de mercado. A efectos de calcular la concentración del mercado, los *Merger Guidelines* utilizan el Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI). El HHI se calcula sumando las cuotas de mercado de cada una de las empresas concurrentes elevadas al cuadrado<sup>62</sup>. En general, dependiendo del grado de concentración, los mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ( $HHI < 1000$ ), moderadamente concentrados ( $1000 < HHI < 1800$ ) o altamente concentrados ( $1800 < HHI$ )<sup>63</sup>. A mayor concentración del mercado se incrementa la probabilidad de tener una o más empresas con poder de mercado.
108. Finalmente cabe señalar que factores tales como ventajas competitivas que puedan tener las empresas por razones de *know how*, tecnología, respaldos financieros (*deep pocket*), la existencia de externalidades de red en el mercado o la concentración de éste deben ser tomados en cuenta al momento de evaluar la existencia de posición de dominio o poder de mercado.

*to be regarded as competitors and their potential output should be added to the denominator of the market-share equation".*

<sup>62</sup> Así por ejemplo, un mercado en el que concurren cuatro firmas A, B, C y D con cuotas de mercado de 30%, 30%, 20% y 20% respectivamente, tiene un Índice HHI de 2600 ( $30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2600$ ).

<sup>63</sup> *Merger Guidelines*, numeral 1.5.



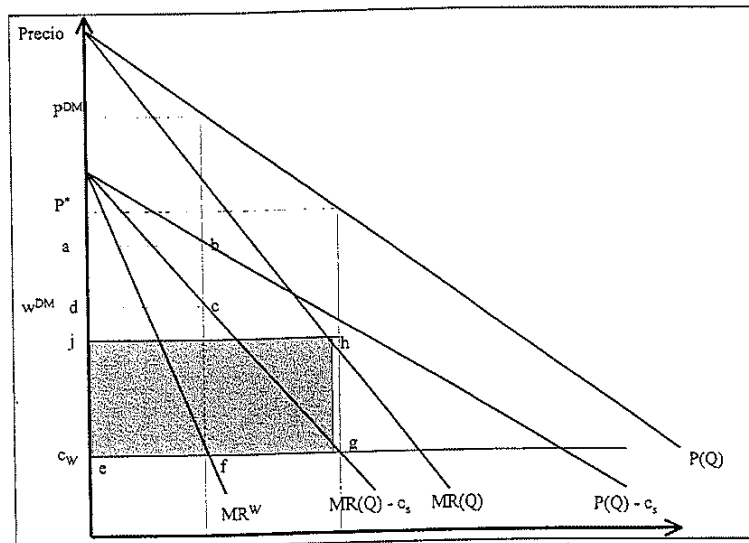


### Anexo N° 5 Integración vertical para evitar la doble marginalización

Si un monopolio, o cualquier forma de competencia imperfecta, ocurre en sucesivas etapas verticales de producción, entonces se ha introducido una ineficiencia denominada "doble marginalización". Supóngase un monopolista productor de botellas que demanda a otra empresa monopolista, tapas-rosca para sus botellas (es decir, un supuesto de producción con proporciones fijas). Asimismo, el costo marginal de producir botellas de plástico es  $c_s$  y el de producir tapas-rosca es  $c_w$ .

En el siguiente gráfico,  $P(Q)$  es la curva de demanda inversa de botellas de plástico;  $MR(Q)$  es la curva de ingreso marginal que corresponde a esta curva de demanda. La *demanda derivada* por botellas puede ser obtenida como sigue. El monopolista de botellas decidirá la cantidad fijando  $MR(Q) = c_s + w$ . Donde  $w$  es el precio al cual vende el monopolista de tapas-rosca. Si se reordena la anterior ecuación como  $w = MR(Q) - c_s$ , se tendrá la demanda derivada (inversa) para tapas-rosca. Es decir la ecuación dice que para cualquier precio de las tapas-rosca  $w$ , fijado por el monopolista de tapas-rosca, la demanda por tapas-rosca será dada por la  $Q$  en el lado derecho que resuelve la ecuación. Ahora dado que esta es la curva de demanda del monopolista de tapas-rosca, para maximizar sus ganancias se construirá una curva de ingreso marginal para esa curva, mostrada en el gráfico como  $MR^w$ , y fijara este ingreso marginal igual a sus costos marginales  $c_w$ . El precio de transferencia obtenido para las tapas-rosca es denominado  $w^{DM}$  y el precio final de las botellas se denomina  $P^{DM}$ .

**Gráfico N° 1**  
**Integración vertical que evita la "doble marginalización"**



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

Los beneficios para las firmas de tapas-rosca y botellas de plástico están dados por las áreas  $cdef$  y  $abcd$  en la figura, respectivamente. Si las tapas-rosca y las botellas de plástico estuvieran integrados verticalmente, se puede encontrar el precio que maximiza los beneficios para la firma verticalmente integrada fijando



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



$$MR(Q) = c_s + c_w$$

o equivalentemente  $MR(Q) - c_s = c_w$ . El precio correspondiente es denominado  $P^*$ , y los beneficios son el área sombreada  $eghj$ . Estos beneficios de integración vertical son claramente mayores porque el precio  $P^*$  maximizará los beneficios disponibles en el mercado (usando un precio lineal) y por lo tanto el precio  $P^{DM}$  de "monopolio sucesivo" debe implicar menores beneficios totales.

Es útil pensar en el tema de la doble marginalización en términos de externalidades: variaciones en  $P$  afectan los beneficios de los productores de botellas de plástico a través de la demanda cambiante ( $Q$ ) y el margen de venta al por menor ( $P-w$ ). Pero existe también un efecto en los beneficios del productor de tapas-rosca, transmitido a través del margen de ventas al por mayor ( $w - c_w$ ). La externalidad ocurre debido a que la firma de botellas de plástico no toma en cuenta ( $w - c_w$ ) al fijar el precio al por menor. Por ejemplo, cuando la firma "downstream" considera subir el precio de las botellas de plástico, tiene en cuenta el efecto en sus propias ganancias – el aumento en el precio tiende a incrementar las ganancias pero la disminución en el volumen tiende a reducirlas – pero no el efecto en los beneficios del productor de tapas-rosca, lo cual es negativo, porque dado el margen de ventas al por mayor, toda falla en la demanda llevara a una clara disminución en las ganancias del productor de tapas-rosca. La externalidad vertical generalmente causa que los precios al por menor sean fijados demasiado altos ( $P > P^*$ ) desde la perspectiva de maximizar los beneficios conjuntos de las firmas upstream y downstream. Como una conclusión final, nótese que la presencia de la "doble marginalización" crea incentivos para que las firmas se integren verticalmente, y así incrementar los beneficios conjuntos.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



Anexo N° 6

En aquellos casos donde existe competencia intermodal e intramodal, la reforma ha traído consigo la reducción de los precios y mejoras en la calidad de servicios, especialmente en el caso del transporte de carga (Por ejemplo Argentina y Brasil).

Cabe mencionar que en un número importante de países en los que se permitió la integración vertical existía competencia intermodal en el transporte de carga. Es decir, el transporte ferroviario compite con el transporte carretero, con el transporte fluvial o navegable (Brasil y México) y con transporte aéreo (México).<sup>1</sup>

En los cuadros a continuación se resumen experiencias de diferentes países que aplicaron políticas de reorganización a su sector ferroviario.

**Cuadro N° 1**  
**Antecedentes de la reestructuración del sector ferroviario**

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Administración de infraestructura y provisión de servicios	Periodo
Argentina <sup>2</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Argentinos (FA)	FA	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de FA	1948-1990
Bolivia <sup>3</sup>	Monopolio Público: Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE)	ENFE	Propiedad del Estado	Administración unificada	1964-1996
Brasil <sup>4</sup>	Tres empresas Estatales: RFFSA, FEPASA, CVRD	Compañías Públicas	Propiedad del Estado	Administración unificada	RFFSA: 1957-1997 FEPASA: 1974-1997
Colombia <sup>5</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Nacionales de Colombia (FNC)	FNC	Propiedad del Estado	Administración unificada	1954-1989

<sup>1</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*; BID-INTAL y THOMSON, I. *Los Ferrocarriles y su Contribución al Comercio Internacional*. Buenos Aires – Argentina, pág. 11,13,18-20 y 62; y, ESTACHE, A., GONZALES, M. y TRUJILLO, L. *What Does "Privatization; Do for Efficiency? Evidence from Argentina's and Brazil's Railways*. World Development, 2002, Volumen 30, N°11, pág. 1891; y, OECD, *Op. Cit.*, pág. 201.

<sup>2</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op Cit.*; ESTACHE, A. *Op. Cit.*, págs. 1885 – 1897; RAMAMURTI, R. *Testing the Limits of Privatization: Argentine Railroads*. World Development, 1997, Volumen 25, N°12. págs. 1973 a 1993; y, GINES DE RUS y ESTACHE A. *Privatization and Regulation of Transport Infrastructure - Guideline for Policy Maker and Regulators*. World Bank Institute, 2000, pág. 180.

<sup>3</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 43 a 50; BID-INTAL y THOMSON, I. *Op. Sit.*, págs. 11,13,18 a 20 y 62; y, Boletín FAL. *Las Oportunidades y los Riesgos en la Privatización Ferroviaria Latinoamericana*. Edición N°134, 1997, junio – julio.

<sup>4</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs.50 a 63 y 226.; ESTACHE, A. *Op. Cit.*, págs. 1885 a 1897; y, GINES DE RUS y ESTACHE A. *Op. Cit.*, pág.180.

<sup>5</sup> En: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. *La Política Ferroviaria en Colombia 1989-2001*; CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 72 a 78, 226 y 227; y, ALONSO, J., BENAVIDES, J., FAINBOIM, I. y RODRÍGUEZ, C. *Participación Privada en Proyectos de Infraestructura y Determinantes de los Esquemas Contractuales Adoptados: El Caso Colombiano*. BID, 2001, Research Network Working Paper, 2001, R-412, págs 77 a 86.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance



País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Administración de infraestructura y provisión de servicios	Periodo
México <sup>6</sup>	Monopolio Público: Ferrocarriles Nacionales de México (FNM)	FNM	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de FNM	Hasta 1996
Inglaterra <sup>7</sup>	Monopolio Público: British Rail	BR	Propiedad del Estado	Dirección unificada bajo la administración de BR	Hasta 1994
Suecia	Monopolio Público: Swedish State Railways (SSR)	SSR	Propiedad del Estado a través de SSR	Dirección unificada bajo la administración de SSR	Hasta 1988

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

**Cuadro N° 2**  
**La reestructuración del sector ferroviario**

País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Modelo	Observaciones
Argentina <sup>25</sup>	<u>Transp. de Carga:</u> 5 concesionarios privados y 1 estatal. <u>Transp. Pasajeros:</u> 3 concesionarios metropolitanos.	Propiedad del Estado que alquila el material rodante a los concesionarios.	Propiedad del Estado con acceso competitivo restringido por 30 años.	Concesión integrada con competencia intermodal en el transporte de carga.	En el transporte de carga, el modo carretero compete con el modo ferroviario en igualdad de condiciones. En el transporte de pasajeros, el servicio registra mejor desempeño financiero y administrativo.
Bolivia <sup>27</sup>	Dos concesionarios privados controlan la Red Andina y la Red Oriental respectivamente.	Estado boliviano que alquila el material rodante.	Estado boliviano.	Concesión Integrada a través de un programa de capitalizaciones con competencia intermodal en la Red Andina.	La Red Andina compete con el transporte carretero sobre el eje La Paz - Arica. En la Red Oriental se registra ausencia de competencia con el transporte por camiones en la ruta al Brasil.
Brasil <sup>28</sup>	<u>Transporte de Carga:</u> RFFSA fue dividida en seis monopolios regionales. FEPASA es la séptima región. <u>Transp. Pasajeros:</u> Responsabilidad estatal y privada.	Los activos son propiedad de RFFSA los cuales son alquilados a los operadores.	Propiedad del Estado con acceso competitivo.	Concesión integrada con competencia intermodal en el transporte de carga.	En el transporte de cargas, el modo ferroviario compete con el modo carretero y con el modo fluvial o navegable. En dicho servicio, la participación de los ferrocarriles es de 7% contra el 91% de la modalidad del transporte automotor por carreteras.
Colombia <sup>29</sup>	<u>Transp. de carga:</u> dos concesionarios privados operan la Red del Pacífico y Red del Atlántico respectivamente.	Estado Colombiano.	Estado a través de Ferrovías.	Dos etapas: 1. Concesión separada en la Red Atlántica. 2. Concesión integrada con acceso competitivo y competencia intermodal en transporte de carga.	En el periodo comprendido entre 1990 y 1999 la participación del ferrocarril en el mercado de transporte de carga era baja en tanto que la mayoría de las cargas se movilizaba a través del sistema carretero.

<sup>6</sup> En: CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 140 a 148. y OECD, *Op. Cit.* págs. 109 a 112 y 200 a 201.

<sup>7</sup> En: RAMOS, R. *La Privatización del Ferrocarril Británico: Una visión crítica*. Universidad San Pablo-CEU, 2002; OECD. *Op. Cit.*, pág. 21; CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO – CAF, *Op. Cit.*, págs. 113 a 120; y, GINES DE RUS y ESTACHE A., *Op. Cit.* Pág. 183.



País	Estructura de Mercado	Propiedad de los Ferrocarriles	Propiedad de la Infraestructura	Modelo	Observaciones
Perú <sup>30</sup>	Principalmente transporte de carga. Segmentación en tres líneas troncales y ocho rutas cortas para concesionarios y adjudicatarios.	Estado Mexicano.	Propiedad del Estado con acceso competitivo restringido.	Concesión integrada con separación horizontal y acceso competitivo. Competencia intermodal e intramodal.	Para el transporte de carga y pasajeros, el transporte automotor (modo carretero) es el principal competidor del ferrocarril (modo ferroviario). Otros modos alternativos de transporte son el marítimo y el aéreo.
Brasil <sup>31</sup>	<u>Transp. de Carga:</u> 2 compañías privadas. <u>Transp. Pasajeros:</u> 25 concesionarios.	Propietarios privados (ROSCOs) quienes alquilan material rodante a los operadores.	Monopolio privado (Railtrack) sujeto a regulación.	Concesión separada. Modelo de Separación Vertical.	el sector privado se encarga tanto de la administración de la infraestructura como de la operación de los servicios de transporte.
Suecia	Banverket: Monopolio en infraestructura <u>Transp. de carga:</u> SJ y otros <u>Transp. Pasajeros:</u> SJ y CTA's	La empresa estatal Statens Jarnvagar (SJ) y pequeñas compañías privadas.	Monopolio público: Banverket	Concesión separada. Modelo de Separación Vertical.	La reorganización del sector se dejó en manos de dos agencias estatales: Banverket y Statens Jarnvagar, para que posteriormente se permita la entrada de competidores privados.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

En el caso peruano, en términos generales en todos los tramos concesionados, se ha verificado después de los dos primeros años del proceso de concesión de 1999, bajo el modelo de integración vertical, una mejora en los indicadores de gestión y desempeño empresarial (número de pasajeros transportados<sup>8</sup> menores accidentes y mermas, mayor productividad laboral, entre otros)<sup>9</sup>.

Asimismo, sólo en los Ferrocarriles Centro y Sur se ha verificado la presencia de competencia intermodal en los servicios de transporte de pasajeros y de carga, no así en el Ferrocarril Sur – Oriental, salvo en ciertos tramos específicos como Cusco – Ollanta y Ollanta - Piscaycucho<sup>10, 11</sup>.

<sup>8</sup> Durante el primer año de la concesión, el número total de pasajeros transportados por ferrocarril fue de 832 mil, 10% por debajo de lo transportado por la empresa pública anterior en el año previo a la concesión, en razón de la estrategia comercial de cancelación de las rutas no rentables y concentración en el transporte turístico. Ya en el segundo año, dicho número de pasajeros se incrementó en 3,6% respecto al año anterior.

<sup>9</sup> Reducción del 80% de las ocurrencias que registró la administración anterior; menores mermas, por mayor protección a la carga y mejoras en la vía; y mayor productividad por trabajador por la reducción de la fuerza laboral (de 1747 en 1998 a 737 en agosto de 2001), y la disponibilidad de locomotoras aumentó de 50% a 80%.

<sup>10</sup> A través de una carretera rural de trocha afirmada.

<sup>11</sup> Asimismo, el tramo Cusco – Machupicchu, a través de helicóptero, o de Cusco a Ollanta en bus y de Ollanta a Machupicchu en tren. Sin embargo, dicha intermodalidad no sería efectiva. En: Informe N° 003-2000-Indecopi/CLC del 14 de agosto de 2000.

Anexo N° 7

Precios de material tractivo y rodante nuevo

Tipo de unidad y características	Precio CIF (US\$)	Observaciones
<b>1.- Locomotora:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 914 mm. 1950 HP al nivel del mar; 1450 HP a 3 500 m.s.n.m.	1 420 000	Cotización reciente. Unidades con dicha potencia de motor sólo son usadas en vía principal de trocha angosta.
<b>ESTADOS UNIDOS</b> Para Trocha de 1435 mm. 3000 HP al nivel de mar 2400 HP a 4800 m.s.n.m.	2 700 000	Precio referencial reciente, puesto ex fábrica US\$2 200 000.
<b>2.- Coche:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 914 mm. Con 60 asientos. Primera clase, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	312 000	Cotización reciente.
<b>3.- Autovagón:</b>		
<b>CHINA</b> Para trocha de 0,914 m. con 60 asientos, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	1 420 000	Dato referencial basado en experiencia. Precio de autovagón similar al precio de una locomotora de la misma procedencia.
<b>ESPAÑA</b> Para trocha de 914 mm., con 60 asientos, baños con sistema de retención según norma de preservación del medio ambiente.	2 200 000	Dato referencial basado en experiencia. Precio de autovagón similar al precio de una locomotora de la misma procedencia.
<b>4.- Vagón tolva:</b>		
<b>ESTADOS UNIDOS</b> Para trocha de 1435 mm Capacidad: 70 toneladas	70 000	Precio referencial reciente.

Fuente: Ministerio de Transporte y Comunicaciones, sobre la base de cotizaciones referenciales.  
Elaboración: GEE-INDECOPI.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



Fersimsac solicitó a Fetrans lo siguiente:

**FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C.**

**REQUERIMIENTO DEL EQUIPO TRACTIVO Y RODANTE**

LOCOMOTORAS D.L. 535	03
AUTOVAGONES FERROSTAL	02
AUTOVAGONES MACOSA	02
AUTOVÍAS	01

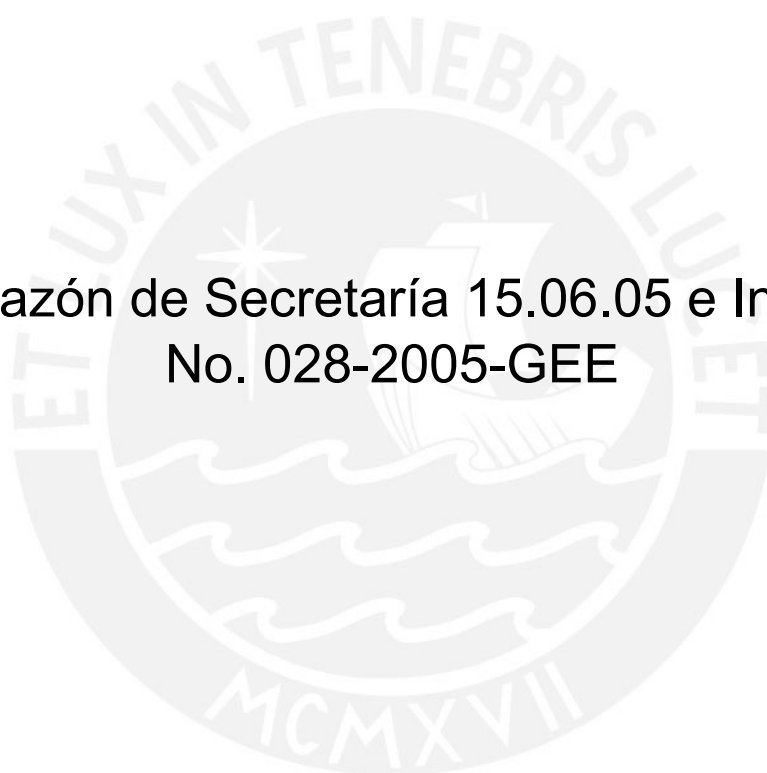
**RESUMEN DE MATERIAL RODANTE**

COCHES PARA TURISMO RUMANOS	06
COCHES PARA PASAJEROS JAPONESES	04
COCHES PARA PASAJEROS RUMANOS	04
	<hr/>
	14
TRUQUES DE TROCHA ANGOSTA PARA COCHES DE PASAJEROS	08
BODEGAS RUMANOS	03
BODEGAS BRASILERAS	03
BODEGAS JAPONESES	03
	<hr/>
	09
JAUAS JAPONESES	02
CAJONES JAPONESES	02
PLANOS JAPONESES	07
TANQUES (Inglesas – Rumanas)	02
CALICHEROS	04



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA. 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

11. Razón de Secretaría 15.06.05 e Informe  
No. 028-2005-GEE





ndecopi

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA



RAZÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

Por medio de la presente se dispone la incorporación del Informe N° 028-2005/GEE del 16 de mayo de 2005, a la versión pública de los Expedientes números 010-2004/CLC y 012-2004/CLC (Acumulados).

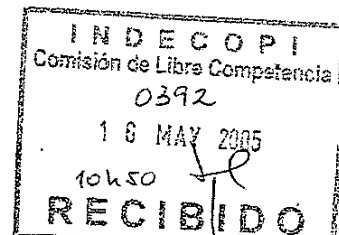
Lima, 15 de junio de 2005

Hugo Gómez Apac  
Secretario Técnico



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

**INFORME N° 028-2005/GEE**



A : **Hugo Gómez A.**  
Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia

DE : **José Tavera Colugna**  
Gerente de Estudios Económicos

**Luis Carlos Adrianzén R.**  
Coordinador Legal

**Julio Aguirre M.**  
Analista Económico

ASUNTO : **Análisis sobre el Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente y otros**



**I. ANTECEDENTES**

1. El 10 de mayo de 2005, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Secretaría) remitió a la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, la Gerencia) el Memorandum N°090-2005/CLC, en el que solicitó, teniendo en cuenta que en los Expedientes números 010 y 012-2004/CLC (acumulados) se tramita el procedimiento iniciado por denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y de oficio contra Ferrocarril Transandino S.A. por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de trato y discriminación, la elaboración de un informe sobre los siguientes puntos:

A.- Análisis y descripción de las principales cláusulas del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur – Oriente relativo a:

- (i) las modalidades de retribución de la concesión y la liberalización de dicho pago;
- (ii) los principales servicios que el concesionario se encuentra autorizado a prestar en virtud del contrato de concesión mencionado;
- (iii) la posibilidad del concesionario de contratar con un operador vinculado para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros;
- (iv) las obligaciones y derechos del concesionario; y
- (v) las condiciones de competencia contenidas en el contrato de concesión (v.g. principio de equidad).



B.- Determinar si las reformas operadas en el sector (principalmente la segmentación de actividades) tuvieron como finalidad generar competencia en aquellos segmentos donde la libre competencia era posible y deseable (v.g. servicios de transporte ferroviario) o si por el contrario la finalidad fue mantener integrada las actividades ferroviarias.

C.- Elaborar un marco teórico – económico sobre la integración vertical.

2. Dado lo anterior, se remite el presente informe, el cual se estructura de acuerdo a lo solicitado por la Secretaría.

## II.- ANÁLISIS Y DESCRIPCIÓN DE LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL FERROCARRIL DEL SUR Y SUR – ORIENTE

### II.1.- Objeto del Contrato de concesión

3. El objeto del Contrato de Concesión es establecer los derechos y obligaciones de las partes, así como las características y condiciones de la Concesión, incluyendo plazos y garantías, entre otros aspectos<sup>1</sup>.
4. Mediante este contrato el Concedente otorgó a favor del Concesionario la Concesión para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los Bienes de la Concesión, así como para la construcción de obras de Infraestructura Vial Ferroviaria, para la prestación de Servicios de Transporte Ferroviario y de Servicios Complementarios en el Área Matriz, de acuerdo a las estipulaciones contenidas en el Contrato, y en las Leyes Aplicables. El Contrato entró en vigencia en la Fecha de Cierre, que fue el 20 de setiembre de 1999.

### II.2.- Ámbito de la Concesión

5. El ámbito de la Concesión incluye los siguientes tramos de ferrovías<sup>2</sup>:
  - Ferrocarril del Sur (Tramos Matarani-Arequipa, Arequipa-Juliaca, Juliaca-Puno, Juliaca-Cusco); y,
  - Ferrocarril del Sur Oriente (Tramo Cusco-Hidroeléctrica)

### II.3.- Bienes de la Concesión

6. Los Bienes de la Concesión son aquellos bienes y derechos mencionados en el Anexo 2 (incluyendo los adquiridos con fondos del Banco Mundial pendientes de desaduanaje) y Anexo 3.
7. Algunas reglas importantes sobre los Bienes de la Concesión:
  - El Material Tractivo, Rodante y cualquier otro Bien de la Concesión incluido en el Anexo 3 no podrá ser trasladado fuera del Area Matriz sin autorización escrita de OSITRAN<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cláusula 2.2.

<sup>2</sup> Cláusula 2.4

<sup>3</sup> Cláusula 3.1



- El Concedente no asume responsabilidad alguna por el funcionamiento, antigüedad o valor de los bienes entregados, salvo en el caso de saneamiento por vicios ocultos<sup>4</sup>.
- En el Anexo 2 se incluyen las servidumbres, derechos de paso, y todo derecho o limitación sobre los bienes<sup>5</sup>.
- También adquirirán la condición de bienes o derechos de propiedad del Concedente los que reemplacen a cualquier elemento de la Infraestructura Vial Ferroviaria, mejoras o ampliaciones, construcciones<sup>6</sup>.
- El Concesionario sólo puede disponer o gravar los Bienes Accesorios de la Concesión, separadamente de ésta, previa autorización del Concedente con opinión favorable de OSITRAN<sup>7</sup>.
- El Concesionario, a su criterio, debe realizar las modificaciones, trabajos o mejoras que considere convenientes o que sean necesarias para el mantenimiento, administración y explotación de la Concesión, la infraestructura Vial Ferroviaria y los Servicios de Transporte Ferroviario<sup>8</sup>.
- Cualquier responsabilidad derivada de los Bienes de la Concesión o de las servidumbres, derechos de paso o de cualquier derecho o limitación a favor o que deban soportar los Bienes, corresponderá exclusivamente al Concedente<sup>9</sup>.

#### II.4.- Vigencia de la Concesión y condiciones de pago

8. El Plazo de vigencia de la Concesión es de 30 años, contados desde la Fecha de Cierre<sup>10</sup>, el cual podrá ampliarse por periodos de cinco años de concesión adicionales<sup>11</sup>.
9. Las condiciones de pago de la concesión son las siguientes:
  - El Concesionario está obligado al pago de la **Retribución Principal**, que equivale al porcentaje de Ingresos Brutos propuesto en su Oferta Económica<sup>12</sup>.
  - Asimismo, el Concesionario está obligado a pagar semestralmente a favor del Concedente la **Retribución Especial** que equivale al 50% de los ingresos del semestre inmediatamente obtenidos por la explotación del Material Tractivo y Rodante<sup>13</sup>.
  - Finalmente, el Concesionario también queda obligado al pago de la **Tasa de Regulación** a favor de OSITRAN.

<sup>4</sup> Cláusula 3.2

<sup>5</sup> Cláusula 3.3

<sup>6</sup> Cláusula 3.3

<sup>7</sup> Cláusula 3.5

<sup>8</sup> Cláusula 3.6

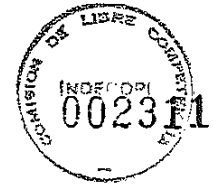
<sup>9</sup> Cláusula 3.8

<sup>10</sup> Cláusula 4.1

<sup>11</sup> Cláusula 4.2

<sup>12</sup> Cláusula 5.1

<sup>13</sup> Cláusula 5.2



## II.5.- Reglas sobre la explotación de la Concesión

10. Las reglas sobre la explotación de la Concesión son las siguientes:

- La explotación de la Concesión se realizará mediante el aprovechamiento de los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario que el Contrato autoriza a desarrollar y los Servicios Complementarios<sup>14</sup>.
- El Contrato es título suficiente para que el Concesionario pueda explotar los Bienes de la Concesión, por lo tanto tendrá derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea establecida, a los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que deseen ingresar al mercado<sup>15</sup>.
- El Contrato también es título suficiente para que el Concesionario pueda prestar Servicios de Transporte Ferroviario con excepción del transporte de pasajeros y/o carga requiriendo de ningún otro permiso, autorización o licencia que deba ser emitido por el Concedente. Así, el Concesionario puede desarrollar las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, mantenimiento de material tractivo y rodante, las operaciones vinculadas con la señalización, telecomunicaciones, entre otras, que sean posibles desarrollar para la explotación de Servicios de Transporte Ferroviario, conforme a las leyes aplicables<sup>16</sup>.
- El Concesionario reconoce que los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario también pueden desarrollar dichos Servicios, conforme a las Leyes Aplicables<sup>17</sup>.
- El Contrato otorga al Concesionario el derecho exclusivo para explotar y desarrollar Servicios Complementarios en el Area Matriz, lo que podrá realizar directamente o a través de terceros con quienes contrate para tal fin. El Concesionario podrá desarrollar como Servicios Complementarios todas aquellas actividades económicas que sean posibles de desarrollarse, de acuerdo a las Leyes aplicables y siempre que con su desarrollo no afecten el de los Servicios de Transporte Ferroviario<sup>18</sup>.
- El Concesionario tiene derecho a explotar los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario y los Servicios Complementarios que crea conveniente, de acuerdo a lo establecido en el Contrato, las Bases y Leyes aplicables. Este derecho implica la libertad del Concesionario en la gestión y conducción del negocio, lo cual incluye, pero no se limita, a la administración, mantenimiento, rehabilitación y construcción de Infraestructura Vial Ferroviaria, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrate y la libertad de decisión comercial, dentro de los límites contenidos en el Contrato, las Bases y Leyes aplicables<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cláusula 6.1

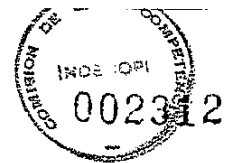
<sup>15</sup> Cláusula 6.1

<sup>16</sup> Cláusula 6.3

<sup>17</sup> Loc. cit.

<sup>18</sup> Cláusula 6.4

<sup>19</sup> Cláusula 6.5



## II.6.- Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario

11. Las condiciones del servicio de transporte ferroviario son los siguientes:

- Tarifa por uso de vía: Se regula la tarifa por uso de vía que puede cobrar el Concesionario por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la Línea Férrea, la cual será aplicada también para las unidades de propiedad o de uso del Concesionario cuando circulen por la línea férrea como consecuencia de contratos entre el Concesionario y cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario<sup>20</sup>.
- Libertad de tarifas: El Concesionario determinará a su discreción las tarifas a ser cobradas por los Servicios de Transporte Ferroviario que puede desarrollar conforme a lo previsto en el Contrato y/o por los Servicios Complementarios y/o por cualquier otra materia vinculada a la explotación de la Concesión, con excepción de la (i) tarifa máxima de uso de vía; (ii) determinadas tarifas para los servicios turísticos de pasajeros<sup>21</sup>.
- Contratos con Operadores<sup>22</sup>: 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. Se detallan estipulaciones mínimas de los contratos de ingreso a la Línea Férrea, entre ellas aquella referida a que el plazo de vigencia no podrá exceder de 10 años, sin perjuicio del derecho de renovación. Sin embargo, toda vez que dicho plazo excede al máximo legal previsto en el artículo 1688 del Código Civil para el arrendamiento de bienes que pertenecen a entidades públicas, OSITRAN ha señalado que el pacto no es válido y que deberá entenderse que el plazo máximo por el cual el Concesionario puede celebrar el arrendamiento con el operador es de 6 años<sup>23</sup>.
- Equidad de servicios: El Concesionario **no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes**. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes aplicables en caso realizara **actos o conductas que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado** o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea. Cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima, referido a la caducidad de la Concesión. Dichas obligaciones alcanzan, respecto de cualquier persona que solicite sus servicios, a cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario o, en general, a cualquier tercero que opere Servicios Complementarios con autorización del Concesionario<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Cláusula 7.1

<sup>21</sup> Cláusula 7.2

<sup>22</sup> Cláusula 7.3

<sup>23</sup> Ver: Informe N° 019-03-GAL-OSITRAN.

<sup>24</sup> Cláusula 7.6



Asimismo y en consecuencia con el principio de equidad de servicios consagrado en el Contrato, se desarrolla un mecanismo de concurso para el caso en que dos o más Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario deseen usar al mismo tiempo el segmento de la Vía Férrea o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro<sup>25</sup>.

- Interconexión de Líneas Férreas: El Concesionario está obligado a permitir que cualquier red o tramo de Línea Férrea que se construya en el futuro se interconecte a cualquiera de las Líneas Férreas comprendidas en el contrato, ya sea que la nueva red o tramo de Línea Férrea se encuentre concesionada a favor de terceros, del Concesionario o que sea operada por el Concedente u otro organismo o entidad estatal<sup>26</sup>.

#### II.7.- Referencia a algunas obligaciones del concesionario

12 El Concesionario se obliga a **permitir el ingreso a la Línea Férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones** prevista en el Contrato y en las Leyes Aplicables. Sólo podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador en caso que:

- No cuente con el Permiso de Operación vigente extendido por el MTC; o,
- Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su Material Tractivo o Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecido en el Contrato; o,
- No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables.<sup>27</sup>

13. El Concesionario se obliga a no participar, directa o indirectamente, en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por ferrocarril comprendido o en un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario que desarrolle actividades en un ferrocarril no comprendido en el Contrato<sup>28</sup>.

#### II.8.- Penalidades por incumplimiento

14. En caso que el Concesionario incumpliera con alguna de las obligaciones que el Contrato le impone, y sin perjuicio de cualquier otro derecho que el Contrato o las Leyes aplicables le otorguen, OSITRAN podrá aplicar las penalidades que se encuentran previstas en el Anexo 9, de acuerdo a la gravedad de la infracción<sup>29</sup>.

#### II.9.- Continuidad de operación del sistema ferroviario

15. El contrato de concesión no previó el acceso inicial de operadores a través de un concurso público, sino que plantea la **posibilidad de contratar con un operador vinculado** al concesionario a la fecha de cierre (fecha de suscripción del contrato de concesión), con el objetivo de que la operación del sistema ferroviario no se

<sup>25</sup> Cláusula 7.6

<sup>26</sup> Cláusula 7.8

<sup>27</sup> Cláusula 12.2

<sup>28</sup> Loc. cit.

<sup>29</sup> Cláusula 20.2



viera afectada como consecuencia de la transferencia de bienes una vez celebrado el contrato de concesión<sup>30</sup>.

## **II.- FINALIDAD DE LAS REFORMAS OPERADAS EN EL SECTOR FERROVIARIO PERUANO**

16. Hasta mediados de la década de los ochenta, en muchos países la industria ferroviaria fue una actividad sujeta a regulación, concebida como un monopolio natural y operada por un único propietario que integraba todos los negocios de la actividad (infraestructura, operación de transporte, marketing, entre otros), ya sea a nivel estatal o privado. Sin embargo, el desempeño de la industria bajo ese esquema demostró ser deficiente, motivando un creciente interés en la privatización y desregulación, como mecanismos alternativos para mejorar dichos resultados.
17. En ese sentido, desde principios de la década anterior distintos gobiernos iniciaron la transferencia de la administración de la infraestructura y la operación del servicio de transporte al sector privado, a través de procesos que pretendían promover la introducción de competencia en la industria ferroviaria, como las concesiones, contratos de gestión y privatizaciones. Asimismo, la experiencia internacional muestra que la mayoría de los países que ha reorganizado su sector ferroviario lo ha hecho sobre la base de dos grandes modelos: (i) separación vertical; y, (ii) integración vertical. Cabe mencionar que, independientemente del modelo escogido, en la mayoría de países que implementaron reformas en el sector, la propiedad tanto de la infraestructura como del material tractivo y rodante, continuó siendo del Estado. Una de las razones de ello, ha sido la necesidad de garantizar la continuidad del servicio durante el inicio de las reformas y, en el caso de concesiones, reducir a los potenciales operadores privados los costos hundidos asociados a la adquisición del material tractivo y rodante, al menos, durante la etapa inicial.<sup>31</sup>
18. En el caso peruano, el sector ferroviario también fue sujeto de un proceso de reestructuración, el cual buscó resolver los problemas de ineficiencia financiera, administrativa y operativa que se venía dando bajo el esquema de integración vertical, en el que los negocios de administración de la infraestructura y la operación de transporte ferroviario (pasajeros y carga) estaban en manos de una sola empresa estatal.
19. La reforma implementada por el Estado, que consistió en la concesión de la actividad, entregó la administración de la infraestructura ferroviaria a una empresa privada por un periodo de 30 años<sup>32</sup> y, a su vez, permitió que las actividades de transporte estén en manos de un operador vinculado a la empresa concesionaria, con la finalidad de garantizar la continuidad del servicio de transporte y no se vea afectado como consecuencia de la transferencia de bienes una vez celebrado el

<sup>30</sup> Circular N° 17 de la Licitación Pública Especial Internacional para la entrega en Concesión de la administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente.

<sup>31</sup> Mayores detalles sobre los modelos mencionados pueden ser revisados en el Informe N°055-2004/GEE (pp. 6 - 14), en el que los conceptos de separación o integración vertical se refieren exclusivamente a la integración o separación de las actividades de explotación de la infraestructura y prestación del servicio de transporte y no a la propiedad de los activos.

<sup>32</sup> Ver acápite II.4 de la sección anterior.





Contrato de Concesión<sup>33</sup>. Por lo tanto, el modelo aplicado fue el de integración vertical, el cual a la fecha sigue vigente.

20. Como resultado de la reestructuración aplicada al sector, en términos generales se ha verificado después de los dos primeros años del proceso de concesión en 1999, bajo el modelo de integración vertical, una mejora en los indicadores de gestión y desempeño empresarial (número de pasajeros transportados<sup>34</sup> menores accidentes y mermas, mayor productividad laboral, entre otros)<sup>35</sup> en todos los tramos concesionados.
21. Sin embargo, desde el punto de vista de la competencia, de las tres redes que componen el sistema ferroviario peruano, sólo en el sistema Centro y Sur, se ha verificado la presencia de competencia intermodal en los servicios de transporte de pasajeros y de carga. Mientras que en el sistema Sur-Oriente, se hace necesario promover competencia intermodal y evaluar la posibilidad de introducir competencia intramodal en dichos servicios.<sup>36</sup>
22. Dado lo anterior, en opinión de la Gerencia, las reformas operadas en el sector ferroviario peruano sí tuvieron como una de sus finalidades generar competencia. En efecto, de la revisión del proceso de concesión se verifica que existen una serie de disposiciones contractuales al entregarse la concesión que permitirían afirmar que existe una clara intención de generar competencia en aquellos segmentos donde la libre competencia es posible y deseable.
23. A continuación se mencionan algunas de las referidas disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión:

### **Cláusula 7.3**

24. En la que se establece que el Concesionario debe celebrar contratos de ingreso a la Línea Férrea con Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario a fin de que éstos puedan desarrollar los servicios correspondientes.
25. La cláusula está redactada en plural, asumiendo la presencia de más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. Si la intención hubiera sido que el único operador fuera aquél vinculado al Concesionario, esta cláusula no tendría razón de ser.
26. Similares referencias en plural se hacen en las cláusulas 6.1 ("*... tendrá derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea establecida, a los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que deseen ingresar al mercado*"); 6.3 ("*... los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario también pueden desarrollar dichos Servicios, conforme a las Leyes Aplicables*"); y 7.1 ("*... como consecuencia*

<sup>33</sup> Ver acápite II.9 de la sección anterior.

<sup>34</sup> Durante el primer año de la concesión, el número total de pasajeros transportados por ferrocarril fue de 832 mil, 10% por debajo de lo transportado por la empresa pública anterior en el año previo a la concesión, en razón de la estrategia comercial de cancelación de las rutas no rentables y concentración en el transporte turístico. Ya en el segundo año, dicho número de pasajeros se incrementó en 3,6% respecto al año anterior.

<sup>35</sup> Reducción del 80% de las ocurrencias que registró la administración anterior; menores mermas, por mayor protección a la carga y mejoras en la vía; y mayor productividad por trabajador por la reducción de la fuerza laboral (de 1747 en 1998 a 737 en agosto de 2001), y la disponibilidad de locomotoras aumentó de 50% a 80%.

<sup>36</sup> Ver Informe N°055-2004/GEE. pp. 13-23.



de contratos entre el Concesionario y cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario). Los escenarios que se suelen plantear en el Contrato de Concesión siempre contemplan la existencia de más de un Operador

#### **Cláusula 7.6**

27. En la que se hace una importante referencia a la "equidad de servicios" y se proscribe que el Concesionario discrimine entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes.
28. Esta cláusula es una nueva referencia a la existencia de más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, lo cual se refuerza cuando en la misma cláusula se desarrolla un mecanismo de concurso para el caso en que dos o más Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario deseen usar al mismo tiempo el segmento de la Vía Férrea o que el Servicio de Transporte Ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro.

#### **Cláusula 12.2**

29. En la que se obliga al Concesionario a permitir el ingreso a la Línea Férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones prevista en el Contrato y en las Leyes Aplicables, y se limitan taxativamente los supuestos para impedir el acceso a la Línea Férrea por parte de un Operador. Una nueva evidencia de la intención que se tiene de procurar la presencia de varios Operadores.
30. Asimismo, cuando en la misma cláusula el Concesionario se obliga a no participar, directa o indirectamente, en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por ferrocarril comprendido o en un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario que desarrolle actividades en un ferrocarril no comprendido en el Contrato, se pone de manifiesto nuevamente que el Contrato de Concesión prevé un escenario donde existe más de un Operador.

#### ***Circular N° 17 de la Licitación Pública Especial Internacional para la entrega en Concesión de la administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente***

31. Si bien en el proceso de concesión no se prevé el acceso inicial de operadores a través de un concurso público, sino que más bien se opta por plantear la posibilidad de contratar con un operador vinculado al Concesionario a la fecha de cierre, ello se realiza sólo con el objetivo de que la operación del sistema ferroviario no se viera afectada como consecuencia de la transferencia de bienes una vez celebrado el contrato de concesión.
32. De dicha intención se deja expresa constancia en la Circular N° 17 y debe ser entendida como una situación absolutamente excepcional motivada por la necesidad de asegurar la continuidad de las actividades. Su planteamiento como situación excepcional que ha ameritado la expedición de una Circular, pone de manifiesto que la regla general es la existencia de competencia entre dos o más Operadores.
33. Por lo tanto, en conclusión, las disposiciones contractuales del Contrato de Concesión mencionadas en los párrafos anteriores sugieren que las reformas operadas en el sector sí consideran la generación de competencia en aquellos



segmentos donde la libre competencia es posible y deseable, y no tienen la finalidad de mantener integradas verticalmente las actividades ferroviarias de administración de la infraestructura y la operación de transporte (carga y pasajeros).

#### **IV.- MARCO TEÓRICO – ECONÓMICO SOBRE LA INTEGRACIÓN VERTICAL**

34. En la presente sección se desarrolla un marco teórico – económico de acuerdo a la literatura económica de la organización industrial. Cabe mencionar, que la mayoría de referencias bibliográficas desarrollan siempre el marco teórico de Integración Vertical con el de Restricciones Verticales. El tratamiento teórico de ambos tópicos se basa en que la integración vertical no es una decisión dicotómica de “integrarse” o “no integrarse”, sino más bien consiste en una serie de decisiones empresariales que, ante la no necesidad de constituirse en una sola empresa producto de la integración, deciden más bien en “cuasi – integrarse”, para lo cual implementan entre ellas una serie de acuerdos, condiciones, contratos o restricciones, a los cuales la literatura económica las ha denominado Restricciones Verticales. Es por ello que siguiendo el requerimiento C.- por parte de la Secretaría<sup>37</sup>, la presente sección sólo desarrolla un marco teórico – económico de Integración Vertical, y no considera el de Restricciones Verticales.

##### **IV.1.- Definición y características de la integración vertical**

35. Una empresa está integrada verticalmente cuando controla directa o indirectamente todas las unidades de negocio que forman parte de una estructura productiva vertical. Es decir, si una sola empresa participa en las actividades de producción de insumos, producción de bienes finales, distribución y comercialización de dichos bienes, es posible decir que esta empresa está integrada verticalmente.
36. Por lo general, toda empresa enfrenta la decisión de “fabricar - comprar”. Por ejemplo, las compañías de automóviles tienen que decidir si fabrica un conjunto de autopartes o si lo adquiere de un proveedor independiente. Una compañía de construcción tiene que decidir si debe contratar electricistas como empleados en planilla requerir los servicios de los mismos sobre la base de un sistema contractual<sup>38</sup>.
37. Cuando una actividad está integrada verticalmente, se sobrentiende que las decisiones que afectan a las distintas unidades que componen la cadena de producción y comercialización se toman de manera centralizada, de acuerdo con la conveniencia del grupo económico que controla dichas unidades. Cuando la actividad está verticalmente desintegrada, en cambio, lo normal es que cada empresa individual tome las decisiones que le competen según la posición en la que se encuentre, pensando en su beneficio individual y no en el de otras empresas que operan dentro de la cadena de producción y comercialización de la que forma parte.

<sup>37</sup> Ver Sección I. del presente informe.

<sup>38</sup> Ejemplos tomados de Church, Jeffrey y Ware, Roger (2000), “Industrial Organization, A Strategic Approach”. Mc. Graw – Hill. Estados Unidos. pp. 684 – 685.



38. La integración vertical posee una dirección de integración, la cual puede ser hacia atrás o hacia adelante. Según las características de una empresa, si esta decide acercarse a sus proveedores incorporándolos a su cadena de valor, y de esta manera tomar el control de empresas proveedoras de los insumos necesarios, se dice que la empresa está *"integrada verticalmente hacia atrás"*. Por otro lado, si la empresa decide acercarse más a sus clientes siendo la misma empresa la encargada de proporcionar al cliente el producto final, prescindiendo de empresas externas para realizar dicha labor, entonces se dice que la empresa está *"integrada verticalmente hacia adelante"*.
39. Existen distintos grados de integración vertical y dominio de una empresa frente a la cadena de valor de sus productos. Estos distintos grados se pueden clasificar en los siguientes tipos.<sup>39</sup>

#### **A.- Integración plena.**

Una empresa que se encuentra plenamente integrada hacia atrás en un insumo dado puede satisfacer todas las necesidades de requerimientos de insumos de manera interna. Por otra parte, si una empresa se encuentra plenamente integrada hacia adelante, es capaz de satisfacer la demanda de un determinado producto con sus propios recursos, transformándose en una empresa autosuficiente. Todo lo anterior permite que una empresa plenamente integrada tenga pleno dominio de sus activos.

#### **B.- Cuasi - integración.**

Las empresas cuasi – integradas no poseen el total dominio de todos los activos en sus cadenas de valor. Ellas se ven obligadas a recurrir a medios que permitan asegurar relaciones estables, ya sea con proveedores de insumos o comercializadores de sus productos, según sea el caso. Las formas que se dan en una cuasi – integración son las empresas conjuntas o alianzas, contratos a largo plazo (de manera de amarrar a los proveedores / comercializadores), inversiones de capital minoritario, préstamos, garantías de préstamos, acuerdos de licencia, franquicias, asociaciones de investigación y desarrollo, y contratos de exclusividad. En general, dichos acuerdos o contratos presentan una serie de restricciones, denominados Restricciones Verticales.

#### **C.- Integración parcial.**

La integración parcial representa una integración sectorizada, ya sea hacia atrás o hacia adelante, lo que hace a una empresa parcialmente dependiente de fuentes externas para el suministro de un insumo, o para la entrega de un producto dado. Para la fracción del insumo o producto que la empresa maneja internamente, puede recurrir a una forma de propiedad de integración plena o de cuasi – integración.

#### **D.- No integración.**

Una empresa puede decidir libremente no integrarse verticalmente o simplemente no puede integrarse. Bajo estas circunstancias pasa a ser dependiente totalmente de proveedores externos para sus necesidades. Los compromisos que facilitan la

<sup>39</sup> <http://www2.ing.puc.cl/power/alumno%2000/Integra%20Verti/iv.htm>



dependencia de estas partes externas suelen redactarse en términos de contratos que representen responsabilidades conjuntas pero integración interna. Los tipos habituales de contratos son las licitaciones abiertas, los contratos a largo plazo y el alquiler de activos.

#### IV.2.- Costos y beneficios de la integración vertical

40. En general, una firma necesita una buena razón para integrarse verticalmente ya que la integración puede involucrar costos sustanciales. Carlton y Perloff (2000) identifican tres posibles costos o limitaciones que enfrentaría una empresa al integrarse verticalmente<sup>40</sup>:

- (i) El costo de acceder a sus propios factores de producción o el de distribuir su propia producción será mayor para una firma que se integra verticalmente que para una que depende del mercado abierto, en el cual las empresas proveedoras participan en un entorno competitivo satisfaciendo eficientemente las necesidades de la firma.
- (ii) A medida que una firma crece, la dificultad y el costo de administración de los negocios de las diversas etapas se incrementa, lo que implica una mayor fracción de costos fijos y un mayor riesgo para el negocio.
- (iii) La decisión de integrarse demandará costos legales sustanciales que justifiquen la fusión vertical frente a las autoridades de competencia. Por ejemplo, en el Perú, la decisión de fusión vertical en el sector eléctrico debe ser notificada por la firma interesada a la Comisión de Libre Competencia en caso esta posea previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% del mercado involucrado.<sup>41 - 42</sup>

41. Dados los costos mencionados, las empresas se integrarán verticalmente solo si los beneficios los sobrepasan. Las principales ventajas de la integración vertical son<sup>43</sup>:

- (i) Disminución de los costos de transacción involucrados en las operaciones de compra o venta a otras compañías. En efecto, podrían haber interrupciones en el abastecimiento del servicio si un proveedor súbitamente se retira del negocio o recibe una mejor oferta de una empresa rival en la actividad "downstream". Aún si la provisión no es interrumpida, existe un significativo riesgo de que los precios cambien cada vez que se renegocia un contrato y existen costos de búsqueda por encontrar proveedores con mejores precios.
- (ii) Continuidad en el abastecimiento de insumos necesarios para la producción. Para hacer eso, la firma se "integra verticalmente hacia atrás", comprando o construyendo la facilidad necesaria para producirlos. Asimismo, los costos de transporte o traslado de los insumos se reducen dada la mayor facilidad de intercambio de información dentro de una firma (intra-firma) que entre firmas

<sup>40</sup> Carlton, Dennis y Perloff, Jeffrey (2000), "Modern Industrial Organization". Addison Wesley, Tercera Edición. Estados Unidos. pp. 379-383.

<sup>41</sup> Artículo 8°, del Reglamento de la ley que establece el control de concentraciones empresariales en el Sector Eléctrico, Decreto Supremo N°017-98-ITINCI.

<sup>42</sup> En el caso norteamericano, se requerirán abogados para defender la fusión ante la Comisión Federal de Comercio o el Departamento de Justicia.

<sup>43</sup> Mayor desarrollo en Carlton y Perloff (2000), y en Church y Ware (2000).



(inter-firma). En este enfoque, la fuente de economías en la operación se encuentra en el ahorro de los costos asociados al proceso de contratación entre partes separadas y el ahorro de costos destinados a evitar que cada uno de los contratantes sea víctima de un comportamiento oportunista por parte del otro.

- (iii) Corrección de fallas de mercados (externalidades) mediante la internalización de las mismas. De esta manera, es posible que una firma con muchas sucursales pueda asegurar una calidad uniforme de su producción controlando todas sus filiales, lo que resultará en una mejor reputación (externalidad) del producto (y de la firma) frente a los consumidores.
- (iv) Capacidad de maniobra para enfrentar mejor las decisiones del gobierno (e.g. control de precios), de regulación (e.g. restricción de márgenes de utilidades) y de impuestos (e.g. aplicación de impuestos a los ingresos o utilidades).
- (v) Incremento de poder de mercado a través de la monopolización del mercado "upstream" o "downstream". En efecto, una empresa monopolística productora de cierto insumo que se integra verticalmente hacia delante, adquiriendo a una empresa productora (que emplea el insumo), que se desenvuelva en un entorno monopolístico o competitivo, podría incrementar sus beneficios monopólicos trasladando su poder de mercado del nivel "upstream" hacia el nivel "downstream"<sup>44</sup>, con lo cual puede tener la capacidad para discriminar precios, eliminar competencia o incrementar las barreras de entrada en la actividad.

En particular, bajo el supuesto de dos empresas monopólicas, una en el nivel "upstream" y la otra en el nivel "downstream", la decisión de integración vertical hacia delante le permite a la empresa productora del insumo la eliminación de monopolios sucesivos o la eliminación de la "doble marginalización"<sup>45</sup>.

- (vi) Eliminación del poder de mercado de otra(s) firma(s) integrada(s) verticalmente.<sup>46</sup>

#### IV.3.- Efectos anticompetitivos de la integración vertical

42. Viscusi et al. (1998)<sup>47</sup> explica que las denuncias legales más comunes en contra de la integración vertical están relacionadas con la "exclusión del mercado" ("market foreclosure"). En efecto, el "market foreclosure" es uno de los efectos que pueden resultar de la fusión entre dos empresas, sobre todo cuando una o ambas (en una relación de mercados "upstream - downstream") poseen poder de mercado.

43. Por el contrario, si tanto en el nivel "upstream" como en el "downstream" existen muchas firmas, las fusiones verticales pueden más bien ser visualizadas como una

<sup>44</sup> En el caso de un entorno competitivo en el nivel "downstream" dependerá si la función de producción en este nivel es de proporciones fijas o variables. Mayores detalles ver Church y Ware (2000), pp. 685-688.

<sup>45</sup> En el Anexo N°1 se explica la eliminación de la "doble marginalización" resultado de la integración vertical cuando en los niveles upstream y downstream se tienen empresas monopólicas.

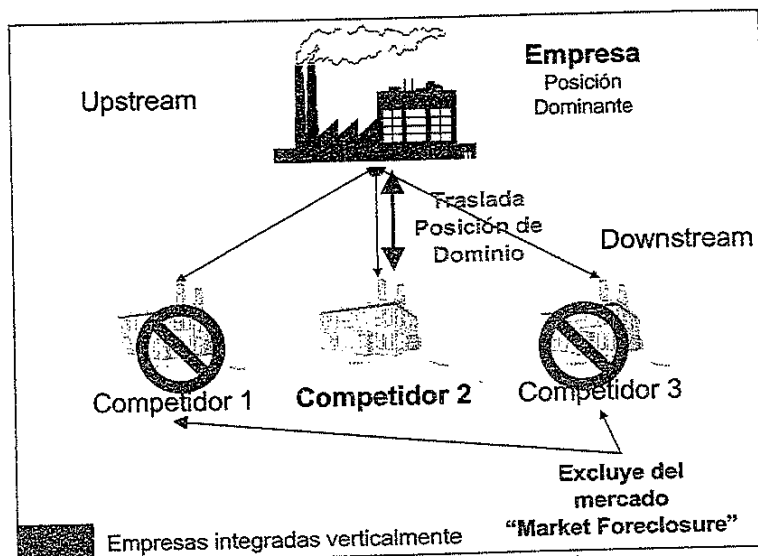
<sup>46</sup> Por ejemplo, generalmente los productores de lácteos cuando enfrentan a un único procesador de leche, es decir a una empresa con poder de mercado, deciden integrarse verticalmente hacia delante para contar con su propio procesador, y de esta manera eliminar el poder de mercado de la empresa procesadora monopsonista.

<sup>47</sup> Viscusi, W., Vernon, J. y Harrington, J., "Economics of Regulation and Antitrust". The MIT Press. Cambridge Massachusetts. London, England. Segunda Edición.

forma de competencia distinta de precios (e.g., a la Cournot). En ese sentido, cuando ambos niveles no se muestran concentrados, los proveedores (nivel "upstream") pueden asegurar la demanda del insumo que producen a través de la integración vertical hacia delante. Esto, según Viscusi et.al (1998), puede causar daño a las empresas rivales que tengan menor capacidad económica - financiera para integrarse, pero en un contexto competitivo.

44. La situación cambia radicalmente si en alguno de los niveles existe un entorno monopólico o de pocos competidores. En efecto, en particular, partiendo de un entorno competitivo en el nivel "downstream" (Gráfico N°1), la integración vertical de una empresa de este nivel con la única empresa en el nivel "upstream", podría causar la exclusión ("market foreclosure") del mercado al resto de empresas minoristas con las que compete, eliminando la posibilidad que tienen estos de obtener los insumos necesarios para satisfacer la demanda de sus clientes. Asimismo, una vez realizada la fusión vertical, la empresa del "upstream" tendría incentivos para implementar una práctica de discriminación de precios o de negativa de trato en contra de las empresas que compiten con su empresa vinculada.

**Gráfico N°1**  
**Efecto anticompetitivo de la integración vertical: entorno monopólico en el "upstream" y competitivo en el "downstream"**



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

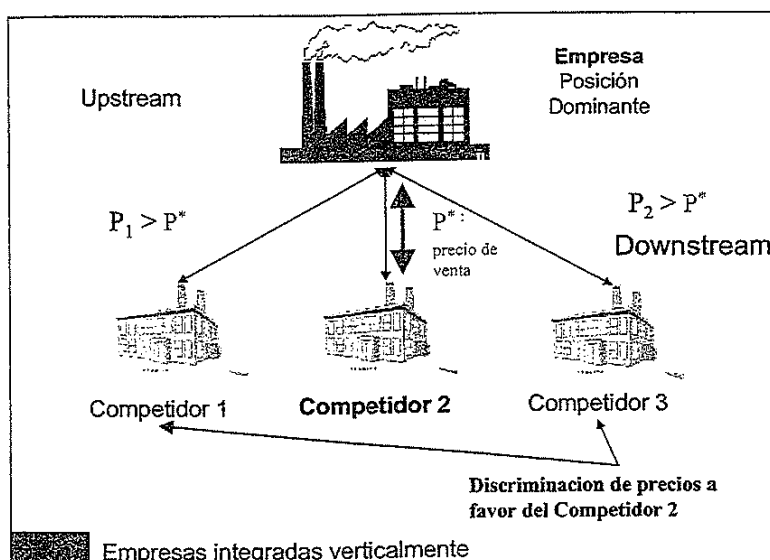
45. Dado lo anterior, es posible observar que la empresa dominante traslada su posición de dominio al distribuidor elegido en el nivel "Downstream" y pone en desventaja a los competidores del mismo, lesionando con ello la competencia en el mercado del distribuidor. Adicionalmente, se incrementan las barreras de entrada en el nivel "downstream" desde que un potencial entrante se verá obligado a acceder a fuentes de aprovisionamiento alternativas o, en el extremo, desarrollar su propia línea de producción de insumos.
46. Otro efecto anticompetitivo que puede resultar de la integración vertical, está relacionado con el incentivo a la implementación de una estrategia de incrementos



en los costos de los rivales (*"Rising Rival's Costs Strategies"*)<sup>48</sup> por parte de las empresas fusionadas.

7. En efecto, la integración vertical podría involucrar la decisión de que la empresa vinculada encargada de la provisión del insumo discrimine en precios en contra de las competidoras de su empresa vinculada (abasteciendo a esta empresa a un precio  $P^*$  menor que a sus competidoras), o niegue la venta del insumo (o imponga cuotas del producto) a favor de su vinculada y en perjuicio de los competidores de la misma. En ambos casos, los competidores 2 y 3 (Gráfico N°2) verán incrementados sus costos de producción, lo que determinará que en largo plazo, estas empresas sean excluidas del mercado.

**Gráfico N°2**  
**Efectos anticompetitivos de estrategia "raising rival costs"**



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

48. En efecto, diversos economistas y las cortes Antitrust han manifestado su preocupación por aquellas conductas que puedan incrementar el poder de mercado de empresas, y al mismo tiempo, pongan en desventaja a sus rivales. Tal es el caso de los precios predatorios, esto es, fijar bajos precios en el corto plazo para inducir la salida del rival, y luego, recuperar los ingresos dejados de percibir incrementando nuevamente los precios.<sup>49</sup>


<sup>48</sup> Salop y Scheffman (1986), "Multi-Market Strategies in a Dominant Firm Industry". Working Paper N°100, Bureau of Economics, Federal Trade Commission. Washington, D.C. y Salop y Scheffman (1986), "Cost-Raising Strategies". Working Paper N°146, Bureau of Economics, Federal Trade Commission. Washington, D.C.

<sup>49</sup> En los últimos años, la lógica de la teoría tradicional de los precios predatorios ha sido criticada, principalmente por lo difícil que es que su implementación sea creíble. Los economistas han respondido a esta controversia desarrollando una extensa literatura en la que la predación de precios sea creíble. Por ejemplo, Fudenberg y Tirole (1985) muestran que, con información incompleta, las víctimas de precios predatorios serían incapaces de financiar sus pérdidas de corto plazo, aún si el mercado de capitales funciona bien. En: Fudenberg, D. y Tirole, J. (1985), "Predation without Reputation", Massachusetts Institute of Technology.





49. En conclusión, si existen múltiples alternativas de clientes y/o proveedores, la integración vertical no tendría un origen estratégico, sino más bien de transacción. La empresa puede ahorrar costos de transacción a través de este tipo de relaciones con sus clientes y/o proveedores. En estas circunstancias, no existe razón válida para oponerse a esta práctica. Sin embargo, si se reduce el número de participantes, y en el extremo existe un único proveedor y/o cliente, entonces esta práctica sí puede alterar la competencia (traslado de poder de mercado, "market foreclosure", discriminación de precios y en cantidades, y "raising rival costs"). En este caso se justifica la necesidad de revisar el caso particular para ponderar los efectos de la relación vertical sobre la competitividad del mercado.



**José Tavera Colugna**  
Gerente de Estudios  
Económicos



**Luis Carlos Adrianzen R.**  
Coordinador Legal



**Julio Aguirre M.**  
Analista Económico

Lima, 13 de mayo de 2005

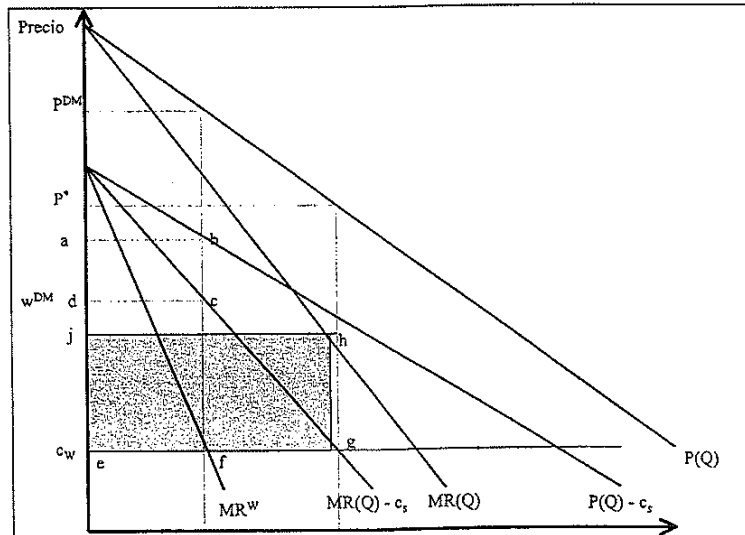
Anexo N°1

**Integración vertical para evitar la doble marginalización**

Si un monopolio, o cualquier forma de competencia imperfecta, ocurre en sucesivas etapas verticales de producción, entonces se ha introducido una ineficiencia denominada "doble marginalización". Supóngase un monopolista productor de botellas que demanda a otra empresa monopolista, tapas-rosca para sus botellas (es decir, un supuesto de producción con proporciones fijas). Asimismo, el costo marginal de producir botellas de plástico es  $c_s$  y el de producir tapas-rosca es  $c_w$ .

En el siguiente gráfico,  $P(Q)$  es la curva de demanda inversa de botellas de plástico;  $MR(Q)$  es la curva de ingreso marginal que corresponde a esta curva de demanda. La demanda derivada por botellas puede ser obtenida como sigue. El monopolista de botellas decidirá la cantidad fijando  $MR(Q) = c_s + w$ . Donde  $w$  es el precio al cual vende el monopolista de tapas-rosca. Si se reordena la anterior ecuación como  $w = MR(Q) - c_s$ , se tendrá la demanda derivada (inversa) para tapas-rosca. Es decir la ecuación dice que para cualquier precio de las tapas-rosca  $w$ , fijado por el monopolista de tapas-rosca, la demanda por tapas-rosca será dada por la  $Q$  en el lado derecho que resuelve la ecuación. Ahora dado que esta es la curva de demanda del monopolista de tapas-rosca, para maximizar sus ganancias se construirá una curva de ingreso marginal para esa curva, mostrada en el gráfico como  $MR^w$ , y fijara este ingreso marginal igual a sus costos marginales  $c_w$ . El precio de transferencia obtenido para las tapas-rosca es denominado  $w^{DM}$  y el precio final de las botellas se denomina  $P^{DM}$ .

**Gráfico N°3**  
**Integración vertical que evita la "doble marginalización"**



Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos – Indecopi.

Los beneficios para las firmas de tapas-rosca y botellas de plástico están dados por las áreas  $cdef$  y  $abcd$  en la figura, respectivamente. Si las tapas-rosca y las botellas de plástico estuvieran integrados verticalmente, se puede encontrar el precio que maximiza los beneficios para la firma verticalmente integrada fijando

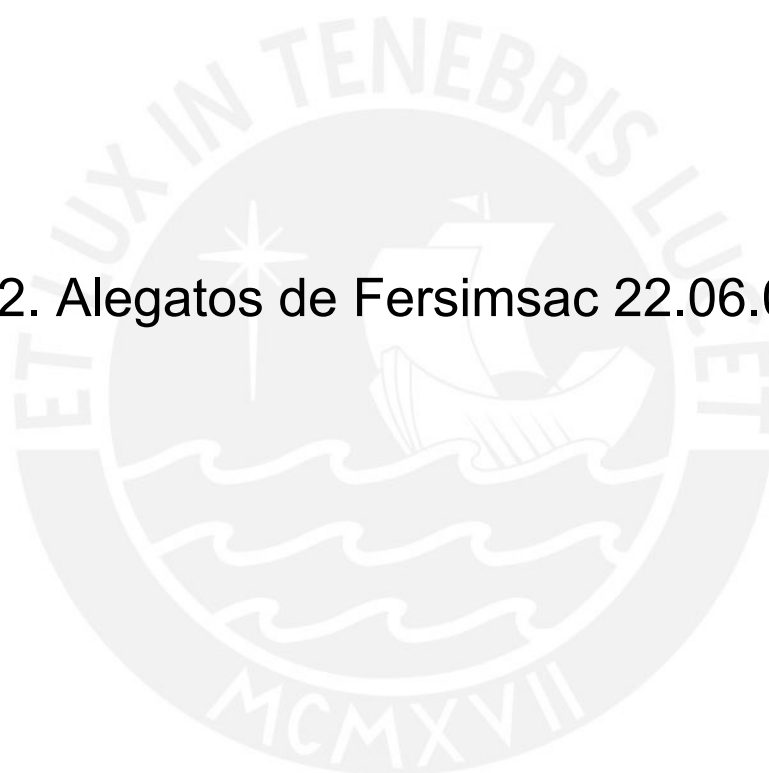


$$MR(Q) = c_s + c_w$$

o equivalentemente  $MR(Q) - c_s = c_w$ . El precio correspondiente es denominado  $P^*$ , y los beneficios son el área sombreada  $eghj$ . Estos beneficios de integración vertical son claramente mayores porque el precio  $P^*$  maximizará los beneficios disponibles en el mercado (usando un precio lineal) y por lo tanto el precio  $P^{DM}$  de "monopolio sucesivo" debe implicar menores beneficios totales.

Es útil pensar en el tema de la doble marginalización en términos de externalidades: variaciones en  $P$  afectan los beneficios de los productores de botellas de plástico a través de la demanda cambiante ( $Q$ ) y el margen de venta al por menor ( $P-w$ ). Pero existe también un efecto en los beneficios del productor de tapas-rosca, transmitido a través del margen de ventas al por mayor ( $w - c_w$ ). La externalidad ocurre debido a que la firma de botellas de plástico no toma en cuenta ( $w - c_w$ ) al fijar el precio al por menor. Por ejemplo, cuando la firma "downstream" considera subir el precio de las botellas de plástico, tiene en cuenta el efecto en sus propias ganancias – el aumento en el precio tiende a incrementar las ganancias pero la disminución en el volumen tiende a reducirlas – pero no el efecto en los beneficios del productor de tapas-rosca, lo cual es negativo, porque dado el margen de ventas al por mayor, toda falla en la demanda llevara a una clara disminución en las ganancias del productor de tapas-rosca. La externalidad vertical generalmente causa que los precios al por menor sean fijados demasiado altos ( $P > P^*$ ) desde la perspectiva de maximizar los beneficios conjuntos de las firmas upstream y downstream. Como una conclusión final, nótese que la presencia de la "doble marginalización" crea incentivos para que las firmas se integren verticalmente, y así incrementar los beneficios conjuntos.

12. Alegatos de Fersimsac 22.06.05



INDECOPI

CLC

036378



Expediente N° : 010 y 012-2004/CLC.

2005 JUN 22 PM 3:32

Sumilla: ADJUNTA ALEGATOS AL INFORME -

N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC.

RECIBIDO EN  
UNIDAD DE TRÁMITE  
SECRETARÍA

SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA DE INDECOPI.



DANTE QUISPE RAMOS, Gerente General de FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICHU FERSIMSAC, en los seguidos contra TRASANDINO S.A. sobre Abuso de Posición de Dominio y otros a usted en atenta forma digo:

Que de conformidad a lo normado por la Resolución Nro. 0224-2,003/TDC-INDECOPI, prolada por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI, dentro del termino de Ley adjunto el presente Alegato , solicitando que la Comisión tenga en cuenta al momento de resolver la presente denuncia y **TIPIFICAR COMO INFRACCIÓN MUY GRAVE** los ilícitos denunciados e imponer la sanción máxima correspondiente, Alegatos que fundamento en los siguiente términos:

**PRIMERO** .- Que conforme fluye del Informe N° 035-2004- INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, la Secretaría Técnica recomendó iniciar procedimiento administrativo sancionador de oficio contra la empresa Ferrocarril TRASANDINO S.A. por la presunta realización de **ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN LAS MODALIDADES DE NEGATIVA INJUSTIFICADA DE CONTRATAR Y TRATO DISCRIMINATORIO**; informe que acogió en su integridad La Comisión, que a la fecha habiéndose emitido el informe Nro 023-2,005-INDECOPI/ST-CLC se debe tener en cuenta los siguientes aspectos:

A.- Que esta acreditada la comisión del abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a la denunciada en virtud del Contrato de Concesión del



errocarril Sur y Sur – Oriente, así como la modalidad de trato discriminatorio en la restación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en a línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente.

Que tales hechos configuran infracción contempladas en los literales a) y b del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y trato discriminatorio en la restación de servicios equivalentes.

Consecuentemente su entidad debe sancionar conforme a lo indicado en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

Que, en autos ha quedado plenamente acreditado durante las investigaciones realizadas que FETRANS. S.A. :

### 1.- LIMITA LA COMPETENCIA INTERMODAL A LO LARGO DE LA VÍA FÉRREA DEL FERROCARRIL SUR – ORIENTE.

A) Dado que, el afluente turístico y pasajero así como el servicio de carga tiene que utilizar necesariamente el servicio prestado por el operador PERURAI vinculante de la denunciada, sometiéndose los pasajeros extranjeros y peruanos aleatoriamente a las condiciones impuestas en tarifas y horarios por esta única operadora.

Específicamente señores de la Comisión, tenemos que, en las tarifas DE PASAJES cobradas por el tramo OLLANTA- Machupicchu y/o Machupicchu-CUSCO específicamente para el servicio de l turismo, debemos referir que estas son las mas caras de Latinoamérica, razón por la cual a la fecha y a diferencia del flujo del turismo receptivo visitante, cuando operaba la empresa estatal ENAFER PERU SE HA AUSENTADO EL TURISMO LATINOAMERICANO Y PERUANO básicamente, porque es inalcanzable el costo de los pasajes, hecho que también hasta la fecha su entidad reguladora no se ha pronunciado; causando un serio perjuicio a la economía del Estado Peruano, atendiendo a que somos un país que vive básicamente del turismo.

Razón por la cual, el Presidente de la República en sus giras internacionales de trabajo y algunas entidades ligadas al turismo promocionan nuestra cultura Inka y santuarios arqueológicas primordialmente la de Machupicchu. Lamentablemente no se regula los



costos de las tarifas de pasajes, siendo por ende su entidad señores de la Comisión la llamada a sancionar la conducta de la posición de dominio, porque justamente la negativa injustificada de contratar con la empresa que represento, se generó porque no permite la empresa denunciada y su vinculada Peru Rail, que ingrese otro operador con capital nacional y de origen nacional que preste el mismo servicio. Apreciándose de las cláusulas del Contrato que las disposiciones en materia tarifaria tenían como supuesto Básico el ingreso a la línea férrea de varios operadores del servicio de transporte ferroviario, condición ésta que conllevaría a la competencia en el precio de las tarifas, por lo que se dispuso la libertad de tarifas en el numeral 7.2 del Contrato, pero lamentablemente la empresa denunciada. **IMPONE UNA TARIFA ABUSIVA POR EL SERVICIO PRESTADO** básicamente en el servicio de turismo.

Que, de la visita in-situ efectuada por las entidades comprometidas en las investigaciones corroborada con el cuadro estadístico que mostró la Sub-Comisión investigadora de Transportes y Comunicaciones del Congreso se ha concluido que la población del distrito de Machupicchu ha crecido ostensiblemente por tanto la necesidad de transporte, siendo a la fecha insuficiente y deficiente el servicio prestado para los pasajeros locales viéndose forzados a viajar en condiciones totalmente denigrantes porque no existe otra alternativa, **siendo urgente que ingrese otro operador ferroviario que pueda abastecer la demanda de la población** que tiene derecho a acceder a un servicio de calidad. En una economía del libre mercado.

Con relación al servicio de carga este es peor aún pues el operador vinculado a la empresa denunciada PERURAIL, solo una vez a la semana abastece de productos a la población incrementándose ostensiblemente el costo de los productos de primera necesidad.

La posición de dominio de la empresa denunciada afecta el desarrollo socio-económico de los pueblos que radican a lo largo del tramo Cusco Machupicchu y Quillabamba.

Configurándose también el abuso de posesión de dominio en su modalidad de trato explotativo a la población usuaria local y nacional. Tal es así que los ciudadanos locales ante la falta de espacios en los coches en el tramo Ollanta – Machupicchu se les obliga a viajar en condiciones infrahumanas, en los coches rústicos que tienen los siguientes apelativos: camboyano, portatropas, etc., que asimismo los pasajeros antes de abordar dicho servicio deben permanecer largas horas expuestos a la intemperie en el área cercano a la estación de Ollanta.



En efecto, de acuerdo a las disposiciones del Contrato de Concesión, en ello se puede advertir que ellos tienen la obligación de brindar el material rodante y tractivo a cualquier operador que lo solicite y que este debidamente autorizado; para el caso de autos mi representada ostentaba con todos los requisitos para operar, contando con la resolución del permiso de operaciones y otros que más adelante señalamos y al ser obstaculizado la perspectiva de nuestra empresa por la negativa injustificada del alquiler del material rodante, pues se ha frustrado una de las esperanzas, no solo de la empresa renunciante sino de los pueblos que viven al margen de la línea férrea; porque el capital social ha emergido de éstos pueblos viéndose truncada sus esperanzas de desarrollo y progreso para sus hijos y el pueblo general, porque el medio de transporte es un eje fundamental para el desarrollo de los pueblos, pues el acceso de otro operador permitiría no solamente el transporte del turismo sino movilizar a los pobladores en mayores horarios y elasticidad hacia la ciudad del Cusco para efectos de satisfacer las necesidades básicas como son alcanzar los servicios de educación, salud y cultura.

En tanto que, en el tramo Ollanta -Cusco si es posible contar con el transporte de vehículos existiendo competencia del libre mercado.

B) No Existe competencia intramodal a lo largo de la vía férrea del Ferrocarril Sur - Oriente, toda vez que desde su concesión, sólo la empresa denunciada ha prestado el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.....

C) El concesionario del Ferrocarril Sur - Oriente (Ferrocarril TRASANDINO S.A.) y el operador del servicio de transporte ferroviario de carga y transporte (PERURAIL S.A.) son empresas que pertenecen al mismo grupo económico por lo que en realidad actúan como una sola empresa que desarrolla actividades verticalmente integradas. Que si bien es cierto la Circular Nro. 17 referida a la cláusula Sexta de la versión preliminar del Contrato de Concesión del 15 -03-1999 en el momento de la transacción a fin de que se asegurara la continuidad de las operaciones se requirió a la Concesionaria que constituya una persona jurídica que operara inmediatamente o que contratara a un operador ferroviario, sin embargo. El propio Contrato, regula que pueden ingresar mas un operador, consecuentemente carece de asidero legal que se niegue la contratación con ferrocarril Santuario Inca Machupicchu SAC





**2.- EL MERCADO RELEVANTE ES EL ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE EN LA REGIÓN DEL CUSCO SUSCEPTIBLE DE SER OPERADO EN EL FERROCARRIL SUR - ORIENTE.**

La prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur - Oriente involucra el aprovisionamiento de insumos que, por su carácter específico e inversión, constituirían altos costos que configurarían una barrera a la entrada para potenciales operadores.

En este punto, señores de la Comisión, se debe tener en cuenta que por la geografía del terreno tenemos la trocha angosta, siendo limitados los países a los que se puede acceder. Que teniendo el parque ferroviario concesionado el material tractivo y rodante con los estándares de calidad que han venido laborando estos últimos años, entonces para que acudir a otro país si se cuenta en nuestro País con este material rodante, si gran parte del material métrico o tractivo ya se ha adaptado a la trocha angosta como así lo refiere la propia empresa denunciada.

El informe y análisis Nro 035-2,004 de INDECOPI/ST-CLC. Fue cuestionado por la Consultora Apoyo contratada por FETRANSA, quienes indican que es importante comprar el material rodante y no como indicaba INDECOPI que era el alquiler, pues si para esta empresa consultora cuyos fundamentos hace suyos la denunciada es viable la adquisición del material rodante nuevo, por qué no compran ellos los repuestos y demás accesorios, mas por el contratario se han dedicada a canibalizar, mermándose el material entregado por el Estado, conforme se detalla mas adelante. Asimismo, cabe hacerse la siguiente pregunta ¿Por qué esta empresa entonces no adquiere dicho material y repuestos a Indonesia.? No, No, No les convien a FETRANSA, se limita a dismantelar el resto de material rodante para poner operativo los coches y las máquinas locomotoras.

**3.-NEGATIVA INJUSTIFICADA DE FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. DE CONTRATAR CON NUESTRA EMPRESA FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C,**

Acto consistente en el alquiler del material tractivo y rodante concesionado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que fuera petitionado mediante Carta Nro GG/GG-010-FC SANTUARIO-2,003 así como el anexo del requerimiento del equipo tractivo y rodante debidamente detallado, sin embargo la empresa denegó



argumentando para tal efecto haber alquilado a PERURAIL S.A. el íntegro de dicho material por un periodo de 10 años , creando la imposición de una barrera artificial, pues siendo ambas empresas vinculantes e integrantes del mismo grupo económico la resolución o modificación del contrato de arrendamiento sería factible a un bajo costo.

- Efectivamente la negativa a contratar de Ferrocarril TRASANDINO S.A. restringió la competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros a lo largo del Ferrocarril Sur – Oriente, lo cual ha quedado plenamente corroborado puesto que siendo empresas concomitantes impiden que participe nuestra empresa.

*Esta conducta se encuentra tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701; Negativa injustificada de contratar el alquiler de material tractivo y rodante con la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente*

**4.-LA INOBSERVANCIA DOLOSA DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD CONSAGRADA EN EL NUMERAL 7.6 DE LA CLÁUSULA SÉTIMA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DEL FERROCARRIL SUR – ORIENTE POR PARTE DE FERROCARRIL TRANSANDINO S.A EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE, TRADUCE UN TRATO DISCRIMINATORIO CONTRA MI REPRESENTADA Y CUALQUIER OTRO POSTOR SIENDO NOTORIO QUE EL FIN ES BENEFICIARSE FETRANS SA. Y SU EMPRESA VINCULADA PERURAIL S.A.**

En efecto el Contrato establece que no podrá discriminar entre operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes:

“...EL CONCESIONARIO RECONOCE EXPRESAMENTE QUE SE ENCUENTRA PROHIBIDO Y SERA SANCIONADO CONFORME A LAS LEYES APLICABLES EN CASO REALIZARA ACTOS O CONDUCTAS QUE CONSTITUYAN UNA posición de dominio en el mercado o que limiten , restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea las partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente **por INFRACCION MUY GRAVE** a la libre competencia en que incurra el concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de éste contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de éste contrato, referida a la caducidad del contrato.



Estableciéndose en el numeral 12.2 del Contrato de Concesión que el Concesionario se obliga a permitir el ingreso a la línea férrea a toda aquella persona que cumpla con los requisitos, establecidos en el Contrato y las leyes que regulan el transporte Público.

Que en el caso de autos señores de las Comisión, mi representada contaba en el momento de la petición del alquiler del material tractivo y rodante con los demás requisitos exigidos por el Contrato de Concesión y la Ley como son: la Licencia del Permiso de operación vigente extendido por el MTC, de fecha 30 de Diciembre del año 2,002 que permite que mi representada presta el servicio de transporte de pasajeros y Carga, en la vía del ferrocarril del Sur oriente Tramo Cusco Machupiccu Hidroeléctrica, la capacidad técnica apropiada, estructura de recursos humanos, los estándares de seguridad los servicios y trayectoria con sus horarios del recorrido de los trenes debidamente aprobados por el MTC así como los equipos a utilizar, la garantía del pago de las tarifas de acceso, las pólizas de seguro exigidas por la normativa sobre permisos de operación de transporte ferroviario emitidas por la Aseguradora Pacífico remitidas a la denunciada mediante Carta NRO GG/GG-016-FC SANTUARIO 2,003 de fecha 24 de Enero. y además, se adjuntaron a FETRANS.S.A. oportunamente mediante Carta NRO GG/GG-011-FC SANTUARIO 2,003 de fecha 24 de Enero 2003, que expresaba "..... reiteramos nuestro pedido para suscribir un Contrato de Derecho de Acceso a la Línea Férrea del Ferrocarril Sur Oriente ..." sin embargo, la denunciada se negó expresamente a contratar con mi representada, aduciendo absurdamente que no reunimos las condiciones mínimas establecidas en las normas aplicables y en el Contrato -Ley de Concesión, razón por la cual es que mediante Resolución Nro 003-2003-CD/OSITRAN de fecha 19 de Marzo de 2,003, Confirmada mediante Resolución Nro 004-2,003 es la entidad de OSITRAN la que ordena el **ACCESO TEMPORAL DE MI REPRESENTADA** a la infraestructura vial ferroviaria del ferrocarril sur oriente en cumplimiento del Art 53 del Reglamento de Acceso; la MISMA QUE EN SU PARTE RESOLUTIVA ORDENA QUE SE CUMPLA CON EL Art. 13 del D:S: Nro 027-99MTC y el numeral 12.2 del Contrato de Concesión, esto es que se cuente con el materia rodante

-Que, lamentablemente, mediante una resolución prevaricadora sin sustento jurídico la señora Juez del Primer Juzgado Contenciosos Administrativo, vía medida cautelar con fecha 30 de Junio del año 2,003, logra SUSPENDER LOS EFECTOS DE ESTA RESOLUCIÓN. ( Exp: 1577-2,003) consolidando también esta Juez que siga operando el monopolio a favor de las empresas denunciadas.



Quedando la interrogante de que posiblemente se ha influenciado en la decisión de la Magistrada, pues basta verificar señores de la Comisión que la petición de medida cautelar contiene escandalosamente la rubrica de 7 abogados., decisión que será revisada en el proceso principal que a la fecha esta en pleno tramite, signada con el Nro 2082-03, sobre Acción de Impugnación Resolución Administrativa

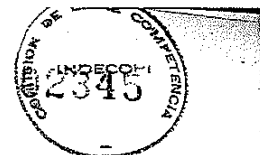
**5.-TRATO DISCRIMINATORIO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ALQUILER DE MATERIA TRACTIVO Y RODANTE CONTRA LA EMPRESA FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C. Y CUALQUIER OTRO POTENCIAL OPERADOR.**

conducta que se encuentra tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701. Hecho probado porque ante nuestro requerimiento de contratar se nos niega la posibilidad del alquiler del material rodante que es de propiedad del estado en beneficio exclusivo del otro operador autorizado , que siendo su empresa vinculante la pone en una situación de ventaja frente a nosotros , dada la dificultad en el inicio de nuestras operaciones de conseguir material rodante y tractivo en las misma condiciones que PERURAIL S.A. por el alquiler que le paga a TRASANDINO, violando flagrantemente el numeral 7.6 del Contrato de Concesión implicando discriminación entre los operadores.

Hechos que están corroborados con el Informe N° 055-2004/GEE del 18 de agosto de 2004 elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de su entidad.

-Que así mismo quedado plenamente acreditado que la denunciada viene incumpliendo otras cláusulas del Contrato, tales como el mantenimiento de los bienes de la concesión, habiendo abandonado a la fecha parte del material tractivo rodante en varias de las estaciones y procediendo a canibalizar, chatarrear los repuestos y demás accesorios de los coches.

Que, así mismo ésta empresa denunciada conforme se ha advertido en la visualización de los videos se limita a reparar las locomotoras y los coches desmantelando los accesorios y repuestos de otros coches haciéndolos inservibles, para cualquier otro operador que pretendiera operar en los otros tramos, hecho que esta probado con el documento de Actualización del mes de Abril del 2,004 en el que la empresa concesionaria declaro obsoletos o inutilizables 09 locomotoras . 26 coches y 447 vagones , debiendo quedar precisado señores de la Comisión que de las 1079 unidades entregadas se han declarado obsoletas 482, , lo que equivale al 44% los bienes entregados, causando señores de la Comisión un gravísimo perjuicio en



agravio de la sociedad peruana. Requiriendo una drástica sanción en nombre finalmente no de nuestra empresa, sino de la dignidad de la sociedad peruana dado que producto del entreguismo del gobierno corrupto hoy cosechamos la secuela, del detrimento de nuestro patrimonio nacional.

Haciéndole presente que del valor de la transferencia de activos y en libros a favor del MTC y éste a su vez a la concesionaria, a la fecha la empresa denunciada sólo mantiene la tercera parte del inventario detallado y valorizado, conforme consta en el contrato de concesión.

#### **6.-DE LA MULTA A IMPONERSE A LA EMPRESA DENUNCIADA**

*Señores de La comisión, estando fehacientemente probados los hechos denunciados , se solicita que **SE LE IMPONGA EL TOPE DE LA MULTA PREVISTA PARA ESTA INFRACCIÓN QUE ES MUY GRAVE**, ya que de acuerdo a lo normado por el (ii) del Art. 23 del Decreto Legislativo Nro. 701 debe imponerse una multa superior a las 1,000 UIT, y no como se argumenta en el Informe Técnico cuestionado, cuya reducción sistemática del monto se ha determinado con criterios totalmente subjetivistas casi parcializados.*

*En efecto, el Secretario Hugo Gómez, ante la Subcomisión de Transportes del Congreso debidamente registrada en el video siendo inconcebible que se le haya rebajado un 70% de la multa; atendiendo entre otros a que se trata de un colaborador eficaz y que la empresa denunciada no se habría percatado de la sutil posición de dominio ejercida en el mercado.*

*Señores de la Comisión, en nuestra condición de empresa agraviada por los ilícitos investigados debe tenerse en cuenta el **LUCRO CESANTE Y EL DAÑO EMERGENTE** ocasionado , habiendo dejado de percibir por las causales enunciadas la suma que se detalla en el siguiente cuadro:*

#### **INGRESOS CORRIENTES**

- Se considera como Ingresos corrientes a la recaudación de los boletos vendidos por la prestación de servicios del transporte a pasajeros turistas receptivos y nacionales, asimismo el transporte social (personas lugareñas del Cusco y comerciantes nacionales).



- **PRODUCTO - SERVICIO TURISMO :** Se oferta tres tipos de productos: 1) Servicio Turismo OLLANTA, 2) Servicio Turismo PACHACUTEC y 3) Servicio Turismo CERROJO PACHACUTEC; proyectándose un flujo de pasajeros por rumbo (Norte –Sur) es decir que algunos pasajeros solo toman el servicio de retorno o ida, y otros el circuito completo (ida –vuelta),

**CUADRO DE PASAJEROS TURISTAS A TRANSPORTAR**

PRODUCTO Y RUMBO	2003	2004	2005
<b>OLLANTA</b>	<b>18,880</b>	<b>22,432</b>	<b>26,036</b>
o Rumbo Norte	9,063	10,768	12,499
o Rumbo Sur	9,817	11,664	13,537
<b>PACHACUTEC</b>	<b>145,426</b>	<b>172,884</b>	<b>200,821</b>
o Rumbo Norte	68,408	81,325	94,468
o Rumbo Sur	77,017	91,559	106,353
<b>CERROJO PACHACUTEC</b>	<b>66,458</b>	<b>78,896</b>	<b>91,471</b>
o Rumbo Norte	28,336	33,676	39,101
o Rumbo Sur	38,122	45,220	52,371
<b>TOTAL PASAJEROS</b>	<b>230,764</b>	<b>274,212</b>	<b>318,328</b>

**CUADRO DE INGRESOS (US\$) POR TRANSPORTE DE CADA PRODUCTO**

PRODUCTO Y RUMBO	2003	2004	2005
<b>OLLANTA</b>	<b>698,560</b>	<b>829,984</b>	<b>963,332</b>
Rumbo Norte	335,331	398,416	462,463
Rumbo Sur	363,229	431,568	500,869
<b>PACHACUTEC</b>	<b>6,362,344</b>	<b>7,563,675</b>	<b>8,785,919</b>
Rumbo Norte	2,992,850	3,557,969	4,132,975
Rumbo Sur	3,369,494	4,005,706	4,652,944
<b>CERROJO PACHACUTEC</b>	<b>1,711,294</b>	<b>2,031,572</b>	<b>2,355,404</b>
Rumbo Norte	729,652	867,157	1,006,851
Rumbo Sur	981,642	1,164,415	1,348,553
<b>TOTAL (US \$)</b>	<b>8,772,197</b>	<b>10,425,231</b>	<b>12,104,655</b>

- **PRODUCTO - SERVICIO SOCIAL :** Se oferta dos tipos de productos: 1) Servicio TREN SOCIAL, 2) Servicio CERROJO SOCIAL; proyectándose un flujo de pasajeros por rumbo (Norte –Sur) es decir que algunos pasajeros solo toman el servicio de retorno o ida, y otros el circuito completo (ida –vuelta). Esta orientado a los pobladores lugareños del Cusco y los comerciantes nacionales.

**CUADRO DE PASAJEROS LOCALES A TRANSPORTAR**

PRODUCTO Y RUMBO	2003	2004	2005
<b>TREN SOCIAL</b>	<b>71,640</b>	<b>85,183</b>	<b>98,953</b>
o Rumbo Norte	26,488	31,510	36,624
o Rumbo Sur	45,152	53,673	62,328
<b>TREN CERROJO SOCIAL</b>	<b>92,500</b>	<b>109,937</b>	<b>127,591</b>
o Rumbo Norte	61,594	73,198	84,948
o Rumbo Sur	30,906	36,739	42,643
<b>TOTAL PASAJEROS</b>	<b>164,140</b>	<b>195,120</b>	<b>226,544</b>



**CUADRO DE INGRESOS (US\$) POR TRANSPORTE DE CADA PRODUCTO**

PRODUCTO Y RUMBO	2003	2004	2005
<b>TREN SOCIAL</b>	<b>545,897</b>	<b>649,094</b>	<b>754,014</b>
Rumbo Norte	201,839	240,106	279,075
Rumbo Sur	344,058	408,988	474,939
<b>TREN CERROJO SOCIAL</b>	<b>282,125</b>	<b>335,308</b>	<b>389,153</b>
Rumbo Norte	187,862	223,254	259,091
Rumbo Sur	94,263	112,054	130,061
<b>TOTAL (US \$)</b>	<b>381,042</b>	<b>440,036</b>	<b>495,541</b>

**FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU  
FERSIMSAC**

**FLUJO DE CAJA PROYECTADO**  
(Expresado en miles de Dólares Americanos)

PERIODOS	2003	2004	2005
<b>INGRESOS</b>	<b>10,892</b>	<b>12,929</b>	<b>14,994</b>
Ingresos Netos	9,153	10,865	12,600
I.G.V.	1,739	2,064	2,394
<b>EGRESOS</b>	<b>6,147</b>	<b>6,372</b>	<b>7,483</b>
<b>GASTOS FIJOS</b>	<b>5,398</b>	<b>5,610</b>	<b>6,705</b>
Personal	995	1,026	1,623
Alquiler de Vía	1,545	1,726	1,815
Alquiler Locomotora	622	622	622
Alquiler Coches	223	223	223
Seguros	573	573	573
Otros Servicios Terceros	551	551	731
Tributos	819	819	1,042
Cargas Div. De Gestión	18	18	23
Cargas Financieras			
C.T.S.	52	52	53
<b>GASTOS VARIABLES</b>	<b>749</b>	<b>762</b>	<b>778</b>
Materiales Administrativos	26	34	37
Materiales de Operación	132	132	143
Combustibles y Lubricantes	591	596	598
<b>RESULTADO DE EXPLOTACION</b>	<b>4,745</b>	<b>6,557</b>	<b>7,511</b>
<b>IMPUESTO RENTA</b>	<b>1,613</b>	<b>2,229</b>	<b>2,554</b>
<b>RESUL.EJERC.DESPUES DE IMPUESTO</b>	<b>3,132</b>	<b>4,328</b>	<b>4,957</b>
<b>FINANCIAMIENTO</b>			
<b>DESEMBOLSO DE INVERSION</b>			
Inversión Financiado			
<b>FLUJO ANTES DEV.DEPR. Y PROV.</b>	<b>3,132</b>	<b>4,328</b>	<b>4,957</b>
<b>DEVOLUC.DE DEPREC.Y PROVISIONES</b>	<b>52</b>	<b>52</b>	<b>53</b>
<b>FLUJO CTE. DE EFECTIVO</b>	<b>3,184</b>	<b>4,380</b>	<b>5,010</b>
<b>FLUJO CTE. EFECTIVO ACUMULAD</b>		<b>7,564</b>	<b>12,574</b>



El fundamento que la Secretaria esgrime como autoridad defensora del usuario y de la libre competencia, sobre la REDUCCIÓN DE LA MULTA CALCULADA ASCENDENTE DE 679.61 U.I.T a 203,9 UIT, deja mucho que desear, pues bajo ese criterio de colaboración eficaz, lo único que se hace es incentivar que cualquier otra empresa con capitales extranjeros conculque los derechos Constitucionales de los peruanos que intentan formar empresa y participar en el desarrollo económico y social del Perú, violándose una vez más el Art. 59°, 61° y 63° de la Constitución Política del Estado, resultando letra muerta, la siguiente frase: **"EL ESTADO FACILITA Y**

**VIGILA LA LIBRE COMPETENCIA. COMBATE TODO PRACTICA QUE LA LIMITE Y EL ABUSO DE POSICIONES DOMINANTES O MONOPOLICAS. NINGUNA LEY NI CONCERTACIÓN PUEDE AUTORIZAR NI ESTABLECER MONOPOLIOS"**.

Corriendo la misma suerte el Art. 63° de nuestra Carta Magna que a la letra dice: "La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas".

Expresando nuestra total disconformidad e indignación; por un trato preferencial y benévolo a la empresa concesionaria infractora en lo que respecta al cálculo de la multa



correspondiente, cuyos criterios subjetivistas no lo compartimos, ya que no están contemplados en el Decreto Legislativo correspondiente.

Así mismo, la Resolución que su entidad ha prolado, serán puestas a debate mediante Forums y Seminarios en la ciudad del Cusco, así como a nivel Nacional para analizar la actuación de las autoridades defensoras de la Economía libre de Mercado.

**POR LO EXPUESTO :**

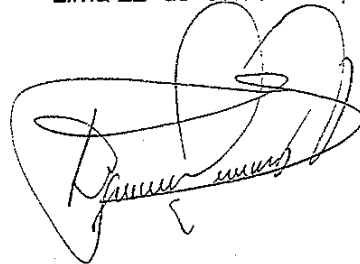
A, Usted señor Presidente, solicito Admitir la presente y proveer conforme a Ley.

**OTROSI DIGO.-** Que, existiendo indicios sobre parentesco de consaguinidad entre el abogado del Estudio Jurídico "Luís Eche copar Garcia", y el Presidente de la Comisión de Libre Competencia Dr. **Luís Felipe Arizmendi Eche copar**, conforme así lo ha referido el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia, Dr. Hugo Gómez Apac, al ser interrogado sobre el particular ante la Sub-Comisión investigadora de Transportes de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República, por lo que, solicitamos que el presente proceso sea resuelto en forma diáfana sin ninguna ingerencia subjetiva que motive su nulidad.

Solicitando que se aplique el Principio de Celeridad en la presente investigación; dado que se viene dilatando innecesariamente este proceso, tomando en cuenta el tope de los términos máximos previstos por la ley, causándonos por ende serios perjuicios, recordándole señores de la Comisión que desde la interposición de la denuncia - 27-08-2004 - han transcurrido más de 10 meses.

Lima 22 de Junio del 2,005.

  
Mariela Farfán Aragón  
ABOGADA  
Reg. C.A.L. 20673



13. Alegatos de Fetrans 06.07.05 y tercer informe Apoyo



ESTUDIO LUIS ECHÉCOPAR GARCÍA  
ABOGADOS  
COPI  
de Competencia  
2  
JUL 2005  
RECIBIDO  
UNIDAD DE TRÁMITE  
DOCUMENTARIO

CLC  
Lo testado no vale

Expediente N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente No.  
012-2004/CLC)  
Alegatos

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA  
INDECOPI  
235

**A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

**039232**

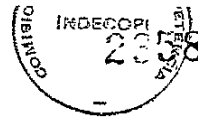
**FERROCARRIL TRANSANDINO** (en adelante, "FETRANS"), representada por su abogada, Teresa Tovar Mena, en el procedimiento seguido por presunto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, hemos sido notificados con el Informe No. 023-2005/CLC-INDECOPI, mediante el cual la Secretaría Técnica concluye que : (i) FETRANS ha infringido los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo No. 701, Ley que dispone la eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia; y, (ii) debe de imponerse a FETRANS una sanción equivalente a 203,9 UIT por la supuesta comisión de una infracción leve así como ordenarse medidas correctivas.

De conformidad con el artículo 161° de la Ley No. 27444<sup>1</sup>, Ley del Procedimiento Administrativo General, presentamos nuestros alegatos solicitando que la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la "Comisión") desapruebe el Informe de la Secretaría Técnica y, en consecuencia, declare infundada la denuncia formulada en contra de FETRANS, por las consideraciones que exponemos. En tal sentido, a continuación señalamos los errores más importantes del Informe Técnico. Cabe anotar que en un escrito aparte presentamos una exposición más amplia.

<sup>1</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General  
Artículo 161.- Alegaciones  
161.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.  
161.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

**039232**



## SOBRE EL PROCEDIMIENTO IRREGULAR Y LA AFECTACION A NUESTRO DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Lo testado no vale

Hemos presentado un escrito en el que señalamos determinadas infracciones en la tramitación del presente expediente que consideramos afectan el debido proceso y por ello estamos solicitando a la Comisión que sean subsanadas.

Sin perjuicio de ello, consideramos que existen una serie de errores serios en el enfoque y apreciación del caso que estimamos indispensable resaltar.

### II. EL CASO

La denuncia que se ha iniciado en contra de nuestra empresa consiste en afirmar que habría existido una negativa injustificada a alquilar material tractivo y rodante a la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A. (en adelante, FERSIMSAC). Para sustentar esta afirmación se indica que nuestra empresa tendría posición de dominio en el aprovisionamiento de material tractivo y rodante y por ello estaría obligada a alquilar dicho material a terceros.

La Comisión es competente para sancionar el abuso de posición de dominio, esa fue la conducta denunciada, por lo que el análisis del Secretario Técnico debe ceñirse estrictamente a las normas sobre la materia, investigando el caso y analizando la conducta con el debido rigor metodológico. No le compete evaluar si la concesión de los ferrocarriles se diseñó de manera adecuada, ni interpretar el contrato de concesión para generar nuevas o distintas obligaciones a cargo del concesionario.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Según el artículo 7.1. inciso e) de la Ley 26917 OSITRAN es competente para interpretar los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público:  
"7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes: (...)  
e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación."

Lo testado no vale



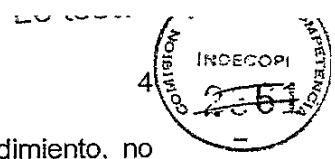
Ahora bien, de acuerdo con la metodología universalmente admitida en la jurisprudencia nacional y comparada para resolver casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, el análisis que debió realizar la Secretaría Técnica y que no está adecuadamente realizado en su Informe Técnico, es el siguiente:



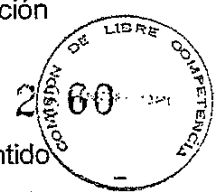
- i) Definir el mercado relevante, que es aquél en el que se realiza la práctica materia de la denuncia y que incluye a los posibles sustitutos del servicio demandado por el denunciante.
- ii) Determinar si existe una empresa que ostente posición de dominio en el mercado relevante previamente definido.
- iii) Sólo si se determina que la empresa denunciada cuenta con posición de dominio es que cabe analizar si existió una negativa a contratar.
- iv) En caso la empresa dominante se hubiere negado a contratar, se debe analizar si la negativa a hacerlo fue justificada o injustificada.
- v) Sólo si se determina que la negativa fue injustificada se puede imponer una sanción a la empresa por atentar contra las normas de libre competencia.

En el procedimiento hemos aportado pruebas que demuestran que la denuncia no tiene sustento pues:

- El mercado relevante no puede ser definido de la manera tan estrecha como lo hace el Secretario Técnico sino que es más amplio e incluye otras alternativas de aprovisionamiento y no sólo el alquiler del material tractivo y rodante concesionado a FETRANS.
- FETRANS no tiene posición de dominio en el mercado relevante.
- FETRANS no tiene la obligación de alquilar el material tractivo y rodante a FERSIMSAC u otro operador.
- FETRANS no se ha negado injustificadamente a contratar.



En consecuencia, de acuerdo a lo demostrado en el procedimiento, no cabe imponer sanción alguna a nuestra empresa. Sin embargo, el Secretario Técnico, al no seguir rigurosamente la metodología descrita líneas arriba, llega a la conclusión equivocada y propone una sanción exorbitante.



Para llegar a la conclusión a que arriba la Secretaría Técnica, en el sentido de considerar que hemos cometido una infracción, se vale de una serie de interpretaciones carentes de sustento respecto de las intenciones del Estado al otorgar la concesión o de supuestas restricciones a la participación de PERURAIL en el mercado.

En efecto, como se verá a continuación, la Secretaría parte de una serie de premisas que están totalmente equivocadas y que no tienen fundamento alguno ni en el marco legal vigente ni en el contrato de concesión firmado por nuestra empresa con el Estado Peruano y que debe ser respetado.

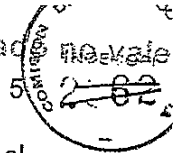
Es a estos errores que nos queremos referir en este escrito, sin perjuicio de presentar en un escrito más extenso, un análisis de más detalle.

**III. RESPECTO AL PROCESO DE CONCESIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE LA CIRCULAR NO. 17**

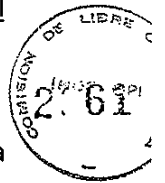
Un error central de la Secretaría Técnica consiste en afirmar que el contrato de concesión impuso a FETRANS determinadas obligaciones las mismas que **no figuran ni en el contrato ni en el marco legal al amparo del cual se le otorgó la concesión.**

Cabe indicar que, como hemos señalado en el punto anterior, el análisis debe orientarse a definir si hubo una infracción a la libre competencia. Sin embargo, como podrá apreciarse, lo que la Secretaría Técnica hace es pretender interpretar el contrato y el marco regulatorio, aduciendo que en

Lo testado no vale



estas estipulaciones y normas existe una obligación de compartir el material tractivo y rodante concesionado. Esto, como pasamos a demostrar, es incorrecto, pero si tal obligación existiera, sería OSITRAN el encargado de analizarla y exigirla y no Indecopi.



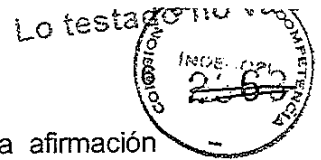
En su informe la Secretaría Técnica sostiene que FETRANS tenía limitaciones para alquilar el material tractivo y rodante a su vinculada la empresa PERURAIL S.A. (en adelante, "PERURAIL"). De su análisis y de sus conclusiones resultaría que habría una obligación de FETRANS de terminar el contrato de alquiler suscrito con PERURAIL en el momento en que cualquier tercero le solicite alquilar el material tractivo y rodante.

Lo cierto es que no nos explicamos de dónde proviene esta limitación, pues no hay nada absolutamente – ni en las Bases de la Licitación y circulares complementarias, ni en las respuestas a las consultas a las Bases, ni en el contrato de concesión, ni lo hay tampoco en el marco legal vigente – que pueda dar base a esta afirmación.

En consecuencia, y no existiendo limitaciones contractuales ni legales para que FETRANS alquile el material tractivo y rodante a PERURAIL, la única forma de imponer tales obligaciones sería que se demuestre que hay una posición de dominio. Lo cierto es que FETRANS ha demostrado, con el informe de Apoyo Consultoría S.A. (en adelante, "Apoyo") y otras pruebas presentadas en el procedimiento, que no es posible sostener que hay posición de dominio. Lamentamos tener que indicar que en lugar de reconocer esta realidad, la Secretaría Técnica ha decidido hacer una extraña interpretación del contrato y el marco legal señalando que éste contiene obligaciones que no contiene.

Tenemos así lo siguiente:

Según la Secretaría, en las Bases del proceso de Concesión del Ferrocarril del Sur Oriente (en adelante, "FSO"), se preveía la separación



vertical de las actividades ferroviarias<sup>3</sup>. Pretende que dicha afirmación tiene base en la Cláusula Primera del Contrato de Concesión que estipula:

*"1.1. Definiciones: Para fines del presente Contrato, las partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado:*

*(...)*

*- Servicios de Transporte Ferroviario: significará los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una línea férrea y que también pueden como comprender las operaciones relacionadas el Material tractivo y Material Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones. El concesionario puede desarrollar esto servicios, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga."*



Al respecto, es importante precisar que no se ha adoptado el modelo de separación vertical<sup>4</sup> y que más bien, la concesión de ferrocarriles se convocó respecto de dos actividades: la explotación de la infraestructura vial ferroviaria y la operación del transporte de pasajeros y carga. Ambos servicios deben ser prestados en el plazo de la concesión. Por ello, el contrato obliga al concesionario a constituir y contratar con el operador vinculado.

La Secretaría Técnica señala en su Informe que el esquema inicial de la concesión estaba previsto para que el Concesionario no prestara servicios de transporte ferroviario y que luego se establece la obligación de constituir un operador en vía de excepción y con carácter provisional. Como se comprobará a continuación, todo este razonamiento es

<sup>3</sup> Ver Numeral 143 del Informe que señala *"En las Bases del proceso de concesión del FSO (18 de diciembre de 1998) se previó, desde un inicio, y en línea con su finalidad de generar competencia, la separación vertical de las actividades ferroviarias, esto es la diferenciación entre la empresa que operaría la infraestructura ferroviaria y los operadores del servicio de transporte ferroviario que utilizarían la facilidad esencial operada por la primera."* Como se puede observar, la Secretaría confunde separación vertical (impedimento de que empresas vinculadas realicen las dos actividades, esto es, explotación de infraestructura y transporte) con diferenciación (constitución de dos personas jurídicas independientes).

<sup>4</sup> Cabe anotar que, a pesar de haber señalado en el numeral 143 del Informe que se previó la separación vertical, la Secretaría Técnica reconoce luego que no se ha implantado dicho modelo sino más bien el modelo de acceso competitivo (que permite la participación de una empresa vinculada al concesionario en el servicio de transporte, aunque distorsiona este modelo, ver numeral 152 del Informe), pero después señala que esta separación vertical sería deseable. Ver numeral 392 del informe que señala: *"Para eliminar por completo la barrera de entrada al mercado tendría que procederse a adjudicar el íntegro del Material a dos o más operadores no vinculados a Fetrans. En otras palabras, debería procederse a una verdadera segmentación del mercado, de modo que quien opere la infraestructura ferroviaria no esté relacionado con ninguno de los operadores independientes que compiten en el segmento de transporte ferroviario."*



INCORRECTO; no es cierto que las Bases inicialmente no permitieran al concesionario prestar los servicios indicados, como tampoco es cierto que la constitución del operador integrado al concesionario fuera una medida temporal.

Lo testado no vale



Las Bases establecieron inicialmente que el Concesionario podía prestar servicios de transporte y con el modelo de acceso competitivo adoptado, otros operadores de servicios de transporte ferroviario podían entrar a prestar servicios.



Bajo este esquema, entonces, el Concesionario presta el servicio con el material tractivo y rodante concesionado. Es falso pues, lo sostenido por la Secretaría Técnica en el sentido de que inicialmente no estaba permitido al concesionario prestar el servicio.

Luego, mediante Circular N° 17 emitida por el Comité de Privatización – CEPRI de ENAFER para complementar las Bases y que forma parte de éstas (y por ende, del contrato de concesión), se establece que el Concesionario no puede prestar directamente el servicio de transporte de personas y carga sino que tiene que constituir un operador. Respecto de los otros operadores, no hay modificaciones, sigue el mismo régimen de acceso competitivo: cualquier tercero es libre de entrar a prestar servicios de transporte.

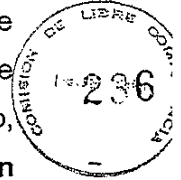
Pero, debemos recalcar que esta medida no supone una “provisionalidad” o “temporalidad” en la prestación de los servicios de transporte por parte del operador integrado, como equivocadamente sostiene la Secretaría Técnica, sino que buscaba garantizar que a la fecha de cierre se tuviera un operador en actividad.

En el esquema de la privatización de las vías férreas se estableció que la empresa que fuera concesionaria del ferrocarril no fuera a su vez la

Lo testado



empresa operadora. Por ello, la cláusula del contrato de concesión citada en las líneas arriba prohíbe que el Concesionario (FETRANS) realice las actividades de transporte por sí mismo. No está, sin embargo, restringiendo esta posibilidad a sus empresas vinculadas como PERURAIL. Lo que en la práctica implica esta estipulación es que se exige que el Concesionario sólo sea concesionario de la infraestructura. Esto se hace estrictamente para facilitar la actividad regulatoria. Por el contrario, como ya se dijo, **el contrato no solo no prohíbe a FETRANS tener un operador vinculado sino que lo obliga a tenerlo.**




Así, como ya se dijo, la Circular No. 17 estableció la obligación del Concesionario de contratar con un tercero o constituir una empresa para prestar el servicio de transporte. La obligación relativa a que la continuidad del servicio no se vea afectada contenida en la Circular indicada es exigible al concesionario desde el primer hasta el último día de la concesión, es decir, por treinta años. En ausencia de otro operador, el concesionario sería responsable frente al Concedente en caso que su operador vinculado deje de prestar el servicio de transporte.

Sobre el particular, la Secretaría Técnica, en los numerales 144 al 147 de su informe, afirma que la obligación contenida en la Circular No. 17 tenía por objeto asegurar la continuidad del servicio y era excepcional. Es sin duda cierto que el Estado quería garantizar la continuidad del servicio. Pero lo que no entendemos es cómo la Secretaría Técnica llega a la conclusión que se trata de "una medida excepcional". Nada en el texto de las Bases, Circulares y Contrato de Concesión permiten llegar a tal conclusión, pues no existe un vínculo lógico entre "continuidad" y "excepcionalidad".


Con base en este error de juicio concluye que *"(...) en virtud de esta medida excepcional se permitió a Fetrans alquilar a Perurail el material tractivo otorgado en concesión y permitir su acceso a la infraestructura*

Lo testado no vale



ferroviaria a efectos de asegurar la continuidad del servicio de transporte ferroviario". Nada más falso, no existe tal excepcionalidad.

Si bien la Circular No. 17 señalaba expresamente que, a fin de garantizar la continuidad en las operaciones, el Concesionario (FETRANS) debía garantizar que contaba con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, no hay nada que permita afirmar que dicha medida era excepcional y, por lo tanto, temporal.



Muy por el contrario, las Bases y el contrato son consistentes con la existencia de un operador integrado durante toda la vigencia de la concesión.

Así, la concesión incluye la entrega del material tractivo y rodante para su explotación por el concesionario (Formulario 13 a) y en las Bases expresamente se exige a los postores como un requisito para participar en la licitación que cumplan con acreditar la experiencia técnica de la persona jurídica a cargo de la administración no sólo de la infraestructura vial ferroviaria sino también del transporte de pasajeros y carga ( ver Bases 5.1.2.3<sup>5</sup> y 5.1.2.4.<sup>6</sup>). Esta última exigencia a los postores no tendría sentido si no fueran a operar trenes durante el plazo de vigencia de la concesión.

<sup>5</sup> "Documentos que acrediten la experiencia del Postor o de alguno de sus Integrantes en caso sea Consorcio, o de ser el caso de sus accionistas, socios o Empresa Vinculada, en la administración de Infraestructura Vial Ferroviaria y Servicios de Transporte Ferroviario o la de la persona jurídica que será contratada por el Postor para administrar dichos servicios. En cualesquiera de los casos el Postor, conjuntamente con quien acredite dicha experiencia o con la persona jurídica a ser contratada, según sea el caso, deberá presentar (i) una declaración jurada que acredite dicha experiencia y precise su compromiso de actuar como administradora de la Infraestructura Vial Ferroviaria y de los Servicios de Transporte Ferroviario, redactada conforme al Formulario 8, (ii) una declaración jurada indicando que no presenta su información técnica para más de un Postor, redactada conforme al Formulario 9. En cualquiera de los casos mencionados anteriormente, el titular de la experiencia deberá ser una persona jurídica."

<sup>6</sup> "Carta de Presentación de Información Financiera y Técnica de Precalificación, conforme al Formulario 10, firmada en original por el Representante Legal. En dicha carta el Postor deberá consignar ya sea sus propias cifras financieras o la de sus Integrantes en caso de ser Consorcio, las de sus accionistas o socios o las de la Empresa Vinculada a ellos y sus propios datos técnicos o los del tercero que actuará como administrador de la Infraestructura Vial Ferroviaria y del Servicio de Transporte Ferroviario."

Lo testado no



Es más, de acuerdo al contrato de concesión, el Concesionario está obligado a explotar los bienes de la concesión<sup>7</sup>, entre ellos el material tractivo y rodante. Así, al alquilar el material a su operador vinculado de transporte, el Concesionario está dando cumplimiento a la obligación asumida frente al Estado de explotar los bienes de la concesión.

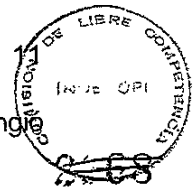


La Secretaría señala que, si el Estado hubiera querido que FETRANS –a través de una empresa vinculada – realice actividades de transporte se hubiera señalado en las Bases de la Licitación. Lo cierto es que las Circulares para todos los efectos legales, forman parte de las Bases. Por tanto, al establecer la Circular N° 17 que el Concesionario debía asegurar la existencia de un operador de transporte a la fecha de cierre, la misma constituye la autorización expresa que exige la Secretaría Técnica. Fue una precisión dentro del proceso, perfectamente válida.

Es importante reiterar que desde el inicio el Estado buscó postores que realizaran las dos actividades (explotación de infraestructura y transporte). Eso jamás cambió. Lo que ocurrió fue que se quiso hacer más fácil la tarea de supervisión y regulación de ambas actividades. Así, se obligó al adjudicatario a que constituyera dos sociedades “espejo”, una para administrar la infraestructura y otra para operar trenes, en sustitución del esquema original en el cual una sola persona jurídica desarrollaba ambas actividades.

La Circular N° 17 tenía por objeto asegurar la continuidad del servicio obligando al Concesionario a contratar (con cualquier empresa, incluyendo sus vinculadas si ya estaban constituidas) o constituir una empresa para realizar el servicio de transporte. Le daba al Concesionario el derecho a escoger entre constituir una empresa o contratar con otra, sea vinculada o no. El que tuviera la obligación de poner un operador no significa que no

<sup>7</sup> En la Cláusula 2.3. del Contrato de Concesión se establece “Mediante este Contrato, el Concedente otorga a favor del Concesionario la Concesión para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los Bienes de la Concesión...”



tuviera también el derecho de tenerlo. En ningún momento se le restringió este derecho.

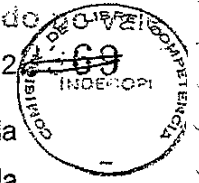
Es importante puntualizar que el concesionario se rige por su contrato de concesión (que incluye bases y circulares). En éste no existe obligación de arrendar material tractivo y rodante a los demás operadores. Las leyes aplicables tampoco obligan a ello.



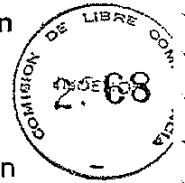
Asimismo, la Circular N° 043, en respuesta a las consultas de los postores señaló claramente que: *“Las obligaciones del concesionario en relación con los operadores de servicios de transporte ferroviario, serán las que emanen del propio contrato de concesión, de las leyes y otros dispositivos legales que resulten aplicables, así como de las disposiciones de las Bases y Circulares emitidas en el presente proceso de Licitación.”* (quinta pregunta).

Cabe recordar que, el marco legal general vigente no prohíbe ni limita las concentraciones entre empresas vinculadas. Tampoco lo hacen las regulaciones específicas para el servicio ferroviario. En consecuencia, para que pueda afirmarse que los accionistas de FETRANS no pueden a su vez tener una empresa operadora de transporte sería preciso que exista una clara estipulación en el contrato en ese sentido. Esto no existe.

**Ninguna estipulación del contrato permite interpretar que el Concesionario no podía tener un Operador vinculado. Por el contrario se le obliga a tenerlo. No hay forma de sostener que, en virtud de la Circular No. 17 se permitió que una empresa vinculada al Concesionario preste los servicios “provisionalmente”. Como hemos dicho y repetimos, la mencionada Circular sólo se limitó a establecer una obligación al Concesionario, dándole la facultad de elegir si la cumplía a través de una vinculada o no.**



En todo caso, la regla general para los agentes económicos privados es la de poder realizar actividades libremente. Como ya lo hemos dicho, en la medida de que **no hay una prohibición o limitación legal** "lo que no está prohibido está permitido"<sup>8</sup>. No existe una limitación expresa en el marco legal general, como ocurriría si existiera una ley de control de concentraciones que impusiera algún tipo de restricciones a la integración en el sector ferroviario. Como es de conocimiento de la Comisión, en general, en todas las actividades económicas –excepto en el sector eléctrico – se permite que una empresa, a través de sus vinculadas realice actividades conexas. Esa es la regla, por lo que **cualquier excepción debe establecerse expresamente**.



Entonces, si ni la ley ni el Contrato prohíben a FETRANS tener un Operador vinculado no es factible sostener que tal limitación existe.

Es por ello, que la Secretaría Técnica debería hacer un análisis inverso al que realiza y cumplir con demostrar que en el marco legal o en el Contrato de Concesión o las Bases **existe alguna limitación** para que el Concesionario, a través de una vinculada, preste el servicio de transporte. **Lo cierto es que no existe ni en las normas legales ni en el Contrato de Concesión ni en las Bases (y con ello incluimos las Circulares) una sola frase que corrobore la interpretación de la Secretaría Técnica de que la participación de una empresa vinculada estaba limitada en el tiempo o era excepcional.**

Asimismo, de ser correcta la aseveración de la Secretaría respecto de la limitación indicada, ésta debería señalar cuándo culminaría la supuesta medida temporal pues, si se afirma que sólo se permitía a PERURAIL excepcionalmente operar en el FSO, debería existir un límite expreso a

<sup>8</sup> Constitución Política del Estado  
Artículo 2º.- Derechos de la Persona.- Toda persona tiene derecho:  
(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

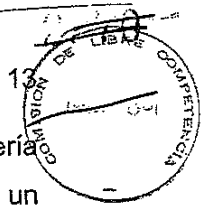
dicha temporalidad en el contrato. Si la Secretaría es coherente debería de afirmar que dicha medida "excepcional" sólo estaría vigente hasta un momento determinado, el mismo que tendría que estar establecido sin ninguna duda en el contrato y en las Bases. Por tanto, para considerar comprobada su teoría de la excepcionalidad y temporalidad, debió señalar en qué documento (bases, circulares o contrato) se ha establecido esta restricción para el operador vinculado. No lo ha hecho, simplemente porque no existe, lo que invalida toda su argumentación al respecto.

En efecto, es evidente que, al no existir ninguna prohibición o limitación temporal o de compartición de material en el Contrato ni en la Ley, PERURAIL podía ingresar y permanecer en el mercado de transporte ferroviario sin restricción temporal y FETRANS estaba plenamente facultado a alquilarle dicho material si aquélla lo necesitaba para prestar sus servicios.

En este caso, la Secretaría pretende interpretar restrictivamente el Contrato de Concesión, así como sus Bases y Circulares, puesto que el resultado de su interpretación limita la prestación del Servicio de Transporte por parte de una vinculada del Concesionario. En tanto eso no está estipulado en el Contrato, ni en las Bases o Circulares, se está estableciendo una restricción o excepción indebidamente.

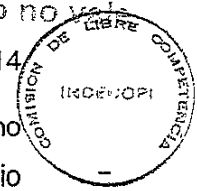
Lo que en buena cuenta hace la Secretaría es crear una restricción que no está ni en el marco legal ni en el contrato.

Esto es muy grave pues se le estaría imponiendo al Concesionario obligaciones que no están en el contrato y que por lo tanto no le son exigibles. Lo que es peor, no solo se le impone obligaciones que no existían sino que se le sanciona por no haberlas observado.



~~Lo anterior no vale~~

14



Como conclusión sobre este tema queremos destacar que no sólo no existe norma que prohíba al Concesionario tener un operador del servicio de transporte sino que existe una disposición expresa de las Bases que lo obliga a constituirlo. Esa obligación no está limitada en el tiempo, por lo que no es posible buscarle un carácter temporal ni, mucho menos, excepcional como pretende la Secretaría Técnica.



#### IV. EL SUPUESTO COSTO CERO DEL MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE

La base para sostener que FETRANS tenía posición de dominio en el alquiler de material tractivo y rodante y en la que se basó la denuncia fue sostener que no existía material disponible a ser alquilado por un posible entrante. Hemos demostrado que esto no es así. Tenemos así que la Secretaría Técnica en su Informe señala que corresponde determinar cuáles son las alternativas viables o idóneas para la obtención del material tractivo y rodante por parte de un entrante.

Sin embargo, analizando superficialmente algunas posibilidades de aprovisionamiento, la Secretaría Técnica llega a la conclusión que el servicio relevante es el alquiler de material tractivo y rodante. Dicha conclusión se sustentaría en que FETRANS habría recibido el material tractivo a "costo cero". A decir de la Secretaría Técnica, esta circunstancia haría que cualquier posibilidad de aprovisionamiento sea descartada. Ello, en tanto que existe una diferencia importante si se compara lo que paga el actual operador por el alquiler de material tractivo con lo que demandaría el aprovisionamiento del futuro entrante.

Es decir, ahora la Secretaría Técnica desarrolla una nueva tesis que no nos había sido indicada en la denuncia y sobre la cual no hemos podido pronunciarnos.



En primer lugar, es importante que la Comisión note que estamos ante un contrato de concesión de infraestructura. El objetivo primordial de la concesión de los ferrocarriles de ENAFER era el mejoramiento de la infraestructura ferroviaria que, como lo admite la propia Secretaría Técnica, se está logrando gracias a la intervención de la inversión realizada por FETRANS. Bajo este esquema, para obtener el derecho a la concesión de la vía y material tractivo y rodante, no se previó que el Concesionario debiera efectuar un pago inicial. Esto no significa que no se pague por la Concesión. Lo que se estableció es que se pagaría un canon o retribución de dos tipos: uno por la explotación de la infraestructura y otro por la explotación del material tractivo y rodante.

No estamos entonces, frente a un proceso de privatización que implica la venta de activos por parte del Estado y que FETRANS –por una inexplicable e injusta razón – no haya pagado nada como pretende sostener la Secretaría Técnica, sino que, el pago se hace a lo largo del contrato por la concesión, como es la lógica normal de este tipo de concesiones en las que el objeto primordial es mejorar la infraestructura a través de la inversión privada. Este extremo es confirmado por Apoyo en el informe que adjuntamos al presente escrito (Anexo 1-A) en el que señala que:

*“... en este tipo de procesos, como es el caso de la concesión bajo análisis, no existe un pago por la “adjudicación” de los activos puesto que estos siguen siendo de propiedad del Estado.*

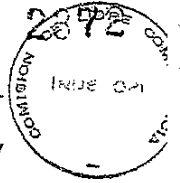
*Lo anterior no implica que el concesionario haya recibido a “costo cero” los bienes de la concesión como lo sugiere la ST-CLC. Por el contrario, en este tipo de proceso normalmente sí existe un pago que está asociado a los ingresos que se generan por la explotación de la concesión.”<sup>9</sup>*

Es por ello que, guardando coherencia con el mencionado fin, este tipo de concesiones prevén, por ejemplo, que las mejoras en la infraestructura y

<sup>9</sup> Página 9 del Informe.



bienes que conforman aquella, retornen a manos del Estado<sup>10</sup>. Es evidente que el Estado se beneficia de la inversión del privado (aunque no sea un pago en efectivo) y de todas las demás obligaciones que le establece en el contrato respectivo.



En el proceso de concesión de los ferrocarriles de ENAFER se optó por entregar en concesión el material tractivo y rodante para su explotación y mejoramiento por el inversionista privado. Pudo venderse, en cuyo caso se hubiera pagado un precio, pero seguramente la evaluación que hizo el CEPRI en su momento determinó que lo más eficiente era lo primero.

En tal sentido, no podía pretenderse que un concesionario pagara un precio equivalente a la adquisición de un material que será devuelto al Estado al culminar la concesión. No obstante, el Estado pudo optar por no exigir una retribución periódica por la explotación de material como la que existe actualmente en el contrato, sino un pago único inicial, si hubiera privilegiado el pago al contado antes que recibir una renta durante los treinta años de vigencia de la concesión. Al margen de la oportunidad del pago, no vemos la diferencia entre uno u otro esquema. En ambos, el Concesionario asume un pago por el derecho a explotar el material tractivo (no compra el mismo<sup>11</sup>), no entendemos, pues, la conclusión de la Secretaría Técnica de que el Concesionario recibe el material sin costo.

Es claro, entonces, que la oportunidad de realizar el desembolso al Estado por parte del Concesionario no debe llevarnos a concluir, como lo hace la Secretaría Técnica, que se ha concesionado una línea férrea y diverso material a un costo cero. Como ya se dijo, si bien la licitación no ha previsto el pago de un monto inicial para obtener la concesión, ello no implica que ésta haya sido gratuitamente otorgada a FETRANS.

<sup>10</sup> Cláusula Décimo Novena: Culminación de la Concesión

19.1. Devolución de Bienes: En la fecha que se establezca a lo previsto en el numeral 19.4., el Concesionario está obligado a entregar al Concedente todos los Bienes de la Concesión, en su estado normal de mantenimiento y operativos, considerando su desgaste y antigüedad (...)



Las retribuciones, así como los compromisos asumidos por FETRANS generan un costo que no ha sido tomado en cuenta por la Secretaría para elaborar su Informe Técnico. Cabe anotar que si bien dicho costo es asumido luego de otorgada la concesión, ello no implica que dicho costo no exista. FETRANS se ha comprometido a pagar una retribución por todos los años de la concesión. Además, hay otros montos comprometidos para alcanzar los estándares de la Federal Railroad Administration (FRA) a los que se obliga al concesionario en el contrato.



De otro lado, es importante precisar que la retribución fijada por FETRANS corresponde a la valoración que realiza esta empresa por toda la concesión<sup>12</sup> que incluye el material tractivo y rodante. En tal sentido, no es admisible que la Secretaría sostenga que el único pago que se hace por la explotación del material corresponde a la retribución especial, pues el Concesionario asume una serie de obligaciones complejas que implican inversiones y gastos diversos.

Es necesario destacar, por otra parte, que el análisis del caso debe realizarse teniendo en cuenta las particularidades del negocio ferroviario. En este mercado, las inversiones, obligaciones y responsabilidades son muy grandes. Quien pretende operar trenes requiere acreditar solvencia que le permita desarrollar sus actividades debidamente y estar en condiciones de asumir esas responsabilidades, especialmente cuando el Concesionario responde solidariamente por las responsabilidades de todos los operadores y los seguros no cubren todas esas responsabilidades.

Por ello, la Comisión debe evaluar el nivel de inversiones propias del negocio ferroviario, en el cual la incidencia del alquiler de material tractivo y rodante o su adquisición (de segunda mano) por parte de un segundo

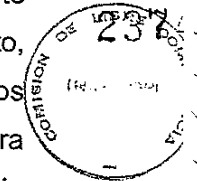
<sup>11</sup> Nótese que si el concesionario compraba el material, todas las mejoras quedaban al interior del grupo, con la concesión si bien el Estado no recibe un precio de compra si se beneficia de las cuantiosas inversiones que han hecho FETRANS y PERURAIL en el material tractivo y rodante.

<sup>12</sup> Cláusula Primera: Definición y Reglas de Interpretación  
Bienes de la Concesión: son los bienes de propiedad del Concedente que se entregan al Concesionario. Detallados en el Anexo No. 2 y en el Anexo No. 3, incluyendo las Mejoras y cualquier otro bien que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.4. de este Contrato, deba incluirse dentro de este aspecto.

operador no tendría incidencia significativa en su capacidad de competir con el actual operador.



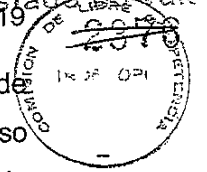
Por último, cabe destacar que el Concesionario adquirió la posición que ostenta de manera justa y lícita, compitiendo en transparencia y públicamente. Ese activo intangible tiene como todo activo un costo y parte de él lo constituye el material tractivo y rodante. En ejecución del contrato, el Concesionario pagó una cifra significativa por materiales y repuestos (aproximadamente tres millones de dólares) cuyo valor era significativamente menor y entregó y mantiene vigente una fianza bancaria por más de diez millones de dólares. Ello, además del pago al Estado de una retribución por la explotación del material tractivo y rodante ya mencionada. En conclusión, no hay costo cero.



**V. NO HA EXISTIDO NEGATIVA INJUSTIFICADA POR PARTE DE FETRANS**

Como se ha demostrado a lo largo del presente procedimiento, el material tractivo y rodante puede ser adquirido por cualquier empresa que desee operar el FSO. En tal sentido, no existe ninguna razón para considerar que la negativa de contratar –si es que la hubiere – por parte de FETRANS constituye una infracción a las normas sobre libre competencia.

En escritos anteriores hemos negado que exista posición de dominio de parte de nuestra empresa en el aprovisionamiento o alquiler de material tractivo y rodante, por cuanto existen otras fuentes para que un entrante adquiera dicho material. Esto ha sido corroborado con pruebas como el memorándum de la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles – ALAF y la opinión técnica de Apoyo. También hemos sostenido que el material tractivo y rodante no es una facilidad esencial y que si lo fuera OSITRAN lo tendría que haber incluido en su Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA.



Incluso, en el supuesto que se considerase que tenemos posición de dominio o que el material tractivo y rodante sea considerado un recurso esencial, no existiría una negativa injustificada a contratar en el presente caso.

En efecto, hay que recordar que, como lo admite en abstracto la propia Secretaría Técnica, si una empresa tiene su producción comprometida, la justificación de la negativa es válida<sup>13</sup>.



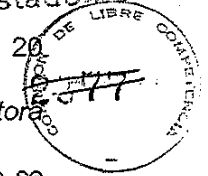
*"Así por ejemplo, si la empresa 'A' se niega a vender el producto 'x' a la empresa 'B' debido a que, por ejemplo, atender a sus demandas involucra mayores costos (supongamos, costos de transporte) la negativa será lícita. Del mismo modo, si la empresa 'A' se niega a vender el mismo producto a la empresa 'B' debido a que ya tiene su producción comprometida con la empresa 'C', tal podría ser también una justificación válida." (Subrayado agregado)*

En el presente caso, en el negado supuesto que se considere que FETRANS se ha negado a contratar, dicha negativa resulta plenamente justificada y por ello, no originaría sanción alguna. Ello, debido a que, hace mucho tiempo, **el material tractivo y rodante viene siendo utilizado en toda su capacidad.**

Sobre este punto, Apoyo ha señalado, en su segundo informe, lo siguiente:

*"(...) la mayor parte del tiempo, el 100% de las locomotoras estaban siendo operadas por PERURAIL. Además, se observa que en algunos momentos el grado de utilización de las locomotoras disminuyó, sin embargo, ello ocurrió sólo por algunos periodos cortos de tiempo. En los dos años analizados [2003-2004] no existe ningún período largo de tiempo en el cual al menos una locomotora no estuviera siendo utilizada para prestar servicios de transporte, de forma tal que pudiera haber sido alquilada a otro nuevo operador. En*

<sup>13</sup> Página 21 del Informe.



efecto, el periodo más largo por el cual al menos una locomotora estuvo disponible diez días.

En el caso de los autovagones, la situación es similar. Como se desprende del cuadro siguiente, el 77% de las veces (566 de 731) más del 80% de los autovagones se encontraba prestando el servicio de transporte. Asimismo el 56% de las veces todos los autovagones fueron empleados y no había ninguno disponible." (Resaltado Agregado)



Como puede apreciarse, **FETRANS no contaba ni cuenta con material tractivo y rodante disponible para alquilar a terceros** dado que la totalidad de dicho material está siendo utilizado para la prestación de servicios. No existe material ocioso –como lo señala la referida Secretaría – motivo por el cual, la supuesta negativa de FETRANS, en todo caso, sería justificada y, por tanto, no sancionable.

Es importante enfatizar que detrás de la exigencia de la Secretaría Técnica hay un razonamiento anticompetitivo, pues pretende que una empresa ayude a un competidor, cuando el régimen económico consagrado en la Constitución y nuestra legislación sobre la materia precisamente parten de la premisa básica de la legitimidad de la lucha concurrencial; lo que ciertamente incluye a las empresas dominantes (por eso no se sanciona la posición de dominio sino el abuso de dicha posición).

Nuestro ordenamiento no faculta a la agencia de competencia a exigir a los empresarios conductas extraordinarias, como renunciar a su propia producción para que un competidor la realice, sino que le permite exigir el cumplimiento del orden legal para que no actúen de manera anticompetitiva perjudicando a un competidor ilícitamente. Pero, cuando la justificación de una empresa con posición de dominio para negarse a contratar es válida no hay acto ilícito contra un competidor sino legítima lucha concurrencial (preferencia del propio interés sobre el interés de un competidor). No se puede partir de lo anormal o extraordinario sino de lo que es la regla en la competencia en los mercados: una empresa quiere

✓

Lo testado  
21  
COMISION DE LIBRE COMPETENCIA  
INDECOPI  
237

prevalecer sobre sus competidoras y si lo hace de manera lícita su conducta es incuestionable.

Por ello, es importante tener en cuenta que sólo es posible obligar a una empresa a compartir un bien considerado como esencial cuando exista capacidad para ello. Es decir, a contrario sensu, no será sancionable la negativa a contratar si es que la empresa que posee dicho bien utiliza éste al máximo de su capacidad (no cuenta con disponibilidad). Lo contrario implicaría exigir a la empresa un estándar de conducta superior al establecido en la legislación de competencia, que no sanciona la negativa legítima y justificada como ha ocurrido en el presente caso.

COMISION DE LIBRE COMPETENCIA  
INDECOPI  
237

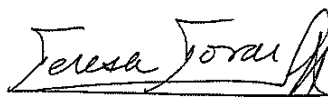
**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA PEDIMOS:** Se tenga presente lo expuesto.

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, teniendo en cuenta la trascendencia del presente procedimiento, solicitamos que, luego de concluidas las actuaciones mencionadas en nuestro escrito adicional, se cite a informe oral y se nos conceda el uso de la palabra por un tiempo razonable.

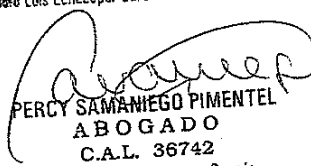
**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, se adjunta en calidad de medio probatorio el Informe preparado por Apoyo Consultoría S.A. conteniendo su opinión respecto del Informe de la Secretaría Técnica (Anexo 1-A).

Lima, 06 de julio de 2005

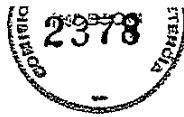


TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echevarría García S.Civ.R.L.

MTG-TTM/wba



PERCY SAMANIEGO PIMENTEL  
ABOGADO  
C.A.L. 36742  
Estudio Luis Echevarría García



Lo ~~testado~~ no vale



**Opinión Técnica sobre el INFORME No 023-2005-INDECOPI/ST  
de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia  
del INDECOPI que propone sancionar a FETRANS por la  
realización de supuestas prácticas anticompetitivas**

Lo testado no vale

Lo testado no vale



Informe preparado para

**Ferrocarril Trasandino S.A.**

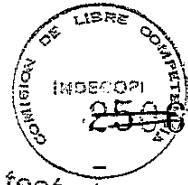
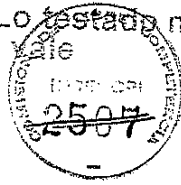


**APOYO  
CONSULTORIA**

Lima, 5 de julio de 2005



Lo testado no vale



INDICE

Lo testado no vale

Resumen Ejecutivo ..... 2

1. Comentarios al análisis que hace la ST-CLC respecto a la racionalidad de la negativa de FETRANS de alquiler de material tractivo y rodante ..... 5

2. Comentarios al análisis que hace la ST-CLC respecto al mercado relevante y la posición de dominio de FETRANS ..... 8

Conclusiones .....11

Lo testado ~~2381~~ no vale

Lo testado ~~2508~~ no vale

## RESUMEN EJECUTIVO

Lo testado ~~2381~~ no vale  
GIRA DE OBRAS 07

APOYO Consultoría en un estudio de fecha 30 de mayo de 2005<sup>1</sup> señaló que las conclusiones a las que había arribado la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante ST-CLC) en su Informe No 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, respecto a la existencia de un abuso de posición dominante por parte de Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante FETRANS) se sustentaban en un inadecuado análisis del mercado relevante, que no tomaba en cuenta las posibilidades que tiene un entrante potencial al mercado de transporte ferroviario de la ruta Sur-Oriente de ingresar a través de la adquisición de material tractivo y rodante propio. En dicho documento mostramos que, a diferencia de lo sostenido por la ST-CLC respecto a que sólo es factible el ingreso al mercado vía el alquiler del material tractivo y rodante existente, sí resultaba económica y tecnológicamente factible el ingreso de nuevos competidores a través de la adquisición (no-alquiler) de material tractivo y rodante propio.

Desde un punto de vista tecnológico, mostramos que era posible obtener locomotoras y vagones con las especificaciones técnicas para la ruta Sur-Oriente, a partir de la adaptación de otras locomotoras y componentes que se consiguen en un mercado secundario internacional. En particular, esto queda evidenciado por la propia experiencia de PERURAIL cuando por el crecimiento de la demanda adquiere vagones importados y los acondiciona a las características técnicas de la ruta Sur-Oriente.

Desde un punto de vista económico mostramos que corrigiendo los supuestos y otros errores conceptuales y metodológicos del modelo financiero elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, resultaba económicamente factible la entrada de un competidor vía la adquisición de material tractivo y rodante propio. En otras palabras, que el alquiler de material tractivo y rodante no constituía la única alternativa de ingreso al mercado. Asimismo, para reforzar que resultaba económicamente factible el ingreso de nuevos competidores con material tractivo y rodante propio, presentamos un modelo económico-financiero, en el cual la empresa entrante utilizaba autovagones en vez de locomotoras para prestar el servicio de transporte, lo que permitía reducir de manera importante los requerimientos de inversión y tiempo de ingreso al mercado.

Finalmente, analizamos el uso y disponibilidad del material tractivo y rodante existente, concluyendo que, dado el actual volumen de demanda, ni FETRANS ni PERURAIL mantienen material tractivo y rodante disponible para el alquiler a terceras empresas. En este contexto, concluíamos que la supuesta negativa de FETRANS a alquilar material tractivo y rodante no responde a una conducta anticompetitiva orientada a favorecer a su empresa vinculada PERURAIL, sino más bien a la inexistencia de material tractivo y rodante disponible para atender los requerimientos del entrante.

Sin responder a los cuestionamientos que presentó APOYO Consultoría a los informes de la ST-CLC y de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, en un nuevo

<sup>1</sup> Este estudio fue remitido por FETRANS a la ST-CLC en día 01 de junio de 2005.

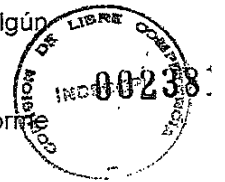
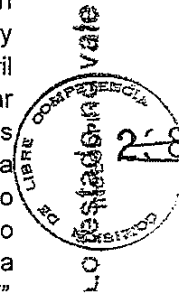
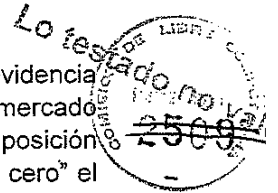
informe del 13 de junio de 2005 (Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC) la ST-CLC ha solicitado a la Comisión de Libre Competencia que sancione a FETRANS con una multa de 203,9 UIT y la obligue a otorgar en alquiler al menos la mitad del material tractivo y rodante que le fue concesionado.

En su último informe la ST-CLC cambia de argumentos, minimiza la evidencia presentada por APOYO Consultoría respecto a la posibilidad de ingresar al mercado de transporte ferroviario con material tractivo y rodante propio y alega que la posición de dominio de FETRANS proviene (ahora) de que FETRANS recibió a "costo cero" el material tractivo y rodante por parte del Estado Peruano.

La ST-CLC señala también que la conducta de FETRANS de negarse a brindar en alquiler el material tractivo y rodante que le fue concesionado es injustificada y anticompetitiva en virtud de la lógica y diseño del proceso de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente. Para la ST-CLC el proceso de concesión estuvo orientado a generar competencia en el servicio de transporte ferroviario a partir del ingreso de nuevos operadores de transporte que alquilan el material tractivo y rodante existente a FETRANS. En opinión de la ST-CLC, el proceso de concesión en el Perú no sólo garantiza el acceso a la infraestructura vial ferroviaria sino también al material tractivo y rodante existente para cualquier operador, lo que la ST-CLC (auto)denomina "Modelo de Integración Vertical Temporal con Acceso Competitivo sobre el Material". En virtud de este particular modelo de concesión, para la ST-CLC el concesionario (FETRANS) está obligado a compartir el uso del material cuando lo demande algún competidor interesado en ingresar al mercado de transporte ferroviario.

En opinión de APOYO Consultoría las afirmaciones de la ST-CLC en su último informe son erróneas, por las siguientes consideraciones:

- a) FETRANS no recibió el material tractivo y rodante a "costo cero". Esta afirmación de la ST-CLC se origina por un incorrecto entendimiento de las diferencias entre un proceso de concesión y un proceso de venta de activos por parte del Estado.
- b) La ST-CLC no considera la evidencia presentada por APOYO Consultoría en un informe anterior, que muestra la posibilidad de ingresar al mercado de transporte ferroviario con material tractivo y rodante propio. Por el contrario, ha cometido un error conceptual grave al afirmar que sin importar cuál sea la dimensión del mercado relevante, FETRANS siempre tendrá posición dominante por haber recibido a "costo cero" el material tractivo y rodante.
- c) La finalidad inicial del proceso de concesión fue promover y atraer inversiones que permitieran la rehabilitación y mejoramiento del sistema ferroviario. Si bien se consideraba la posibilidad del desarrollo de competencia, esto no fue la finalidad inicial del proceso. Esta afirmación de la ST-CLC se origina por una interpretación inadecuada de ciertas cláusulas del Contrato de Concesión que han sido interpretadas aisladamente del contexto que experimentaba la industria ferroviaria al momento de su concesión. En particular, la ST-CLC se ha basado en que el contrato de concesión establecía un régimen de acceso abierto con tarifa regulada a la infraestructura vial ferroviaria, para sostener que el objetivo inicial del proceso de concesión fue la generación de competencia. Sin embargo, no toma en cuenta que para el momento en que se desarrolla el proceso de concesión, la



Lo ~~2385~~ no vale      Lo testado no vale



infraestructura vial ferroviaria y el servicio de transporte ferroviario se encontraban en una pésima situación y que en dicho contexto, el objetivo inmediato de la concesión – tal como lo señala el propio Comité de Privatización - era atraer nueva inversión para la rehabilitación y mejoramiento del sistema ferroviario. Por dicha razón, en el contrato de concesión se contempló un incentivo para la inversión del concesionario, consistente en la liberación del pago de la retribución principal y secundaria al Estado Peruano en función a las inversiones realizadas.

Lo testado no vale



~~Lo testado no vale~~ Lo testado no vale

Lo testado no vale

**I. Comentarios al análisis que hace la ST-CLC respecto a la racionalidad de la negativa de FETRANS de alquiler de material tractivo y rodante**

En el Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, la ST-CLC sostiene que FETRANS se negó injustificadamente a dar en alquiler el material tractivo y rodante a un potencial competidor. De acuerdo con el análisis de la ST-CLC la racionalidad de la conducta de FETRANS depende de la lógica y diseño del proceso de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente. Según la ST-CLC existen dos interpretaciones respecto al esquema que adoptó el Estado Peruano para la concesión de la ruta ferroviaria Sur-Oriente:

- (i) Que el acceso de nuevos operadores de transporte en la ruta Sur-Oriente se realice con la adquisición de material tractivo y rodante propio.
- (ii) Que el acceso de nuevos operadores de transporte en la ruta Sur-Oriente se realice mediante el alquiler del material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS.

Para la ST-CLC la única interpretación correcta del proceso de concesión es la segunda, es decir, que el ingreso de nuevos operadores debe darse a través del alquiler del material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS:

*"Esta Secretaría Técnica ha concluido que esta interpretación es la correcta en al medida que: a) responde a la lógica del proceso de concesión de generar mayor competencia en el transporte ferroviario del FSO, (ii) implica un mayor beneficio para los consumidores (fruto de la reducción de precios como consecuencia de la entrada de un competidor), (iii) significa mayores ingresos para el Estado (propietario del material) en tanto incrementarían sus ingresos por concepto de retribución principal y especial y (iv) no afectaría la ecuación económica financiera del Contrato de Concesión de FETRANS"*<sup>2</sup>.

Bajo esta segunda interpretación, la ST-CLC concluye que la existencia de un contrato de arrendamiento entre FETRANS y PERURAIL constituye una negativa injustificada:

*"Bajo la segunda interpretación se puede concluir que la negativa de alquilar el Material por parte de Fetrans, argumentando la existencia de un contrato de arrendamiento con Perurail, constituye una negativa injustificada de contratar que tuvo como única finalidad favorecer a Perurail con el alquiler del material y, por ende, mantener el monopolio del grupo económico en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO"*<sup>3</sup>.

Consideramos que la interpretación de la ST-CLC es incorrecta por las siguientes consideraciones:

<sup>2</sup> Pág. 107 del Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC

<sup>3</sup> Ibid.

Lo testado no vale

Lo testado no vale

- a) La finalidad inicial del proceso de concesión fue promover y atraer inversiones que permitieran la rehabilitación y mejoramiento del sistema ferroviario. Si bien se consideraba la posibilidad del desarrollo de competencia, esto no fue la finalidad inicial del proceso.

El principal objetivo del proceso de concesión fue, como señala el propio Comité de Privatización, atraer inversiones al sector ferroviario de forma que se logre la rehabilitación y modernización del sistema ferroviario<sup>4</sup>.

*"(...) lograr la transferencia en Concesión al sector privado, del Sistema Ferroviario de propiedad del Estado, dentro del marco legal que éste estableció claramente, limitando la participación estatal a específicos sectores de la economía nacional.*

*La transferencia debía efectuarse en la forma más conveniente para lograr la rehabilitación y modernización del sistema, su desarrollo a mediano plazo, y un servicio de transporte eficaz, confiable y seguro. El Plan debía además fomentar las inversiones para aprovechar las potencialidades del sistema con el consiguiente beneficio para el futuro del país.*

Si bien el esquema de concesión se diseñó para garantizar el acceso de nuevos operadores de transporte a la red ferroviaria, ello no implica, como lo sugiere la ST-CLC, que la finalidad inicial del proceso de concesión fuera la generación de competencia en el transporte ferroviario. En efecto, en su análisis la ST-CLC no toma en cuenta que, para el momento en que se desarrolla el proceso de concesión, la infraestructura vial ferroviaria y el servicio de transporte ferroviario se encontraban en una pésima situación, que se manifestaba en el inadecuado itinerario de los trenes no ajustado a las necesidades de la demanda, el mal estado de las estaciones y la insuficiencia de equipos para la carga y descarga. Sólo un pequeño porcentaje de los tramos ferroviarios se encontraba en buen estado, mientras que las unidades para el traslado de carga y pasajeros mostraban un alto grado de indisponibilidad<sup>5</sup>.

En este contexto, el objetivo inmediato de la concesión no era generar competencia en el servicio de transporte, sino generar las condiciones que permitieran atraer nueva inversión para el mejoramiento de la infraestructura vial ferroviaria y el material tractivo y rodante existente. Es precisamente por dicha razón que en el contrato de concesión contempló un incentivo para la inversión del concesionario, consistente en la liberación del pago de la retribución principal y secundaria al Estado Peruano en mérito de sus inversiones<sup>6</sup>.

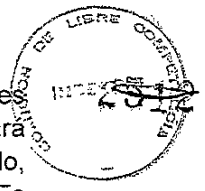
- b) Contrariamente a lo que afirma la ST-CLC, el ingreso de un nuevo operador alquilando parte del material tractivo y rodante existente no implica un mayor beneficio para los consumidores en comparación a la alternativa de que el nuevo competidor ingrese al mercado con material tractivo y rodante propio.

<sup>4</sup> CEPRI-ENAFER. Resumen Ejecutivo del Balance del Proceso de Concesión. Pág. 9. Documento disponible en la página web de PROINVERSION ([www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)).

<sup>5</sup> ENAFER. Informe de Gestión 1996-1999. Citado en el INFORME No 003-2000-INDECOPI/CLC. Pág. 2 y 3.

<sup>6</sup> Cláusula Décima del Contrato de Concesión.

Lo testado no vale  
~~2006~~ no vale



En efecto, la reducción de precios y el consecuente beneficio para los consumidores como consecuencia de la entrada de un nuevo competidor se dará independientemente de la forma en que dicho nuevo competidor ingrese al mercado, ya sea que este ingrese alquilando el material o comprando su propio material. Es más, en un documento anterior, APOYO Consultoría mostró que existía la posibilidad de ingreso al mercado utilizando autovagones en vez de locomotoras, lo que permitiría que el nuevo operador pueda brindar servicios de transporte a un costo aproximado de US\$ 15, lo que implicaría una reducción de más del 50% respecto a la tarifa equivalente actualmente cobrada por FETRANS.



Lo testado no

Por otro lado, la ST-CLC no ha analizado la posibilidad de que el ingreso de un nuevo operador genere un "descreme" del mercado, en el sentido en que la competencia se centralice en el segmento más rentable del mercado (transporte de turistas) con el consiguiente deterioro del servicio menos rentable (transporte de pasajeros locales).



LO testado no

- c) Contrariamente a lo que afirma la ST-CLC, el ingreso de un nuevo operador alquilando parte del material tractivo y rodante existente no implica mayores ingresos para el Estado con relación a la alternativa de que el nuevo competidor ingrese al mercado con material tractivo y rodante propio.

002385

En efecto, para que el Estado reciba una mayor Retribución Principal se requiere que exista un mayor tráfico que el actual en la ruta Sur Oriente. El mayor tráfico que genere un nuevo operador de transporte es independiente de cómo ha ingresado al mercado dicho operador, es decir, no está relacionado a si ha ingresado con material tractivo y rodante propio o alquilado. En ese sentido, contrariamente a lo que afirma la ST-CLC el ingreso con material alquilado no necesariamente implicará una mayor Retribución Principal para el Estado *vis a vis* el ingreso de un nuevo operador con material tractivo y rodante propio.

En el mismo sentido, el alquiler de una parte del material tractivo y rodante a un nuevo operador no necesariamente implicará una mayor Retribución Secundaria para el Estado, salvo que dicho material se alquile a un precio mayor al actualmente pactado entre FETRANS y PERURAIL, situación que de partida no es factible porque implicaría un incumplimiento del principio de trato equitativo y no discriminación contemplado en el Contrato de Concesión.

- d) Finalmente, la conclusión a la que arriba la ST-CLC respecto a la falta de justificación de la práctica también es incorrecta, porque no toma en cuenta la imposibilidad técnica que tiene FETRANS de alquilar material tractivo y rodante a un nuevo operador.

Sobre este punto, es preciso resaltar que la propia ST-CLC señala en su informe que<sup>7</sup>:

*"Una empresa dominante puede justificar su negativa de trato por razones técnicas o económicas, entre las que se cuentan: calidad de sus productos, plazos, limitación*

<sup>7</sup> Pág. 24 del Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. (el subrayado es nuestro)

técnica de producción, incumplimientos de pago, violación de derechos de propiedad intelectual, entre otras".

Sin embargo, en su análisis la ST-CLC no toma en cuenta la información presentada por APOYO Consultoría en el informe del 30 de mayo de 2005 que muestra claramente que tanto el material tractivo como el material rodante que fue ~~le~~ concedido a FETRANS viene siendo utilizado a plena capacidad por dicha empresa (a través de PERURAIL) y, en ese sentido, la empresa enfrenta una "limitación técnica" para alquilar material a un nuevo operador de transporte. Es más, este material ha resultado en algunos casos insuficiente y el operador se ha visto en la necesidad de abastecerse de equipos adicionales, adquiriendo coches y locomotoras y adaptándolos a las especificaciones técnicas de la ruta Sur-Oriente.

En consecuencia, siguiendo sus propios lineamientos consideramos que en este caso la ST-CLC ha debido considerar como justificada la negativa de alquiler por parte de FETRANS, en tanto dicha empresa no cuenta con material disponible para alquilar a otro operador de transporte.

## 2. Comentarios al análisis que hace la ST-CLC respecto al mercado relevante y la posición de dominio de FETRANS

En su último informe la ST-CLC minimiza la evidencia presentada por APOYO Consultoría en su informe del 30 de mayo de 2005 respecto a la posibilidad de ingresar al mercado de transporte ferroviario con material tractivo y rodante propio y alega que la posición de dominio de FETRANS proviene (ahora) de que FETRANS recibió a "costo cero" el material tractivo y rodante por parte del Estado Peruano:

*"Como se puede observar, el proceso de concesión del FSO no previó un pago inicial por parte del concesionario por la adjudicación del Material (y los otros bienes de la concesión), por lo que se puede afirmar que el concesionario los recibió a un costo inicial "cero"<sup>8</sup>.*

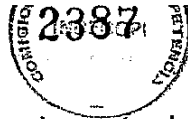
(...)

*En síntesis, el que la adquisición del Material no le haya significado un pago inicial a Fetrans constituye una barrera a la entrada para cualquier agente potencial que decida ingresar a alquilar material tractivo y rodante en el FSO. Y esta barrera es la que a fin de cuentas le otorga posición de domino a Fetrans en el mercado relevante de alquiler del Material concesionado para operar en el FSO ubicado en el departamento (o región) del Cusco".*

Consideramos que las afirmaciones de la ST-CLC son incorrectas por las siguientes consideraciones:

<sup>8</sup> Pág. 78 del Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC.





Lo ~~testado~~ no vale Lo testado no vale



a) Confunde lo que es un proceso de venta de activos con un proceso de concesión.

Reiteradamente a lo largo de su informe la ST-CLC señala que FETRANS no realizó ningún pago inicial al Estado por la "adjudicación" del material tractivo y rodante y por consiguiente, que recibió dicho material a "costo cero". Esta afirmación es incorrecta en tanto confunde lo que es proceso de venta de activos (por ejemplo en el caso de la privatización de las empresas eléctricas en el Perú), con lo que es un proceso de concesión de activos, en donde el Estado transfiere la operación y explotación de determinados bienes o servicios a un tercero pero retiene la propiedad de los mismos. Por consiguiente, en este tipo de procesos, como es el caso de la concesión bajo análisis, no existe un pago por la "adjudicación" de los activos puesto que estos siguen siendo de propiedad del Estado.



Lo anterior no implica que el concesionario haya recibido a "costo cero" los bienes de la concesión como lo sugiere la ST-CLC. Por el contrario, en este tipo de proceso normalmente sí existe un pago que está asociado a los ingresos que se generan por la explotación de la concesión. Parte de dicho pago puede ser al inicio de la concesión en la forma de un "up-front fee" (como ha sido por ejemplo la concesión del Puerto de Matarani en Perú) o de manera periódica (como es el caso de la concesión de la ruta ferroviaria Sur-Oriente).

En el caso concreto de la concesión bajo análisis, FETRANS retribuye al Estado por la concesión con el 50% de los ingresos que percibe por la explotación del material tractivo y rodante y con el 37.25% del ingreso bruto que percibe por la explotación de la infraestructura vial ferroviaria. De no haberse ofrecido como parte de la concesión la concesión y el derecho de explotación del material tractivo y rodante, probablemente el porcentaje de retribución principal ofrecido por los postores hubiese sido inferior. La diferencia entre lo que hubieran ofrecido los postores con y sin concesión del material tractivo y rodante es una medida del "pago" que efectuó el concesionario por recibir la concesión del material tractivo y rodante además de la infraestructura vial ferroviaria.

Por consiguiente, contrariamente a lo que afirma la ST-CLC, sí existe un "pago" del concesionario al Estado Peruano que se encuentra asociado a los ingresos que percibe el concesionario por el alquiler del material tractivo y rodante ("retribución especial"). El hecho que no haya existido un "pago inicial" no implica que los bienes se hayan recibido a "costo cero" como erróneamente infiere la ST-CLC.

b) Infiere que FETRANS tiene posición de dominio porque recibió a "costo cero" el material tractivo y rodante.

Según la ST-CLC, independientemente de cómo se defina el mercado relevante, FETRANS siempre tendrá posición de dominio porque recibió a "costo cero" el material tractivo y rodante de la ruta Sur-Oriente:

*"Sin perjuicio de lo anterior, aun si se hubiera definido el mercado relevante de manera tal que incluyese otras opciones para la adquisición de material tractivo y rodante (tales como la adquisición, el arrendamiento a proveedores distintos a Perurail, entre otros), mediante un sencillo razonamiento lógico se llegaría a la misma conclusión de que Fetrans tiene posición de dominio. En efecto, aún en dicho escenario la capacidad*



~~23887~~ do no v



con la que cuenta dicha empresa para reducir sus precios por el servicio de transporte ferroviario a un nivel igual al costo de operación (costo marginal) hace que la capacidad de cualquier otro potencial operador para acudir a dichas alternativa se vea reducida notablemente (sino totalmente anulada). En tal sentido, aun definiéndose el mercado relevante de manera más amplia debería concluirse que Fetrans ostenta posición de dominio en el mercado relevante<sup>9</sup>.

Lo testado no vale

Encontramos que este argumento de la ST-CLC incurre en los siguientes errores:

- a) Desliga la definición del mercado relevante de la determinación de la posición de dominio.

Desde un punto de vista metodológico, no es correcto desvincular la definición del mercado relevante del análisis de la posición de dominio de una empresa. Desde un punto de vista conceptual, la ampliación (o reducción) del ámbito del mercado relevante tiene un impacto en la estimación de la posición de dominio de la empresa bajo análisis. De lo contrario, cabe preguntarse, cuál sería entonces la utilidad de definir un mercado relevante si al final dicha definición de mercado (más grande o más pequeño) no juega ningún rol en la estimación del poder de mercado de la empresa.

En otras palabras, la ST-CLC comete un error cuando afirma que si el mercado relevante fuera más amplio (es decir si incluyera la adquisición y no sólo el alquiler del material tractivo y rodante) la posición dominio de FETRANS permanecería invariable. Lo correcto sería afirmar que si el mercado relevante fuera más amplio, se diluiría la (supuesta) posición de dominio de FETRANS.

- b) Asume que FETRANS puede alquilarle a su vinculada FETRANS el material tractivo y rodante por un monto irrisorio, con la intención de excluir a cualquier nuevo operador del mercado de transporte ferroviario.

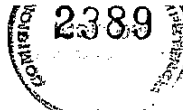
Según la ST-CLC Fetrans podría excluir a cualquier competidor del mercado de transporte ferroviario:<sup>10</sup>

*"(...)Dado que Fetrans tiene libertad para fijar la renta por el alquiler del Material otorgado en concesión y toda vez que esta empresa y Perurail constituyen un grupo económico, resultaría razonable suponer que ante un escenario en el que se presente un potencial competidor con su propio material tractivo y rodante, el grupo económico conformado por Fetrans y Perurail respondería reduciendo sus precios del servicio de transporte ferroviario a nivel cercano al costo marginal como producto de la renegociación del contrato de alquiler del Material que implique una reducción de la renta. De hecho, como ya se ha mencionado, Fetrans le puede alquilar a Perurail todo el material concesionado y por el periodo de un año (o más) a un céntimo de nuevo sol (S/. 0,01).*

*(...) dado que la empresa Fetrans recibió el Material a costo cero, ésta podría reducir el monto del alquiler que le cobra a Perurail hasta el costo de prestación del servicio de*

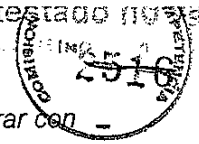
<sup>9</sup> Pág. 86 del Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC.

<sup>10</sup> Pág. 93 del Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC.



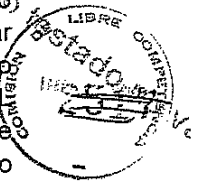
LO TESTADO

LO TESTADO

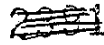


transporte (costo marginal), supuesto en el cual la empresa que entraría a operar con su propio material se encontraría en una desventaja competitiva significativa".

En opinión de APOYO Consultoría, los supuestos de la ST-CLC son erróneos en tanto implicarían que FETRANS incumple el Contrato de Concesión al no explotar económicamente los bienes de la concesión que le fue otorgada por el Estado Peruano. Por otra parte, si se diera el caso que señala la ST-CLC de que PERURAI podría reducir sus tarifas hasta el nivel de su costo marginal de prestar el servicio de transporte, ello tampoco implicaría una práctica anticompetitiva porque la empresa no estaría fijando precios por debajo de sus costos (práctica de predación de precios). En el supuesto que ocurra lo que la ST-CLC predice los mayores beneficiados con la reducción de precios al nivel de costo marginal serían los usuarios del servicio de transporte.



Conclusiones:



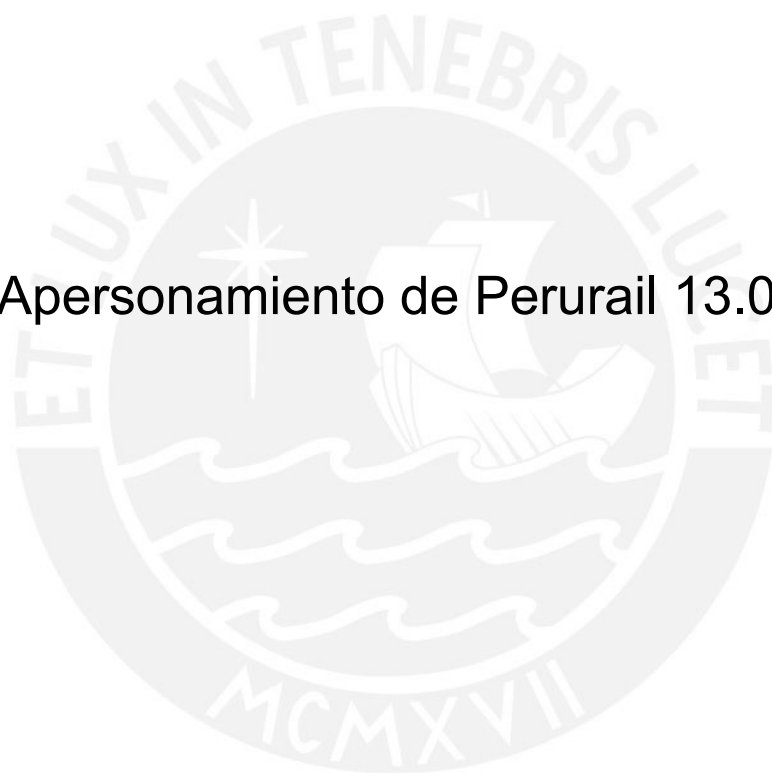
LO testificado no vale



En opinión de APOYO Consultoría las afirmaciones de la ST-CLC en su último informe son erróneas, por las siguientes consideraciones:

- a) FETRANS no recibió el material tractivo y rodante a "costo cero". Esta afirmación de la ST-CLC se origina por un incorrecto entendimiento de las diferencias entre un proceso de concesión y un proceso de venta de activos por parte del Estado.
- b) La ST-CLC no considera la evidencia presentada por APOYO Consultoría en un informe anterior, que muestra la posibilidad de ingresar al mercado de transporte ferroviario con material tractivo y rodante propio. Por el contrario, ha cometido un error conceptual grave al afirmar que sin importar cuál sea la dimensión del mercado relevante, FETRANS siempre tendrá posición dominante por haber recibido a "costo cero" el material tractivo y rodante.
- c) La finalidad inicial del proceso de concesión fue promover y atraer inversiones que permitieran la rehabilitación y mejoramiento del sistema ferroviario. Si bien se consideraba la posibilidad del desarrollo de competencia, esto no fue la finalidad inicial del proceso. Esta afirmación de la ST-CLC se origina por una interpretación inadecuada de ciertas cláusulas del Contrato de Concesión que han sido interpretadas aisladamente del contexto que experimentaba la industria ferroviaria al momento de su concesión. En particular, la ST-CLC se ha basado en que el contrato de concesión establecía un régimen de acceso abierto con tarifa regulada a la infraestructura vial ferroviaria, para sostener que el objetivo inicial del proceso de concesión fue la generación de competencia lo que implicaría la obligación de compartir el material. Sin embargo, no toma en cuenta que en el momento en que se desarrolla el proceso de concesión, la infraestructura vial ferroviaria y el servicio de transporte ferroviario se encontraban en una pésima situación y que en dicho contexto, el objetivo inmediato de la concesión – tal como lo señala el propio Comité de Privatización - era atraer nueva inversión para la rehabilitación y mejoramiento del sistema ferroviario. Por dicha razón, en el contrato de concesión se contempló un incentivo para la inversión del concesionario, consistente en la liberación del pago de la retribución principal y secundaria al Estado Peruano en función a las inversiones realizadas.

14. Apersonamiento de Perurail 13.07.05



13 JUL 12 PM 3:27

CLC Lo testado no vale  
Lo testado no vale 04040  
COMISION DE LIBRE COMPETENCIA INDECOPI

RECIBIDO  
UNIDAD ADMINISTRATIVA  
DOCUMENTOS

Expediente: 010-2004-CLC  
(Acumulado al Expediente 012-2004-CLC)  
Sumilla: Apersonamiento

INDECOPI  
Comisión de Libre Competencia  
0614  
13 JUL 2005  
10h30  
RECIBIDO  
871808

**LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

PERURAIL S.A. (en adelante, PERURAIL), con R.U.C. No. 20431871808 (ANEXO 1-A), debidamente representada por el señor Peter Espy, identificado con E. No. 000247475 (ANEXO 1-B), según poder que se adjunta (ANEXO 1-C); con domicilio real en Calle Alcanfores N° 775, Piso 3, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima, señalando domicilio legal para estos efectos en el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados, sito en Avenida San Felipe No. 758, Jesús María; a usted atentamente decimos:

que, solicitamos que se suspenda el presente procedimiento hasta que se nos permita como parte respecto al proceso acumulado abierto por denuncia de FERSIMSAC y se nos reconozca el derecho de contestar la denuncia, y de ofrecer actuar pruebas, habilitando el plazo correspondiente de manera que la Comisión no se pronuncie en tanto no hayamos ejercido nuestro derecho de defensa.

fundamentamos nuestra petición en lo siguiente:

que hemos tomado conocimiento del contenido de la denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu (en adelante FERSIMSAC) contra Ferrocarril Transandino S.A. (en lo sucesivo FETRANS), por supuestas infracciones al Decreto Legislativo No. 701, la cual fue admitida mediante Resolución No. 74-2004/CLG-INDECOPI, emitida por la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión). La admisión de esta denuncia dio lugar a la formación del Expediente No. 010-2004-CLC, el cual ha sido acumulado al Expediente No. 012-2004-CLC.

Lo testado no vale



Asimismo, hemos tomado conocimiento del Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-  
LC, emitido por la Secretaría Técnica como resultado de los dos expedientes  
acumulados anteriormente mencionados, en el cual se proponen una serie de  
medidas correctivas que implican la modificación de las condiciones del contrato  
de alquiler que PERURAIL ha suscrito con FETRANS.



Lo testado no vale

Debe tenerse en cuenta que la denuncia de FERSIMSAC y su admisión por parte de la  
Comisión, así como las medidas propuestas por la Secretaría Técnica, afectan  
directamente los intereses de PERURAIL, nos apersonamos al procedimiento  
administrativo antes descrito y **solicitamos nuestra admisión como parte de  
este proceso**, en aplicación de los artículos II, IV, 10°, 51° y 60° de la Ley No.  
7444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Lo testado no vale

~~2473~~

Debe destacarse que, de conformidad con el artículo 60.1 de la Ley 27444,  
INDECOPI estaba obligada a notificar a PERURAIL de la denuncia presentada por  
FERSIMSAC, en la medida que ésta involucra una directa afectación de los  
intereses de PERURAIL; sobre todo después de que la Comisión resolvió admitir a  
trámite dicha denuncia con el expediente No. 010-2004-INDECOPI/CLC y mucho  
más luego que decidiera acumularla al expediente No. 012-2004-INDECOPI/CLC,  
que era únicamente un procedimiento sancionador de oficio contra FETRANS.

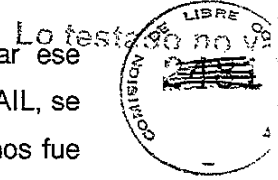


En efecto, debe recordarse que en la Resolución No. 67-2004-INDECOPI/CLC,  
que da inicio al expediente No. 012-2004-INDECOPI/CLC), la Comisión resolvió  
**iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio** contra  
FETRANS por supuestas infracciones al Decreto Legislativo No. 701. Como es  
evidente, dicho procedimiento sancionador, estaría destinado a culminar en la  
imposición de una sanción contra FETRANS. De ninguna manera podría  
suponerse que la resolución que recaiga sobre el mencionado proceso  
sancionador implicaría la afectación de derechos adquiridos legítimamente por  
terceros; y, menos aún, la vulneración de un contrato perfeccionado con

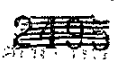


PERURAIL, que no sólo se enmarca en las disposiciones legales vigentes sino que fue aprobado por el regulador oportunamente.

admitir la denuncia de FERSIMSAC a nuestras espaldas y acumular ese expediente a uno anterior, cuyo inicio sí le había sido notificado a PERURAIL, se le cargado en el procedimiento anterior una denuncia nueva que nunca nos fue notificada. Así se pretende obligarnos a soportar las consecuencias perjudiciales de una denuncia de parte de FERSIMSAC en cuyo proceso no hemos tenido oportunidad de defendernos.



Además, el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC de la Secretaría Técnica propone una serie de medidas que suponen la modificación del contrato suscrito por nosotros con FETRANS y la afectación de nuestros derechos a consecuencia de la denuncia de FERSIMSAC.



Por ello, solicitamos nuestra incorporación como parte en el procedimiento, lo cual implica que se nos reconozca el derecho a exponer nuestros argumentos, así como a ofrecer y producir pruebas, en ejercicio de nuestros derechos constitucionales al debido procedimiento y la legítima defensa.

La negativa de la autoridad a nuestra participación, ofreciendo y actuando sin pruebas, en este expediente traería consigo la nulidad de la resolución final por vulneración de nuestros derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso.

### LEGÍTIMO INTERÉS

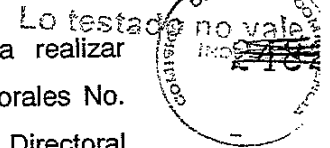
PERURAIL tiene legítimo interés en participar en el procedimiento administrativo iniciado por FERSIMSAC contra FETRANS en su calidad de legítimo y directo acreedor de la obligación de arrendamiento de material tractivo y rodante por parte de FETRANS, obligación que pretende ser





inconstitucionalmente modificada de acuerdo con lo recomendado por la Secretaría Técnica de la Comisión.

En efecto, PERURAIL obtuvo permiso de operaciones para realizar servicios de transporte ferroviario mediante Resoluciones Directorales No. 2479 y 2480-99-MTC/15.18, prorrogados mediante Resolución Directoral No. 035-2004-MTC/14 y suscribió con el Concesionario de los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente, FETRANS, un contrato de acceso a la vía, así como un contrato de alquiler del material tractivo y rodante que le había sido otorgado a FETRANS en concesión; todo ello, con el fin de operar los servicios de pasajeros y carga en los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente.



Los contratos entre FETRANS y PERURAIL fueron suscritos de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión de FETRANS, que obliga a esta empresa a constituir un operador de servicio ferroviario y a explotar los bienes de la concesión, entre los que se encuentra el material tractivo y rodante, tal como se establece en las definiciones del mismo Contrato de Concesión. Por lo tanto, los contratos suscritos entre FETRANS y PERURAIL se basan en las estipulaciones del Contrato de Concesión, y se enmarcan dentro de las normas vigentes al tiempo del contrato; y fueron aprobados por OSITRAN. En consecuencia, de conformidad con el artículo 62° de nuestra carta magna, no pueden ser modificados.

Lo testado no vale



No obstante lo anterior y en abierta contravención a la norma constitucional, la denuncia formulada por FERSIMSAC, así como el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, emitido por la Secretaría Técnica, pretenden modificar los términos contractuales válidamente pactados entre FETRANS y PERURAIL y, por tanto, los derechos de esta última.

En efecto, la denuncia presentada por FERMSIMSAC sostiene:



Lo testado no vale

*“Reiteramos que el Contrato de alquiler que tiene Ferrocarril Transandino S.A. con su empresa operadora PERURAIL S.A. es un Contrato que **sólo tiene efecto para dichas empresas y no es oponible al Estado** y menos transgredir las normativa de orden público en el estado de Derecho”.*



Lo testado no vale

A partir del anterior razonamiento, FERSIMSAC pretende que se ignore la existencia del contrato de alquiler entre FETRANS y PERURAIL y que *“INDECOPI como ente regulador de la libre competencia en la economía social de mercado exigirá que la empresa concesionaria Ferrocarril Transandino FETRANS S.A. garantice un trato equitativo entre nosotros y su operador vinculado en lo que respecta al Material Tractivo y Rodante de propiedad del Estado (...)”.*



Lo testado no vale

Siguiendo la misma lógica propuesta por FERSIMSAC, en el numeral 323 del informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC la Secretaría Técnica sostiene que *“un contrato celebrado entre empresas de un mismo grupo económico no establece, desde un punto de vista material, una verdadera relación contractual”*; y agrega que FETRANS y PERURAIL así como pueden celebrar contratos *“también pueden dejar sin efecto tales contratos o modificarlos”.*

Concordantemente, las recomendaciones del mencionado informe de la Secretaría Técnica implican ignorar la existencia de un contrato válido y plenamente vigente entre FETRANS y PERURAIL. Luego de señalar en el numeral 376 que corresponde elaborar una propuesta de medida correctiva, los numerales 382 y siguientes desarrollan tal propuesta Así, el informe de la Secretaría Técnica señala lo siguiente:

*“382. En el caso de que un operador solicitara el alquiler de la mitad del Material otorgado en concesión por parte del Estado peruano,*

LO testado no vale

~~2498~~

Lo testado no vale

2483

**Fetrans deberá armar dos paquetes lo más equitativo posible del referido Material. (...) el operador solicitante será quien elija el paquete que le será adjudicado, mientras que Perurail se quedará con el otro.**

Lo testado no vale

(...)

385. Finalmente, los contratos de alquiler para ambas empresa tendrán una **vigencia máxima de un año**. Podrá ser renovados sucesivamente salvo que se presente otro potencial operador, supuesto en el cual regirá la medida correctiva que se describe a continuación.

(...)” (resaltados agregados).

Como puede verse, la recomendación de la Secretaría Técnica ignora que FETRANS ya tiene suscrito un contrato con PERURAIL por el 100% de su material tractivo y rodante; contrato que tiene una vigencia de 6 años; y cuya validez, licitud y plena vigencia han sido reconocidos no sólo por OSITRAN (que además lo aprobó) sino por la misma Secretaría Técnica<sup>1</sup>.

Queda así demostrado que en base a la denuncia de FERSIMSAC la recomendación de la Secretaría Técnica tiene una incidencia directa en las condiciones contractuales pactadas por PERURAIL con FETRANS, bajo las cuales nuestra empresa decidió participar en la operación de los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente, realizar una importante inversión y comenzar sus operaciones.

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, numerales 322 y 373 del informe de la Secretaría Técnica. En este último se sostiene laramente que “lo que constituye una abuso de posición de dominio no es el que Fetrans haya elebrado un contrato de arrendamiento sobre el Material con su empresa vinculada Perurail”.

Lo testado no vale ~~2489~~ Lo testado no vale  
COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO  
2484

Resulta evidente, entonces, la grave afectación de los legítimos intereses y derechos de PERURAIL en el supuesto negado que la Comisión decidiera acoger la denuncia de FERSIMSAC y las ilegales recomendaciones de la Secretaría Técnica en el procedimiento administrativo que se sigue contra FETRANS.

Lo testado no vale  
COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO  
2489

### DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA

Habiendo quedado demostrado el legítimo interés que posee PERURAIL en el resultado del procedimiento administrativo iniciado por FERSIMSAC, así como la afectación de sus derecho, tenemos entonces que PERURAIL califica como "administrado" del señalado procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 51° de la Ley No. 27444:

COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO  
INDECOP  
2498

*"Artículo 51.- Contenido del concepto administrado.*

**Se consideran administrados** respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

(...)

2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, **posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse**" (resaltado añadido).

En consecuencia, en su calidad de administrado, PERURAIL es titular de los derechos al Debido Proceso y a la Defensa, tal como demostraremos en el presente acápite. Por lo tanto, INDECOPI debe admitir a nuestra empresa como parte, notificándola de las actuaciones y trámites que se produzcan, conforme lo disponen las normas aplicables, permitiéndole que exponga sus argumentos y ofrezca las pruebas que considere pertinentes.

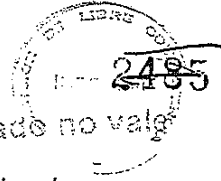
#### **2.1 Debido Procedimiento Administrativo**

Nuestra Constitución dispone:

**"Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:**

Lo testado no vale

~~2500~~



Lo testado no vale

(...)

1. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales al efecto, cualquiera sea denominación.*



Esta disposición constitucional consagra el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pilares fundamentales de la administración de justicia en un Estado de Derecho y condiciones esenciales para la protección del individuo frente a las decisiones que pueda tomar el Estado respecto de sus derechos y obligaciones.



Con relación a los derechos antes mencionados, la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto es fuente de interpretación de la Constitución en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de ésta última, define al derecho al debido proceso de la siguiente forma:

*"Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."*

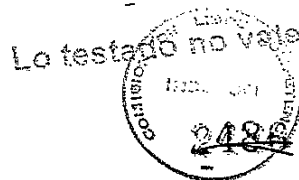
En el mismo sentido se pronuncian, con relación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup> así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup>, que también sirven de instrumento interpretativo de la Constitución.

Artículo 14.

1. *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o*

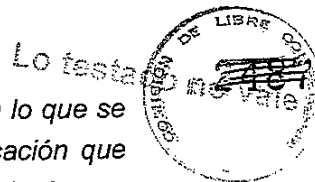
Lo testado no vale

~~2500~~



Estos derechos constitucionales son aplicables al derecho administrativo, tal como se ha pronunciado de manera uniforme el Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el Expediente N° 461-96-AA/TC:

*"(...) los derechos de los justiciables que en conjunto forman lo que se conoce como "El Debido Proceso" posee un radio de aplicación que está por encima del funcionamiento y actuación del órgano estrictamente judicial, pues de otro modo ninguna entidad o corporación privada y ni siquiera la propia administración, cuando conoce del llamado procedimiento administrativo, tendría porque respetar los derechos del justiciable, lo que sería absurdo e inconstitucional".*



Este mismo razonamiento ha sido seguido por el Tribunal en diversos expedientes, tal como los Expedientes Nos 026-97-AA/TC, 684-97-AA/TC, 543-96-AA/TC, 051-97-AA/TC, entre otros.

Finalmente, todo lo anterior ha quedado recogido en el artículo IV, numeral 1.2. de la Ley No. 27444, que define al Principio del Debido Procedimiento de la siguiente manera:

*"Principio del Debido Procedimiento.- **Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo"** (resaltado agregado).*

*contenciosa será pública, excepto los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores".*

*<sup>1</sup> "Artículo 8. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".*

~~2502~~

Lo testado no vale



Como puede verse en la disposición citada, todos aquellos que califiquen como administrados son titulares del derecho al debido procedimiento. Asimismo, como se ha demostrado anteriormente y de conformidad con lo establecido en el artículo 51° de la Ley 27444, PERURAIL ostenta la calidad de administrado respecto del procedimiento iniciado por FERSIMSAC, toda vez que dicho procedimientos afectará sus legítimos intereses y derechos. Por lo tanto, el derecho al debido proceso es plenamente aplicable a PERURAIL en el presente procedimiento.



En caso que este derecho al debido proceso no sea respetado, tal vulneración bastaría para determinar la nulidad de pleno derecho del proceso administrativo en el que se impidió la participación de un administrado. Así se deriva de la aplicación del numeral 1 del artículo 10° de la Ley 27444.



Concordando con Marcial Rubio, dentro de las diversas garantías sustantivas y procesales que están comprendidas en los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, son de importancia fundamental las siguientes:

- (i) El derecho que tiene todo individuo a la defensa y a prepararla adecuadamente.
- (ii) El derecho que tiene toda individuo a ser oído en una instancia judicial o administrativa sobre sus derechos y obligaciones, así como las acusaciones que se le hagan.

En los siguientes dos acápite desarrollaremos estos derechos.

## 2.2 Del Derecho de Defensa

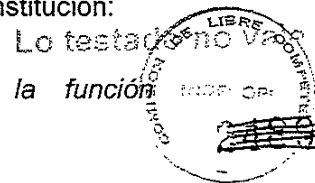
El derecho de defensa de PERÚ RAIL es parte fundamental del derecho constitucional al debido proceso que tiene toda persona. Esto significa que PERURAIL tiene el derecho elemental a ser escuchado en un procedimiento donde se van a afectar sus intereses legítimos. De otra forma se estaría vulnerando su derecho a la defensa constitucionalmente reconocido.

Lo testado no vale



Lo testado no vale

En efecto, el derecho de defensa es un derecho de toda persona natural o jurídica reconocido en nuestra norma de mayor jerarquía, la Constitución:

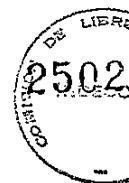


**“Artículo 139°.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. (...).”

Sobre este derecho constitucional básico Marcial Rubio señala que tiene cuando menos dos significados, *“el primero consiste en que la persona tiene el derecho de expresar su propia versión de los hechos y de argumentar su descargo en la medida que lo considere necesario. Este significado de defensa llega tan lejos, que se permite que las personas se expresen en su propio idioma ante las autoridades, como un derecho que no puede ser violentado”*<sup>4</sup> (el resaltado es nuestro).



Cabe precisar que el **derecho de defensa no es exclusivo de la función jurisdiccional** sino que, por el contrario, este derecho humano fundamental **es totalmente aplicable y exigible en el ámbito administrativo**. Así lo ha reconocido expresamente el Tribunal Constitucional:

*“El derecho de defensa, como ya lo ha sostenido este Tribunal, se extiende no sólo al ámbito del proceso judicial, sino también a sede administrativa, legislativa y corporativa privada. Así lo ha establecido, por ejemplo, en el Caso Carlos Ramos (Exp. N° 2050-2002-AA/TC), siguiendo lo que en su momento sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ‘Cuando la Convención [Americana de Derechos Humanos] se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las*

<sup>4</sup>RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Tomo 5. Fondo Editorial de la UCP. Lima. 1999. p. 127.



personas' (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)...<sup>5</sup> (el resaltado es nuestro).

Lo testado no vale  
LIBRE COMPETENCIA  
INDEFERENTE

Con relación al derecho de defensa en los procedimientos administrativos el profesor colombiano Jaime Orlando Santofímio, señala:

*"Entendido el Derecho de Defensa como la más amplia posibilidad de garantía y protección de los derechos fundamentales dentro de una actuación procesal, tendiente a impedir la arbitrariedad de la Administración y la consecuente indefensión de las personas con intereses en la misma, a través del ejercicio permanente de la dialéctica probatoria y argumental, mediante la presencia necesaria de los sujetos involucrados de manera permanente y durante todas la etapas de la actuación (...)"<sup>6</sup> (resaltado y subrayado agregados).*

LIBRE COMPETENCIA  
INDEFERENTE  
2503

El mismo profesor Santofímio agrega, en ese sentido, que "el derecho de toda persona a ser oída en un proceso y las consecuentes garantías que se le deben brindar con el objeto de materializar las finalidades del mismo son consideradas el punto de partida para la comprensión del Derecho de Defensa"<sup>7</sup>. Adicionalmente, este autor define el derecho a ser oído de la siguiente manera: "doctrinalmente, se le vincula con el principio de audi alteram partí, es decir con la necesidad natural, emanada de todo proceso construido sobre la base del respeto al principio de igualdad de escuchar las razones de nuestros contradictores"<sup>8</sup>.

Como puede verse, pues, el derecho de defensa es indesligable del derecho a tener un procedimiento justo, es decir que es indesligable del derecho al debido proceso. En palabras del jurista Mario Chichizola, el debido proceso tiene por función "(...) asegurar la efectiva vigencia de esos derechos (los constitucionales) dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurídica de sus derechos individuales, a través de un procedimiento legal, en el que se le dé

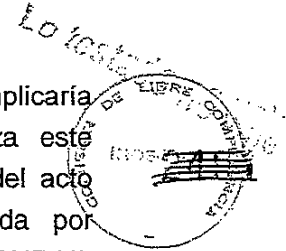
<sup>5</sup> Expediente 0825-2003-AA/TC.  
<sup>6</sup> SANTOFÍMIO, Jaime Orlando. "El Derecho de Defensa en las actuaciones administrativas". En: IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Caracas, 1998. pp. 261-262.  
<sup>7</sup> SANTOFÍMIO, Jaime Orlando. Op. Cit. p. 274.  
<sup>8</sup> Ibid. p. 275.

~~2016~~



*oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir pruebas (...)*<sup>9</sup> (el resaltado es nuestro).

En ese sentido, no dejar participar ni defenderse a PERURAIL implicaría vulnerar el derecho constitucional a la defensa del que goza este administrado y, en consecuencia, involucraría la nulidad per se del acto administrativo que se pronuncie sobre la denuncia presentada por FERSIMSAC. Ello debido a que, tal como se ha demostrado, PERURAIL tiene intereses legítimos que se podrían ver seriamente afectados si es que la Comisión recoge las propuestas de la Secretaría Técnica.



### 2.3 De la obligación de INDECOPI de notificar a PERURAIL para que pueda ejercer sus derechos al debido procedimiento y defensa

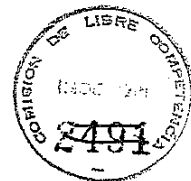


Como hemos visto en los acápites anterior, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva reconocen el derecho de toda persona a ser oído ante un tribunal en referencia a sus derechos subjetivos y el derecho de todo individuo a la defensa y a prepararla adecuadamente. Concordantemente con estos principios, deben garantizarse los mecanismos para que todas las personas puedan tomar conocimiento de aquellos procedimientos que pueden afectar sus legítimos intereses, de modo tal que, a partir de tal conocimiento, puedan ejercer sus derechos al debido proceso y a la defensa. De nada serviría ostentar estos derechos si no se concede a los administrados la oportunidad de ejercerlos.

En tal sentido, Bustamante Alarcón define el derecho al debido proceso en dos dimensiones, esto es, el **derecho al debido proceso sustantivo** y el **derecho al debido proceso formal o adjetivo**. Mientras que el primero exige que todos los actos de poder, incluidas las normas jurídicas, los actos administrativos y las resoluciones judiciales, sean justos, razonables y respetuosos de los derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, el segundo resulta un derecho complejo de índole procesal que comprende una serie de garantías esenciales como el derecho a acceder a la justicia y el derecho de defensa.

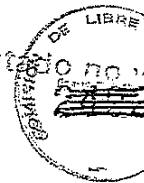
<sup>9</sup> CHICHIZOLA, Mario. "El debido proceso como Garantía Constitucional". En: Revista Jurídica Argentina La Ley. Tomo 1983 – C. Buenos Aires. p. 913.

Lo testado no vale



Lo testado no vale

Es esta última dimensión del derecho al debido proceso, vale decir, la relativa al debido proceso formal o adjetivo, la que ha sido gravemente vulnerada en el presente caso en la medida que no se ha notificado a PERURAIL sobre la existencia y contenido de la denuncia de FERSIMSAC en la que se cuestionan los legítimos intereses y derechos de nuestra empresa.



Al referirse a la aplicación efectiva del derecho al debido proceso, LANDA ARROYO afirma que:



*"En efecto, los derechos fundamentales son valiosos en la medida en que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la Administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional".*

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, es preciso llegar a la conclusión de que la contrapartida necesaria a todo derecho subjetivo que posea un individuo es necesariamente la posibilidad de accionar ante la autoridad para exigir que aquél sea respetado o reconocido. Por tal motivo, es imposible pensar, en el contexto de un Estado de Derecho, en la titularidad de un derecho subjetivo que no contemple adicionalmente la titularidad sobre una acción procesal encaminada a que se reconozca su vigencia. Es justamente en este ámbito en donde se desarrolla cabalmente el derecho al debido proceso, en tanto que éste posibilita la exigibilidad de los derechos subjetivos de todo individuo.

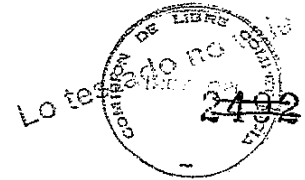
Es por ello que el artículo 60° de la Ley No. 27444 establece expresamente:

*"Artículo 60.- Terceros administrados.*

*60.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes*

Lo testado no vale

~~2507~~



***cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento (resaltado y subrayado añadidos).***



Con relación a esta obligación y su relación, no sólo con el debido proceso sino también con el derecho de defensa, Enrique Bernalles señala que las partes ***“deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así”***<sup>10</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor Santofimio en los pasajes citados en el numeral precedente.



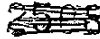
De esta forma, queda en evidencia que INDECOPI ha incumplido con una obligación fundamental ampliamente desarrollada por la doctrina como parte del derecho constitucional al debido proceso y expresamente recogida en la Ley 27444.

No obstante lo anterior y a falta de notificación, es posible que los terceros afectados, como PERURAIL, puedan apersonarse en cualquier estado del procedimiento y hacer valer sus derechos, de acuerdo con el mismo artículo 60° de la Ley 27444:

***60.3 Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él”.***

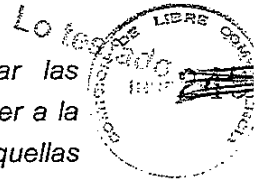
En respaldo de lo antes señalado, es importante tomar en cuenta los principios que deben regir el procedimiento administrativo. Tal como precisa el artículo II de la Ley N° 27444, toda actuación administrativa del Estado así como el procedimiento administrativo común desarrollado en las entidades se rigen por determinados Principios Administrativos. Dentro de dichos Principios destaca precisamente el de Debido Procedimiento, citado

<sup>10</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “La Constitución de 1993 – Análisis Comparado”. ICS Editores. Lima. 1997. p. 656.



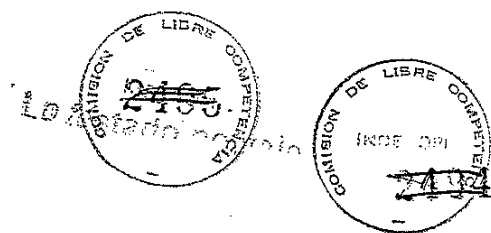
anteriormente, así como el Principio de Participación, contenido en el Artículo II del Título Preliminar de la Ley 27444, numeral 1.12:

*"Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y **extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión**" (resaltado agregado).*



Como puede desprenderse de las disposiciones citadas, así como de los derechos constitucionales antes desarrollados, PERURAIL tiene derecho a apersonarse en cualquier estado del presente procedimiento, con los mismos derechos y obligaciones que FERSIMSAC, pues es considerado un "administrado" en la medida que sus intereses legítimos podrían verse afectados con las decisiones que se adopten al interior de dicho procedimiento y finalmente con la resolución que en su momento emita INDECOPI. Por lo tanto, todos los trámites y actuaciones que se hayan originado y se den como consecuencia de dicho procedimiento deben ser comunicados a nuestra empresa. Asimismo, debe concederse un plazo razonable a PERURAIL para que pueda ejercer los derechos que le corresponden como administrado, debiendo tener la oportunidad de exponer sus argumentos, así como presentar y actuar sus pruebas.

En síntesis, queda claro que no considerar como parte a PERURAIL en el procedimiento iniciado por FERSIMSAC vulnera normas constitucionales, así como disposiciones y principios contenidos en la Ley No. 27444, lo cual debe ser inmediatamente corregido por la autoridad administrativa. De lo contrario, cualquier acto administrativo que se originara como consecuencia del procedimiento administrativo iniciado por FERSIMSAC sin la intervención de PERURAIL constituiría un acto nulo de pleno derecho, de conformidad con el artículo 10° de la Ley No. 27444.



**CONCLUSIÓN**

Como consecuencia de todo lo anterior, **PERURAIL** debe ser notificado de todas las actuaciones ocurridas en el procedimiento administrativo iniciado por **FERSIMSAC**, el cual debe retrotraerse al momento en que se presentó la denuncia de dicha empresa, a efectos de que **PERURAIL** tenga la misma oportunidad que **FERSIMSAC** a ejercer su derecho y a exponer y probar lo que considere pertinente.



Lo tas

**OR TANTO:**

solicitamos a la Comisión nuestra admisión en el procedimiento administrativo iniciado por **FERSIMSAC** al haber demostrado nuestro legítimo interés, debiendo notificárcenos con todas las actuaciones.

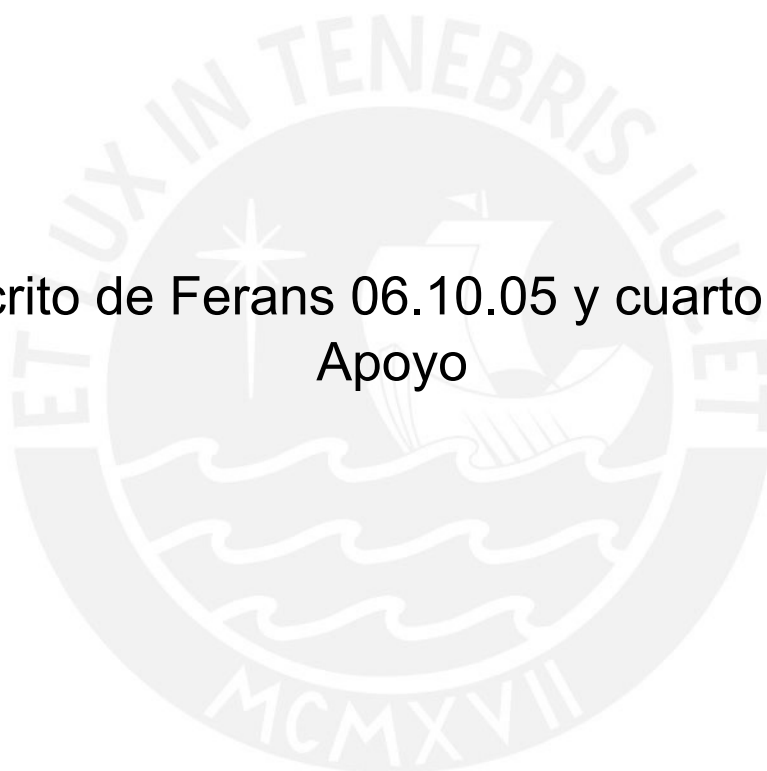
**TROSÍ DECIMOS:** Que designamos a los señores Jorge Velarde Santa María, entificado con DNI No. 07790027 María del Rosario Quiroga Glave, identificada on D.N.I. No. 09750861, Verónica Sattler Correa Rey, identificado con D.N.I. No. 3341001 y Alejandro Manayalle Chirinos, identificado con D.N.I 40471722, para e puedan dar lectura al expediente administrativo, recaben la documentación ecesaria y efectúen los trámites pertinentes de nuestra parte.

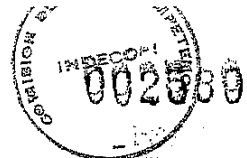
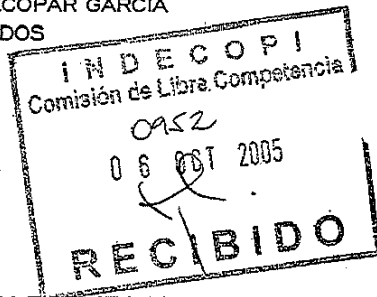
Jorge Velarde Santa María  
ABOGADO  
Región H, 1241

Lima, 11 de julio de 2005.

MARIA DEL ROSARIO QUIROGA G.  
ABOGADA  
C.A.L. 39855

15. Escrito de Ferans 06.10.05 y cuarto informe  
Apoyo





CLC

**Expediente N° 010-2004/CLC**  
**(Acumulado al Expediente No.**  
**012-2004/CLC)**  
**Adjunta Informe**

**A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

**FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.** (en adelante, "FETRANS"), representada por su abogada, Teresa Tovar Mena, en el procedimiento por supuesto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, con la finalidad de aportar mayores elementos para ser considerados por la Comisión al momento de resolver, adjuntamos al presente escrito el Informe denominado "Comentarios Adicionales sobre el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST que propone sancionar a FETRANS por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas", elaborado por Apoyo Consultoría (en adelante, "Apoyo").

Sin perjuicio que la Comisión realice su propia valoración de dicho informe, consideramos importante resaltar algunos aspectos mencionados por Apoyo. Para ello, seguiremos el esquema del documento en mención, el cual subdivide el análisis en dos partes: (i) aspectos relacionados al contrato de concesión; y, (ii) aspectos relacionados a la metodología aplicable al caso.

**1. Aspectos relacionados con el contrato de concesión**

Sobre el particular, debe recordarse que en el Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, que sirvió de sustento para que la Comisión inicie el presente procedimiento sancionador contra nuestra empresa, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la "Secretaría Técnica") consideraba que el material tractivo y rodante constituía una facilidad o recurso esencial, pues, en su opinión, resultaba económicamente imposible que un nuevo operador se aprovisione con dicho material para entrar a operar en el Ferrocarril Sur-Oriente.

✓  
y.



Posteriormente, y luego que FETRANS acreditó que cualquier empresa está en la posibilidad de adquirir material tractivo y rodante y que, adicionalmente, existen diversas formas de aprovisionamiento como el acondicionamiento, en forma repentina, la Secretaría emitió su informe en base a argumentos nuevos, que también resultan erróneos, como lo ha corroborado Apoyo.

En su informe, la Secretaría Técnica considera equivocadamente que el proceso de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente estuvo orientado únicamente a generar competencia en el servicio de transporte ferroviario mediante el ingreso de nuevos competidores, por lo que cualquier operador entrante debía tener acceso no sólo a la infraestructura vial ferroviaria sino al material tractivo y rodante. Como indica Apoyo, la Secretaría Técnica ha incurrido en serios errores, a saber:

**a) La Secretaría Técnica no es competente para delimitar el objetivo del proceso de concesión**

Como lo hemos señalado en nuestro escrito de alegatos, la Secretaría Técnica no resulta competente para determinar el objetivo de un proceso de concesión. Para ello existe Proinversión, ente encargado de la elaboración de contratos de concesión y de la definición de sus objetivos. Además, en caso sea necesario revisar un contrato de concesión, dicha facultad le compete al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mientras que la supervisión de los contratos es encargada al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura – OSITRAN.

Es decir, no compete a la Secretaría Técnica pronunciarse respecto del objetivo del proceso de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente.

Y.

b) El objetivo del proceso de concesión no era atraer competencia al sector

El objetivo principal del proceso de concesión fue delimitado por el Comité de Privatización, siendo éste **atraer inversiones al sector ferroviario**, logrando de esa manera, rehabilitar y modernizar el sistema ferroviario<sup>1</sup>. Dadas las particulares condiciones de deficiencia existentes en la infraestructura vial y el servicio de transporte ferroviario, lo que interesaba en ese momento era su rehabilitación y mejoramiento.

En base a ello, Apoyo reitera que la Secretaría Técnica no está facultada para asignar un nuevo objetivo al proceso indicado.

c) El esquema de la concesión no otorgó el material tractivo y rodante a costo cero

Apoyo estima que sin ningún sustento legal ni económico, la Secretaría Técnica considera que el material tractivo y rodante fue entregado a un "costo cero", ignorando el esquema de pago dispuesto por las bases y el Contrato de Concesión como retribución por la concesión. El esquema de pago establecido es calculado en base a un porcentaje de los ingresos del concesionario, por lo que mal puede afirmarse que FETRANS no ha pagado ningún monto por la concesión.

Debe tenerse en cuenta que al momento de realizar su oferta, FETRANS tuvo en consideración la explotación que iba a realizar tanto de la infraestructura ferroviaria como del material tractivo y rodante.

<sup>1</sup> Dicha información consta en el Resumen Ejecutivo del Balance del Proceso de Concesión, disponible en [www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe).

Es así que los S/. 84.8 millones de nuevos soles ya pagados por FETRANS corresponden al pago tanto por la explotación de la infraestructura ferroviaria como por la explotación del material tractivo y rodante. Por ello, es evidente que la entrega de dicho material **no fue a costo cero**, sino que el derecho a usar el referido material es retribuido por FETRANS; siendo que, hasta la fecha, el monto desembolsado dista mucho de ser cero.

**d) El precio nominal del alquiler del material tractivo y rodante entre FETRANS y PERURAIL no debe ser tomado como el valor real del alquiler de dicho material**

Apoyo señala que la Secretaría Técnica se equivoca al interpretar que el único costo en el cual incurriría un operador al entrar al mercado alquilando material tractivo y rodante de FETRANS, sería el que dicha empresa le cobra a su vinculada PERURAIL.

En efecto, el mencionado órgano instructor no toma en consideración las inversiones y costos en los que ha incurrido PERURAIL para el mantenimiento del material, que son mayores a 12 millones de soles para el período 2002-2004. Este costo es adicional a los 3 millones aproximadamente que PERURAIL ha pagado por el alquiler, no obstante la Secretaría Técnica lo ignora, llegando a erradas conclusiones.

**e) El material tractivo y rodante no constituye una barrera de acceso al mercado**

Nuevamente se equivoca la Secretaría Técnica al considerar que el material tractivo y rodante constituye una barrera de acceso al mercado de servicios de transporte de pasajeros y carga. Al respecto, Apoyo señala que, a diferencia del mercado de infraestructura ferroviaria, que supone altos costos hundidos, el servicio de transporte no es un monopolio natural. Por el contrario, se acepta que en dicho sector puede existir competencia.

De esta manera, la existencia de una inversión inicial alta no constituye *per se* una barrera de acceso al mercado, puesto que debe tomarse en consideración las futuras utilidades proyectadas por el potencial entrante. Las inversiones iniciales varían dependiendo del negocio que será emprendido por los operadores, sin embargo, su **monto** no determina **automáticamente** una barrera para entrar a dicho sector, puesto que las **futuras ganancias** podrían hacer insignificante esta primera inversión.

Ello debería ser analizado por la Comisión, tal como lo ha hecho ya Apoyo en su primer informe, en donde se determinó que si un potencial entrante adquiere su propio material tractivo y rodante, puede lograr ganancias que harían económicamente viable su ingreso al mercado, no constituyendo, por lo tanto, una barrera de acceso.

## 2. Aspectos relacionados a la metodología aplicable al caso

Por otro lado, Apoyo analizó la metodología utilizada por la Secretaría Técnica, la cual debería limitarse a contestar tres preguntas: (i) ¿FETRANS tiene posición de dominio en el mercado?; (ii) de ser así, ¿ha abusado de su posición mediante la negativa de alquilar material tractivo y rodante?; y, (iii) en caso la anterior pregunta sea afirmativa, ¿dicha negativa es justificada?

Apoyo responde estas tres preguntas que fueron contestadas por la Secretaría Técnica de forma incorrecta.

### a) Errónea delimitación del mercado relevante

En el anterior informe realizado por Apoyo se demostró que el mercado relevante no debería limitarse al alquiler del material tractivo y rodante, sino que debería comprender también la opción de compra de dicho material, ampliando así las opciones. En efecto, Apoyo ha

señalado que el material puede provenir de: (i) compra de material tractivo y rodante de segundo uso de otros ferrocarriles que también tienen un ancho de trocha de 914 mm, (ii) compra de material tractivo y rodante de segundo uso procedente de ferrocarriles con un ancho de trocha distinto a 914 mm y que luego fuera adaptado y (iii) compra o alquiler de material tractivo y rodante de otros ferrocarriles en el Perú.

Por ello, el mercado relevante debe considerar la opción de adquisición y/o adaptación del material tractivo, y no limitarse al alquiler de dicho material.

**b) La participación de FETRANS en el mercado relevante**

El mercado relevante no es tan limitado como equivocadamente cree la Secretaría Técnica por ello la participación en el mercado de FETRANS no es del 100%. En el informe adjunto Apoyo hace un cálculo de la participación considerando algunos (no todos) los ferrocarriles de trocha de 914 mm. y comprueba que el porcentaje de participación de FETRANS representa sólo el 3% del mercado.

Es así que la participación de FETRANS en el mercado relevante es insignificante por lo que es evidente que **no ostenta una posición de dominio.**

**c) Disponibilidad del material tractivo y rodante**

Finalmente, partiendo del supuesto negado que FETRANS sí tuviera una posición de dominio, Apoyo considera que su negativa no sería injustificada en tanto **no existe material tractivo y rodante disponible para alquilar a terceros.**

En efecto, tan es así que la demanda del servicio de transporte requería una mayor cantidad de material tractivo y rodante que el



existente, que PERURAIL incluso ha tenido que comprar su propio material. Esto demuestra no solo la inexistencia de material disponible, sino a la vez, la posibilidad real de ingresar al mercado mediante la compra de material tractivo y no solo el alquiler, como ha señalado la Secretaría Técnica.

Apoyo concluye que, en este contexto, resulta claro que la supuesta negativa no tiene la intención anticompetitiva de impedir la entrada de un competidor y se justifica por razones de índole comercial, al no existir material disponible para el alquiler.

**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:** Que, luego de actuarse las pruebas ofrecidas por nuestra parte, se declare que FETRANS no ha infringido las normas sobre libre competencia y, en consecuencia, se declare infundada la denuncia presentada en nuestra contra.

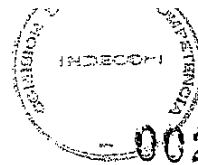
**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos al presente, el Informe denominado "Comentarios adicionales sobre el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI que propone sancionar a FETRANS por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas" elaborado por Apoyo Consultoría. (Anexo 1-A)

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copia del presente escrito y sus recaudos.

Lima, 05 de octubre de 2005

**TERESA TOVAR MENA**  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echevarría García S.Civ.R.L

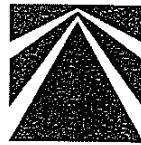
TTM-PSP/JHR



**Comentarios Adicionales sobre el Informe No 023-2005-  
INDECOPI/ST de la Secretaria Técnica de la Comisión de Libre  
Competencia del INDECOPI que propone sancionar a FETRANS  
por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas**

Informe preparado para

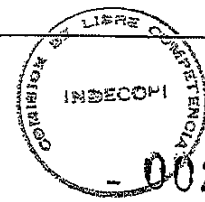
**Ferrocarril Trasandino S.A.**



**APOYO  
CONSULTORIA**

Lima, setiembre de 2005

INDICE



Introducción ..... 2

1. Aspectos relacionados al Contrato de Concesión..... 3

2. Aspectos relacionados a la metodología aplicable al caso..... 10

Conclusiones .....15



## INTRODUCCIÓN



APOYO Consultoría señaló en un estudio de fecha 30 de mayo de 2005<sup>1</sup>, que las conclusiones a las que había arribado la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante ST-CLC) en su Informe No 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, respecto a la existencia de un abuso de posición dominante por parte de Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante FETRANS) se sustentaban en un análisis errado del mercado relevante, que no tomaba en cuenta las posibilidades que tiene un entrante potencial al mercado de transporte ferroviario de la ruta Sur-Oriente de ingresar a través de la adquisición de material tractivo y rodante propio. En dicho documento mostramos que, a diferencia de lo sostenido por la ST-CLC respecto a que sólo es factible el ingreso al mercado vía el alquiler del material tractivo y rodante existente, sí resultaba económica y tecnológicamente factible el ingreso de nuevos competidores a través de la adquisición (no-alquiler) de material tractivo y rodante propio.

Desde un punto de vista tecnológico, mostramos que era posible obtener locomotoras y vagones con las especificaciones técnicas para la ruta Sur-Oriente, a partir de la adaptación de otras locomotoras y componentes que se encuentran disponibles en un mercado secundario internacional.

Desde un punto de vista económico mostramos que corrigiendo los supuestos y otros errores conceptuales y metodológicos del modelo financiero elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, resultaba económicamente factible la entrada de un competidor vía la adquisición de material tractivo y rodante propio. En otras palabras, que el alquiler de material tractivo y rodante no constituía la única alternativa de ingreso al mercado. Asimismo, para reforzar el hecho que resulta económicamente factible el ingreso de nuevos competidores con material tractivo y rodante propio, presentamos un modelo económico-financiero, en el cual la empresa entrante utilizaba autovagones en vez de locomotoras para prestar el servicio de transporte, lo que permitía reducir de manera importante los requerimientos de inversión y tiempo de ingreso al mercado.

Finalmente, analizamos el uso y disponibilidad del material tractivo y rodante existente, concluyendo que, dado el actual volumen de demanda, ni FETRANS ni PERURAIL mantienen material tractivo y rodante disponible para el alquiler a terceras empresas. En este contexto, concluíamos que la supuesta negativa de FETRANS a alquilar material tractivo y rodante no responde a una conducta anticompetitiva orientada a favorecer a su empresa vinculada PERURAIL, sino más bien a la inexistencia de material tractivo y rodante disponible para atender los requerimientos del entrante.

Sin responder a los cuestionamientos que presentó APOYO Consultoría a los informes de la ST-CLC y de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, en un nuevo informe del 13 de junio de 2005 (Informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC) la ST-CLC ha solicitado a la Comisión de Libre Competencia que sancione a FETRANS con una

<sup>1</sup> Este estudio fue remitido por FETRANS a la ST-CLC en día 01 de junio de 2005.

multa de 203,9 UIT y la obligue a otorgar en alquiler al menos la mitad del material tractivo y rodante que le fue concesionado.

En su último informe, la ST-CLC cambia de argumentos; minimiza la evidencia presentada por APOYO Consultoría respecto a la posibilidad de ingresar al mercado de transporte ferroviario con material tractivo y rodante propio y alega que la posición de dominio de FETRANS proviene (ahora) de que FETRANS habría recibido a "costo cero" el material tractivo y rodante por parte del Estado Peruano.

La ST-CLC señala también que la conducta de FETRANS de negarse a brindar en alquiler el material tractivo y rodante que le fue concesionado es injustificada y anticompetitiva en virtud de la lógica y diseño del proceso de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente. De acuerdo a este informe, para la ST-CLC el proceso de concesión estuvo orientado a generar competencia en el servicio de transporte ferroviario a partir del ingreso de nuevos operadores de transporte que alquilaran el material tractivo y rodante existente a FETRANS. En opinión de la ST-CLC, el proceso de concesión en el Perú no sólo garantiza el acceso a la infraestructura vial ferroviaria sino también al material tractivo y rodante existente para cualquier operador, lo que la ST-CLC (auto)denomina "*Modelo de Integración Vertical Temporal con Acceso Competitivo sobre el Material*". En virtud de este particular modelo de concesión, para la ST-CLC el concesionario (FETRANS) está obligado a compartir el uso del material cuando lo demande algún competidor interesado en ingresar al mercado de transporte ferroviario.

El presente documento tiene por objetivo recalcar algunos de los argumentos que han sido anteriormente presentados y analizar los nuevos argumentos introducidos.

Con este objetivo, los argumentos del informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC que basaron la decisión de la ST-CLC de recomendar a la CLC que se declare que FETRANS había abusado de su posición de dominio han sido divididos en dos grupos de acuerdo al tema de fondo al que se refieren: aspectos relacionados con el contrato de concesión y aspectos relacionados con la metodología aplicable al caso.

#### **Aspectos Relacionados al Contrato de Concesión:**

Para sustentar la supuesta práctica anticompetitiva cometida por FETRANS, en el informe No 023-2005-INDECOPI/ST-CLC la ST-CLC señala que la conducta de FETRANS de negarse a brindar en alquiler el material tractivo y rodante que le fue concesionado es injustificada y anticompetitiva en virtud de la lógica y diseño del proceso de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente. De acuerdo a este informe, para la ST-CLC el proceso de concesión estuvo orientado a generar competencia en el servicio de transporte ferroviario a partir del ingreso de nuevos operadores de transporte que alquilaran el material tractivo y rodante existente a FETRANS.

En opinión de la ST-CLC, el proceso de concesión en el Perú no sólo garantiza el acceso a la infraestructura vial ferroviaria sino también al material tractivo y rodante existente para cualquier operador, lo que la ST-CLC (auto)denomina "*Modelo de Integración Vertical Temporal con Acceso Competitivo sobre el Material*". En virtud de este particular modelo de concesión, para la ST-CLC el concesionario (FETRANS)

está obligado a compartir el uso del material cuando lo demande algún competidor interesado en ingresar al mercado de transporte ferroviario.

En opinión de APOYO Consultoría este argumento es erróneo por las siguientes razones:

- 1. La ST-CLC se pronuncia respecto a lo que ésta considera fue el objetivo de la concesión y además le atribuye un modelo particular. Al hacer esto la ST-CLC se ha atribuido funciones que no son de su competencia.

El ente encargado de elaborar los contratos de concesión y de definir sus objetivos es Proinversión. La revisión del contrato de concesión de FETRANS, de darse el caso, le compete al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y su supervisión al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura - OSITRAN. Por lo tanto, no es función de la ST-CLC definir o interpretar, menos aun con posterioridad, los objetivos de un proceso de concesión ni el esquema que debe seguirse.

Pretender que vía un procedimiento administrativo tramitado ante el Indecopi se modifiquen los objetivos y/o el esquema planteado por el Estado peruano para una concesión sería una fuente potencial de inestabilidad jurídica que puede llevar a cuestionar el conjunto de procesos de concesiones y privatizaciones emprendidos en los últimos años.

- 2. La ST-CLC se equivoca al decir que el principal objetivo de la concesión fue promover la competencia en este mercado

El principal objetivo del proceso de concesión fue, como señala el propio Comité de Privatización, atraer inversiones al sector ferroviario de forma que se logre la rehabilitación y modernización del sistema ferroviario<sup>2</sup>:

*"(...) lograr la transferencia en Concesión al sector privado, del Sistema Ferroviario de propiedad del Estado, dentro del marco legal que éste estableció claramente, limitando la participación estatal a específicos sectores de la economía nacional.*

*La transferencia debía efectuarse en la forma más conveniente para lograr la rehabilitación y modernización del sistema, su desarrollo a mediano plazo, y un servicio de transporte eficaz, confiable y seguro. El Plan debía además fomentar las inversiones para aprovechar las potencialidades del sistema con el consiguiente beneficio para el futuro del país.*

Es precisamente por dicha razón que el contrato de concesión contempló un incentivo para la inversión del concesionario, consistente en la liberación del pago de la retribución principal y secundaria al Estado Peruano en mérito de sus inversiones<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> CEPRI-ENAFER. Resumen Ejecutivo del Balance del Proceso de Concesión. Pág. 9. Documento disponible en la página web de PROINVERSION ([www.proinversion.gob.pe](http://www.proinversion.gob.pe)).  
<sup>3</sup> Cláusula Décima del Contrato de Concesión.

Si bien el esquema de concesión se diseñó para garantizar el acceso de nuevos operadores de transporte a la red ferroviaria, ello no implica, como lo sugiere la ST-CLC, que la finalidad inicial del proceso de concesión fuera la generación de competencia en el transporte ferroviario. En efecto, en su análisis la ST-CLC no toma en cuenta que, en el momento en que se desarrolló el concurso para la concesión, la infraestructura vial ferroviaria y el servicio de transporte ferroviario se encontraban en una pésima situación, que se manifestaba en el inadecuado itinerario de los trenes, no ajustado a las necesidades de la demanda, el mal estado de las estaciones y la insuficiencia de equipos para la carga y descarga. Sólo un pequeño porcentaje de los tramos ferroviarios se encontraba en buen estado, mientras que las unidades para el traslado de carga y pasajeros mostraban un alto grado de indisponibilidad<sup>4</sup>.

En este contexto, el objetivo inmediato de la concesión no era generar competencia en el servicio de transporte, sino generar las condiciones que permitieran atraer nueva inversión para el mejoramiento de la infraestructura vial ferroviaria y el material tractivo y rodante existente.

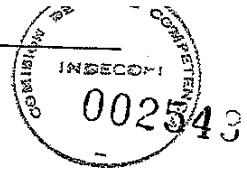
Por lo tanto, este argumento de la ST-CLC sólo tendría sentido si las instancias competentes explícitamente hubiesen cambiado los objetivos del Contrato de Concesión y convocado al concedente para una revisión del contrato respectivo.

3. La ST-CLC se equivoca al decir que el esquema de concesión le otorgaba a FETRANS el material tractivo y rodante a un costo cero

Existen distintos esquemas de concesión. La literatura económica reconoce los siguientes:

<sup>4</sup> ENAFER. Informe de Gestión 1996-1999. Citado en el INFORME No 003-2000-INDECOP/CLC. Pág. 2 y 3.

Cuadro N° 1



ESQUEMAS DE CONCESIONES Y PARTICIPACIONES PPP (Public Private Partnership)

Contratos de Servicio	Se autoriza a una empresa privada a operar y mantener un sistema. El Estado mantiene la dirección del sistema y retribuye a la empresa por el servicio que presta. Los contratos tienen duraciones de 1 a 3 años en promedio.
Contratos de Gestión	Se autoriza a una empresa privada a dirigir, operar y mantener un sistema. El Estado retribuye a la empresa sobre la base de indicadores de desempeño fijados por el Estado. Los contratos tienen una duración promedio de 3 a 5 años.
Operar (O)	Se autoriza a una empresa privada a dirigir, operar y mantener un sistema. La ganancias de la empresa serán las que genera su manejo y operación del sistema menos la forma de pago acordada al Estado. Los periodos de concesión suelen ser mayores a 20 años.
Construir y Transferir (B&T)	La empresa privada construye la infraestructura requerida por el Estado y a cambio obtiene una ganancia determinada. Una vez que la construcción finaliza, ésta es transferida al Estado. Los periodos de concesión suelen ser mayores a 20 años.
Construir, Operar y Transferir (BO&T)	La empresa privada construye una determinada infraestructura requerida por el Estado. Una vez que la construcción finaliza, la empresa tiene derecho a operarla durante algún tiempo y recibir las utilidades generadas (menos un tipo de pago que deba hacer si así se establece). Sin embargo, en todo momento la propiedad de la infraestructura es del Estado. Los periodos de concesión suelen ser mayores a 20 años.
Construir, Poseer, Operar y Transferir (BOO&T)	La empresa privada construye una determinada infraestructura requerida por el Estado. Una vez que la construcción finaliza, la empresa tiene derecho a operarla durante algún tiempo y recibir las utilidades generadas (menos un tipo de pago que deba hacer si así se establece). En el período en el cual la empresa opera la infraestructura, esta infraestructura es considerada propiedad de la empresa. Al finalizar el período de concesión la propiedad es transferida al Estado. Los periodos de concesión suelen ser mayores a 20 años.
Concesión	La empresa privada asume la completa responsabilidad de la operación, manejo y mantenimiento de una determinada infraestructura estatal. Todos los riesgos son asumidos por la empresa privada, pero al finalizar el período de concesión la infraestructura es transferida al Estado. Los periodos de concesión suelen ser mayores a 20 años.
Privatización	La empresa adquiere la propiedad de la infraestructura estatal y todos los riesgos del manejo de ésta.

Adaptado de: Webster & Sansom, 1999

El presente caso se trata de una concesión que le otorgaba al postor que se hiciera acreedor de la buena pro el derecho a explotar la infraestructura del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente y además le otorgaba derecho a explotar el material tractivo y rodante.

Las condiciones bajo las cuales se realizaría la concesión fueron establecidas por ProInversión en las Bases de esta operación y fueron puestas a disposición de todos los interesados.

Ni las Bases de la concesión ni el Contrato señalaban limitaciones sobre la titularidad del operador del material tractivo y rodante, y este esquema fue tomado en cuenta por todos los postores. Por lo tanto, las ofertas que éstos presentaron respondían a distintas valorizaciones del precio y el uso de la infraestructura y el material tractivo y rodante.

FETRANS y PERURAIL son empresas vinculadas y que pertenecen a un mismo grupo económico. Por esta razón, la oferta que realizó al momento del concurso para la concesión llevaba implícito el precio del material tractivo y rodante que este consorcio usaría.

Para definir cómo se determinó la oferta de FETRANS para la concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente es importante entender que existen distintos esquemas de pago en las concesiones. Por ejemplo, los pagos pueden ser:

- Un solo pago al inicio de la concesión.
- Un determinado porcentaje de los ingresos a lo largo del período de concesión.
- Un pago al final de la concesión (monto fijo o porcentaje de las ganancias).
- Cualquier combinación de los esquemas anteriores.

Cualquiera de estos esquemas de pago supone el mismo valor. Para entender este punto, asumamos la concesión de un proyecto que, de acuerdo a la valorización de un agente interesado, permite el siguiente flujo de caja para los siguientes cinco años:

**Cuadro N° 2**  
**VALORIZACIÓN DE UN PROYECTO**  
Flujo de Caja

Año	1	2	3	4	5
Ingresos	100	100	100	100	100
Costos	60	60	60	60	60
Utilidades	40	40	40	40	40

Asumiendo distintos esquemas de pago de la concesión, las ofertas que este interesado pudiera presentar se muestran en el Cuadro N° 3:

**Cuadro N° 3**  
**DISTINTOS ESQUEMAS DE PAGO POR LA CONCESIÓN**

N°	Esquema	Oferta 1/
1	Un sólo pago al inicio de la concesión	S/. 134
2	Un sólo pago al final de la concesión	S/. 270
3	Un porcentaje de los ingresos	40% de los ingresos
4	Pago en dos partes	S/. 67 y 20% de los ingresos S/.33.5 y 30% de los ingresos

1/ Se asume una tasa de descuento de 15%.

Cada una de estas opciones supone un mismo valor. No puede decirse que si se elige el primer esquema existe un pago por los activos de la concesión, mientras que si se elige el tercer esquema el pago por los activos es cero. La oferta que cada agente presente dependerá de la valorización que haga este agente del flujo de caja del proyecto.

El esquema del pago de una concesión es una decisión política que depende principalmente de los objetivos que se plantee el Estado y las necesidades de inversión relacionadas con los activos que se otorgan. Si el Gobierno prioriza el ingreso a corto plazo de recursos optará por "un solo pago al inicio de la concesión"; si existen importantes inversiones que realizar, optará por esquemas de pagos a lo largo del período de concesión.

En el caso del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, debido a que era necesario realizar importantes inversiones para permitir el óptimo funcionamiento de estos ferrocarriles y que, además, se requería garantizar ingresos fiscales para los próximos años, el gobierno decidió que el pago se realizara mediante un porcentaje de los ingresos del concesionario durante el periodo de explotación de los activos.

Por esta razón, las ofertas presentadas por los postores incluían sus propios valorizaciones de los ingresos que obtendrían por la explotación de la infraestructura más lo que obtendrían por la explotación del material tractivo y rodante. Resulta evidente que si la concesión hubiese sido únicamente por la infraestructura ferroviaria y no por el material tractivo y rodante, la oferta presentada por los postores hubiera sido distinta. Esta diferencia es igual al precio que el concesionario debió pagar por el material tractivo y rodante.

La oferta presentada por Ferrocarril Trasandino ha significado hasta marzo del 2005 el pago de S/.84.8 millones de nuevos soles. Asumiendo un crecimiento conservador de los ingresos de FETRANS para los próximos años hasta el final de la concesión de 3% y una tasa de descuento de 15%<sup>5</sup>, FETRANS pagará en valor presente más de S/. 107 millones de soles aproximadamente por la concesión que mantiene. Estos pagos incluyen el pago que el consorcio hace por el uso del material tractivo y rodante.

Por lo tanto, la ST-CLC se equivoca al decir que PERURAIL recibió el material tractivo y rodante a "costo cero". La valorización del costo y el uso que se le daría a este material están implícitos en la oferta que presentó FETRANS.

- 4. El precio de alquiler entre FETRANS y PERURAIL no puede ser nominalmente tomado como el precio de alquiler del material tractivo y rodante

FETRANS le cobra a su vinculada PERURAIL tarifas US \$ / Km - Vagón (Cuadro Nº 4) por el material tractivo y rodante que le fue otorgado en concesión. Este monto ha sido interpretado erróneamente por la ST-CLC como el único costo en el cual incurriría un tercer operador si lograra entrar al mercado alquilando material tractivo y rodante de FETRANS.

**Cuadro Nº 4**  
**PRECIO DE ALQUILER DEL MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE**

TARIFA (US \$ / Km - Vagón)	DÓLARES
Km - Coche de Pasajeros	0.02
Km - Vagón de carga	0.01
Km- Autovagón	0.20
Km - Locomotora	0.25

Fuente: Contrato de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante entre FETRANS y PERURAIL

<sup>5</sup> Tasa usada por Indecopi para descontar los flujos de caja en las simulaciones de los ingresos de las empresas de transporte ferroviario.

Sin embargo, el valor real que PERURAIL paga en la práctica por operar el material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS tiene dos componentes: el precio de alquiler estipulado en un contrato privado entre esas dos empresas (Cuadro N° 4), y la amortización de las inversiones y los costos en los cuales PERURAIL ha incurrido y sigue incurriendo en inversión y mantenimiento del material. Estos costos se detallan en el Cuadro N° 5.

**Cuadro N° 5**  
**INVERSIONES DE PERURAIL EN REPARACIONES DEL**  
**MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE DEL FSO**  
**2000-2004**  
 (Nuevos Soles)

Material	Monto
Locomotoras	6,673,064
Autovagones	3,991,784
Coche	1,658,175
<b>Total</b>	<b>12,323,023</b>

*Fuente: Perurail*

De esta forma, en el período 2002-2004 PERURAIL ha invertido más de 12 millones de soles para tener operativo el material tractivo y rodante que opera en el Ferrocarril Sur Oriente. Este costo es adicional a los 3 millones de soles aproximadamente que PERURAIL ha pagado a FETRANS en el mismo periodo por concepto de alquiler de este material y adicional al pago que el Consorcio al cual pertenece PERURAIL viene haciendo por la concesión (como se explicó en el punto 3, el pago por el material tractivo y rodante se encuentra dentro de la oferta económica que FETRANS presentó en el concurso de concesión).

Quando la ST-CLC considera como el costo de alquilar material tractivo y rodante sólo el pago que PERURAIL le hace a FETRANS, está considerando menos del 20% del costo real en el que ha incurrido PERURAIL por usar material tractivo y rodante alquilado, y un porcentaje aún mucho menor si se considera el costo en el que ha incurrido el Consorcio.

5. La ST-CLC determina erróneamente que el material tractivo y rodante constituye una barrera para el ingreso de nuevos competidores

En la industria ferroviaria, como ha sido señalado por el Indecopi, existen dos actividades, el manejo de la infraestructura ferroviaria y el servicio de transporte de pasajeros y carga. La primera de éstas, por tratarse de una actividad con importantes costos hundidos, es un monopolio natural y por lo tanto debe ser regulada como tal. En la actividad de transporte, en cambio, se acepta que pueda existir competencia. Sin embargo, el hecho de que en esta actividad pueda haber competencia no determina que se trate de una actividad que no presente ningún costo de entrada.



Un operador de transporte ferroviario debe incurrir en inversiones, algunas de ellas importantes, para poder prestar servicios en el mercado. Al respecto, la teoría económica considera<sup>6</sup>:

*"... The cost conditions relating to the operation of services on this physical network, on the other hand, may be more consistent with active and potential competition. To operate a service it is necessary to have trains staff, support and rights of way. Although hiring staff and buying or leasing rolling stock inevitably involve some sunk costs, they are small relative to the massive sunk costs of establishing network infrastructure. And most of the cost of locomotives and freight cars might be easily and quickly recovered by rolling them to other markets..."*

De esta forma, se acepta que la compra de material tractivo y rodante, si bien es una inversión considerable, es normal de este tipo de negocios. Al ser una barrera propia de esta actividad, tal como ha señalado el Indecopi, no puede ser considerada anticompetitiva<sup>7</sup>:

*"... Cuando las empresas existentes son eficientes y poseen valiosas plantas, equipo, conocimientos, talento, y reputación, los potenciales entrantes enfrentarán una proporcionalmente mayor dificultad para ingresar a la industria, dado que deberán adquirir dichos activos, Es más difícil entrar a la industria de acero que vender zapatos o pizzas y es más difícil entrar a cualquiera de éstos últimos campos que convertirse en un obrero de los suburbios. Pero estas dificultades son naturales, inherentes a la naturaleza de las tareas a ser desarrolladas. No puede haber objeciones a barreras de este tipo..."*

**Aspectos Relacionados a la Metodología aplicable al caso:**

En primer lugar es importante entender que el presente caso se trata de un procedimiento sancionador contra Ferrocarril Trasandino por un abuso de posición de dominio en la modalidad de Negativa Injustificada. Por lo tanto, para resolver este caso es necesario que la Comisión analice sólo tres puntos:

- ¿Tiene Ferrocarril Trasandino Posición de Dominio?
- ¿Ha abusado de esta al negarse a alquilar material tractivo y rodante?
- De ser así ¿Esta negativa puede considerarse injustificada?

Sin embargo, como se muestra en la sección anterior, la ST-CLC en el informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC no se ciñe a analizar estos puntos sino que discute temas del contrato de concesión que no constituyen argumentos válidos para este caso, a menos que el Estado Peruano haya decidido cambiar los objetivos de la concesión. De no ser el caso, todos los argumentos se la ST-CLC referidos al contrato de concesión (y que además como analizamos en la sección anterior carecen de fundamento económico) deben ser desestimados.

<sup>6</sup>Ioannis N. Kessides and Robert D. Willig. *Restructuring Regulation of the Railroad Industry*. Note N° 58. Octubre 1995. The World Bank.  
<sup>7</sup>Pág 35 de la Resolución N° 040 – 2005 – INDECOPI / CLC. Traducción libre hecha por la ST de Indecopi de BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*.

Además de las afirmaciones sobre el contrato de concesión, la ST-CLC basa su decisión en otros puntos, que si bien constituyen parte de la metodología a seguirse en este tipo de procedimientos, son, sin embargo, tratados de forma incorrecta. Estas afirmaciones de la ST-CLC serán analizadas a continuación.

1. La ST-CLC delimita erróneamente el mercado relevante al señalar que éste se limita al material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS

En el informe presentado por APOYO Consultoría, se demostró que, contrariamente a lo que afirma la ST-CLC, es posible usar material tractivo y rodante en la vía del ferrocarril Sur Oriente distinto al que le fue concesionado a FETRANS. Este material puede provenir de:

- Compra de material tractivo y rodante de segundo uso de otros ferrocarriles que también tienen un ancho de trocha de 914 mm.
- Compra de material tractivo y rodante de segundo uso procedente de ferrocarriles con un ancho de trocha distinto a 914 mm y que luego fuera adaptado.
- Compra o alquiler de material tractivo y rodante de otros ferrocarriles en el Perú.

La adquisición de material de segundo uso es una actividad común en el negocio ferroviario e incluso existe un mercado de empresas especializadas en conseguir los componentes y las piezas necesarios para readaptación de locomotoras y vagones a este tipo de vías férreas<sup>8</sup>.

En el caso peruano como ha sido explicado, FETRANS compró en el 2001 dos ferrobuses de Bolivia de trocha métrica para brindar los servicios de transporte de pasajeros, los cuales se encuentran en proceso de acondicionamiento. Asimismo en el año 2003 se adquirieron y adaptaron seis coches de Indonesia para brindar el servicio de transporte de lujo Hiram Bingham.

Además, la adquisición y adaptación de material tractivo y rodante de segundo uso tiene un costo significativamente menor que la compra de material tractivo y rodante nuevo, lo cual permite que la operación sea más rentable.

Finalmente, la adquisición de material tractivo y rodante no constituye una inversión adicional en la que deba incurrir un entrante, pues como se analizó anteriormente, la oferta presentada en el concurso de concesión por FETRANS incluía la valorización del flujo generado por estos activos. Esta es una inversión normal de cualquier empresa que entra en este mercado.

Por lo tanto, el mercado relevante debe considerar la opción de adquisición y/o adaptación del material tractivo y rodante para ser operado en el ferrocarril Sur Oriente.

<sup>8</sup> En el Perú por ejemplo, se encuentra la empresa CROSSLAND y GMC ENG & SERV que se encargan de asesorar y proveer a los operadores ferroviarios que deseen adquirir material tractivo y rodante para adaptarlo a las características de sus rutas.

2. La ST-CLC se equivoca al decir que FETRANS tiene el 100% de la participación del mercado relevante y que, por lo tanto, ostenta de una posición de dominio.

Como se mencionó anteriormente, es necesario incluir en el mercado relevante el aprovisionamiento de material tractivo y rodante de segundo uso adquirido de otros ferrocarriles con un ancho de trocha de 194 mm o de ferrocarriles con un ancho de trocha distinto (peruanos y de otros países), pero que puede ser adaptado.

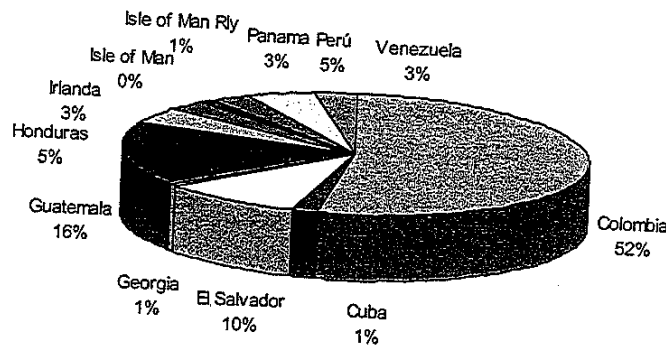
De esta forma, el mercado relevante debe definirse como el aprovisionamiento de material tractivo y rodante que pueda ser usado (o adaptado de ser necesario) para un ancho de trocha de 914 mm. Los ofertantes de este mercado serán todos aquellos agentes que tengan material que pueda ser vendido o alquilado y los demandantes serán las empresas que estén interesadas.

Por lo tanto, resulta evidente que el mercado relevante del presente caso es extenso y que incluye empresas de distintos países del mundo. Por esta razón, la participación de FETRANS en el mercado relevante no es significativa.

Si consideramos algunos de los ferrocarriles que tienen un ancho de trocha de 914 mm., FETRANS representa sólo el 3% de este mercado (el otro 2% del mercado peruano corresponde a la trocha del Tren Macho).

Gráfico N° 1

ALGUNOS PAÍSES CON ANCHO DE TROCHA DE VIA FERREA DE 914 MM 1/  
(Km de Infraestructura)



1/ Sólo se ha considerado información de 12 de los 26 países identificados

Fuente: [p://parovoz.com/indexe.php](http://parovoz.com/indexe.php)

El cálculo de la participación del mercado de FETRANS medida sobre la base del material tractivo y rodante que posee es complicado pues esta información suele ser reservada en la mayor parte de empresas ferroviarias y por lo tanto no es información disponible al público.

Sin embargo, mencionaremos sólo algunos ejemplos de material que podría ser usado en la vía del Ferrocarril Sur Oriente.

El Gobierno de El Salvador, hasta hace poco, mantenía un ferrocarril de ancho de trocha de 914 mm operado por Ferrocarriles Nacionales de El Salvador (FENADESAL). Sin embargo, recientemente ha decidido modernizar su infraestructura y cambiar las vías del ferrocarril. Por esta razón, el material tractivo

y rodante que poseen, para un ancho de trocha de 914 mm, se encuentra inoperativo y disponible para ser vendido o alquilado a cualquier interesado<sup>9</sup>. Este material se detalla en el Cuadro N° 6.

**Cuadro N° 6**  
**MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE DISPONIBLE EN EL SALVADOR**

UNIDADES	DESCRIPCION
2	Locomotoras de Vapor
8	Locomotoras Diesel EMD GA8, 850 HP
402	Carros de Carga
8	Carros de Cola
130	Plataformas
3	Carros Mixtos
16	Carros Tanques
3	Coches de Equipaje y Correo
17	Coches de Pasajeros
6	Carros para Campamento
1	Grúa
2	Carros de Volteo
24	Carros Motores de Inspección de Vía
3	Carros Motores Servicios de Pasajeros

Fuente: Fenadesal

Empresas españolas también han mostrado su interés por vender material tractivo y rodante a ferrocarriles latinoamericanos<sup>10</sup>. Al respecto, existen al menos dos empresas de infraestructura ferroviaria con material tractivo y rodante no eléctrico: Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE) que pueden ser usados en el Ferrocarril Sur Oriente. El material de estas empresas españolas se detalla a continuación.

**Cuadro N° 7**  
**MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE DE EMPRESAS ESPAÑOLAS**

	RENFE 1/	FEVE 2/
Locomotoras Diesel	445	44
Unidades Diesel	142	12
Coches	344	14
Tractores de Maniobra Diesel	184	
Furgones	150	9
Vagones	18563	992
Transcantábrico		27

1/ Las vías tienen ancho de trocha de 1000 mm o 1435 mm. No se consideran unidades eléctricas

2/ Las vías tienen ancho de trocha de 1000 mm. No se consideran unidades eléctricas

Fuente: Anuario del Ferrocarril 2004 de la Fundación de Ferrocarriles Españoles

Asimismo el material tractivo y rodante usado por algunas empresas latinoamericanas puede ser adaptado para operar en un ancho de trocha como el peruano de 914 mm. Al respecto, resulta interesante considerar el material tractivo

Área de Operaciones Ferroviarias y Sección de Comercialización de FENADESAL. Información proporcionada por el Ing. Julio F. Pineda, responsable del Área. Así, por ejemplo, en setiembre del 2004, la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) vendió a ferrocarriles del Estado de Chile (EFE) trenes 440 y sus repuestos. Además un grupo formado por el banco español de inversiones Socimer, Renfe e Ineco se adjudicó los dos concursos financiados por el Banco Mundial, que financia los estudios y proyectos previos a la privatización de los ferrocarriles de Bolivia y Colombia. Fuente: Anuario del Ferrocarril 2004 de la Fundación de Ferrocarriles Españoles.



y rodante existente en algunas empresas argentinas<sup>11</sup> (Ferroexpreso Pampeano y FERROTUR Roca S.A.), bolivianas (Ferrovia Oriental S.A.), chilenas (Ferrocarriles del Estado de Chile - EFE) y cubanas (Unión Ferrocarriles de Cuba). El material tractivo y rodante que estas empresas poseen se presenta en el Cuadro N° 8.

**Cuadro N° 8**  
MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE DE EMPRESAS LATINOAMERICANAS

	Ferroexpreso Pampeano 1/	Ferrosur Roca S.A. 3/	Ferroviaria Oriental S.A. 5/	Ferrocarriles del Estado de Chile S.A. 6/	Unión Ferrocarriles de Cuba 9/
Locomotoras Diesel	46 <sup>2/</sup>	40 <sup>4/</sup>	28 <sup>2/</sup>	51 <sup>7/</sup>	225 <sup>2/</sup>
Coches			54	122 <sup>8/</sup>	668
Vagones	2200	2470	734		4548
Cubiertos	84	340	446		2540
Abiertos		130	34		1954
Plataforma	123	240	70		
Cisterna	244	180	132		
Tolva	1749	1330	51		
Especiales		250			54

1/ Las vías tienen ancho de trocha de 1676 mm. No se consideran unidades eléctricas

2/ Locomotoras Eléctricas Diesel

3/ Las vías tienen ancho de trocha de 1676 mm. No se consideran unidades eléctricas

4/ 32 Locomotoras se encuentran en servicio de línea y 8 en servicio de maniobra.

5/ Las vías tienen ancho de trocha de 1000 mm. No se consideran unidades eléctricas

6/ Las vías tienen ancho de trocha de 1000 mm o 1676 mm. No se consideran unidades eléctricas

7/ Sólo 18 locomotoras se encuentran en servicio, 33 locomotoras actualmente no estarían operando

8/ Sólo 92 coches se encuentran en servicio, 30 locomotoras actualmente no estarían siendo usados

9/ Las vías tienen ancho de trocha de 1435 mm. No se consideran unidades eléctricas

Fuente: Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles

Finalmente, el material tractivo y rodante que se encuentra en otros ferrocarriles del Perú también debería ser considerado pues puede ser adaptado y usado en el Ferrocarril Sur Oriente. Usar este material implica además bajos costos de traslado por el material. El Tren Macho<sup>12</sup>, por ejemplo, cuenta con 3 locomotoras, 20 coches de pasajeros, 69 de carga y un autovagón<sup>13</sup>. Asimismo, el Ferrocarril Central cuenta al menos por concesión con 20 locomotoras, 816 vagones, 18 coches de pasajeros y 2 de equipaje<sup>14</sup>.

Considerando únicamente el material de las empresas anteriormente señaladas, la participación de FETRANS en material tractivo es de 1.5% y en material rodante es 0.3% (1.6% si se considera sólo coches y 0.2% si se considera sólo vagones). Si bien es posible que no todo el material de estas empresas pueda ser adaptado a las vías del ferrocarril Sur Oriente,<sup>15</sup> lo más probable es que una parte importante de este material sí pueda ser usado. Además, este material corresponde sólo a algunas de las empresas presentes en el mercado.

Por lo tanto, la participación de FETRANS en el mercado relevante es muy reducida.

<sup>11</sup> Cabe resaltar que el mercado ferroviario argentino se encuentra más desarrollado que el peruano, por lo cual, en este país se encuentran empresas orientadas a la adaptación de material tractivo y rodante para ser operado en distintos tipos de trocha.

<sup>12</sup> Tren que une las ciudades de Huancayo con Huancavelica.

<sup>13</sup> Información disponible en <http://www.agenciaperu.com/investigacion/2005/ago/trenmacho.htm>

<sup>14</sup> Fuente: Cepri Data Room - Contrato de Concesión, Datos a Junio de 1998.

<sup>15</sup> Determinar si es posible requiere evaluaciones técnicas que deben hacerse caso por caso.

**Cuadro N° 9**  
**PARTICIPACIÓN RELATIVA DE FETRANS CONSIDERANDO EL MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE DE ALGUNAS**  
**EMPRESAS FERROVIARIAS**

	País	Material Tractivo	Material Rodante		
			Coches	Vagones	Total Mat Rod.
FENASEDAL 1/	El Salvador	1.1%	0.8%	1.4%	1.4%
RENFE	España	48.0%	16.5%	61.7%	58.8%
FEVE	España	4.7%	0.7%	3.3%	3.1%
Ferroextreso Pampeano	Argentina	5.0%	0.0%	7.3%	6.8%
Ferrosur Roca S.A.	Argentina	4.3%	0.0%	8.2%	7.7%
Ferrovial Oriental S.A.	Bolivia	3.0%	2.6%	2.4%	2.4%
Ferrocarriles del Estado de Chile S.A.	Chile	5.5%	5.8%	0.0%	0.4%
Unión Ferrocarriles de Cuba	Cuba	24.3%	32.0%	15.1%	16.2%
Tren Macho	Perú	0.4%	1.0%	0.2%	0.3%
Ferrocarril Central 2/	Perú	2.2%	39.1%	0.1%	2.6%
FETRANS 3/	Perú	1.5%	1.6%	0.2%	0.3%

1/ Se considera como material tractivo las locomotoras; como coches sólo los coches de pasajeros; y como vagones sólo los carros de carga, cola, mixtos y tanques

2/ No se consideran los coches de equipaje, sólo los de pasajeros

3/ Incluye los Autovagones

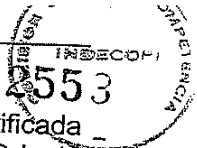
Finalmente, independientemente del mercado relevante que sea definido para este caso, el informe de APOYO Consultoría demuestra que FETRANS alquiló todo el material que le fue concesionado a PERURAIL y esta empresa, a su vez, se encuentra empleándolo en su máxima capacidad. Por lo tanto, no existe material tractivo y rodante disponible para ser alquilado o vendido sin que ello cree un perjuicio a la empresa y al mercado. De esta forma, la negativa de este consorcio por alquilar material tractivo y rodante está justificada por una limitación técnica.

### Conclusiones

Sobre la base de los argumentos anteriormente señalados, consideramos que la Comisión de Libre Competencia debería tener en cuenta los siguientes elementos al resolver:

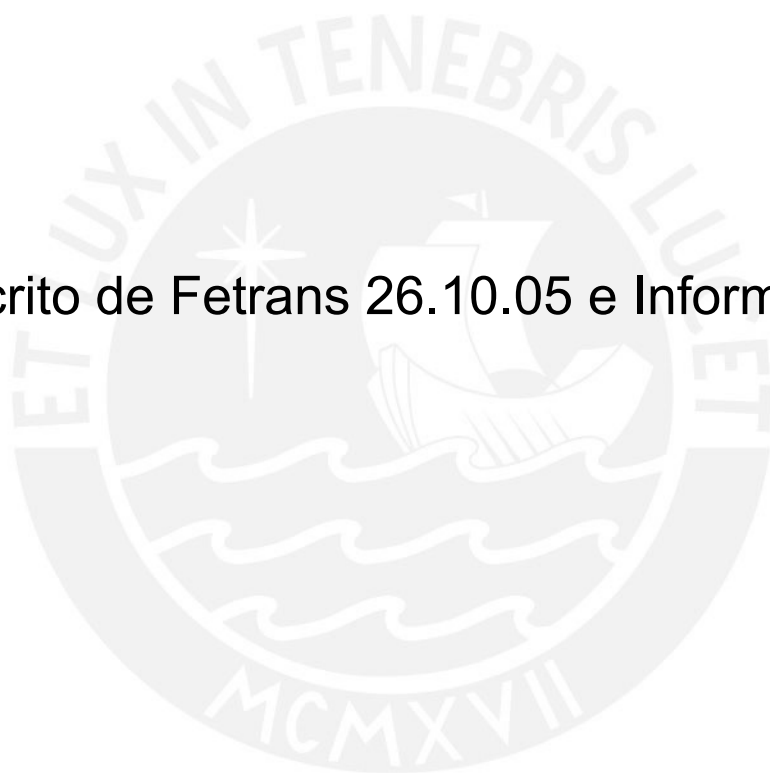
- La Comisión debe pronunciarse sobre los temas referidos a la negativa injustificada de alquilar material tractivo y rodante, y no al contrato de concesión del Ferrocarril Sur Oriente.
- Si bien es posible discutir las ventajas y las desventajas de la estructura del mercado que permitía el contrato de concesión, cambiar este esquema o los objetivos definidos en el contrato de concesión no corresponde al Indecopi.
- No puede considerarse que la compra de material tractivo y rodante constituye una barrera anticompetitiva a la entrada de un operador de transporte ferroviaria pues ésta es una inversión normal en este tipo de negocio. Por lo tanto, reducir estas condiciones sería facilitar artificialmente la entrada de competencia al mercado, el cual no es el objetivo de la Ley de Libre Competencia.
- El mercado relevante que ha definido la ST-CLC es erróneo pues no considera que es posible ingresar a operar con material tractivo y rodante adquirido o adaptado.
- Considerando como parte del mercado relevante a todas las empresas que tengan material tractivo y rodante para una trocha de 914 mm, se demuestra que la participación de FETRANS es mínima.

002553

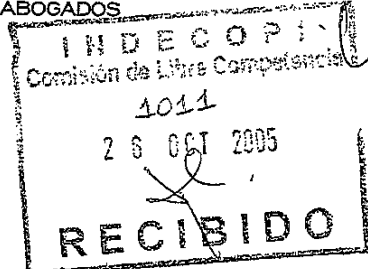


- No puede considerarse que la negativa de alquiler haya sido injustificada pues todo el material que fue concesionado para el Ferrocarril Sur Oriente está siendo empleado por PERURAIL. Cabe resaltar que este material tampoco es suficiente para PERURAIL, por lo cual esta empresa se ha visto en la necesidad de adquirir material de otros países.

16. Escrito de Fetrans 26.10.05 e Informe CIUP

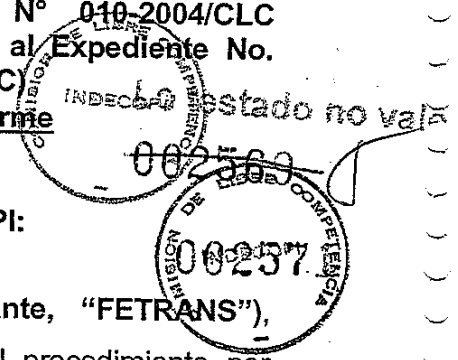






INDECOPI-IP  
REG. TRANSPORTE 12005-120-207870177

Expediente N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente No.  
012-2004/CLC)  
Adjunta Informe



**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

**FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.** (en adelante, "FETRANS"),  
representada por su abogada, Teresa Tovar Mena, en el procedimiento por  
supuesto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, con la finalidad de aportar mayores elementos para ser considerados  
al momento de resolver, adjuntamos al presente escrito el Informe denominado  
"Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de  
Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente  
(Tramo Cuzco – Machupicchu – Hidroeléctrica)", elaborado por el Área de  
Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del  
Pacífico (en adelante, el "Informe").

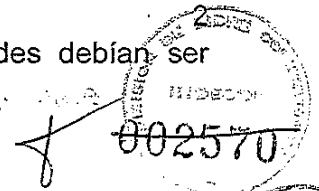
Sin perjuicio que la Comisión realice su propia valoración de dicho Informe,  
consideramos importante resaltar algunos aspectos mencionados por el Centro  
de Investigación de la Universidad Pacífico, resaltando sus principales  
conclusiones.

**1. Modelo de organización del transporte ferroviario y su aplicación en  
el Ferrocarril Sur Oriente**

El Informe señala que en el mundo existen tres tipos de modelos de  
organización para el transporte ferroviario: (i) integración vertical; (ii)  
mercado interno; y, (iii) separación vertical. Según el Informe, el modelo  
aplicable al Ferrocarril del Sur Oriente (en adelante, "FSO") es una  
combinación de elementos del modelo de integración vertical y el modelo  
de separación vertical ya que, si bien se diferencia a la actividad de  
manejo de las vías y a la operación del servicio de transporte, el proceso

5.

de concesión del FSO<sup>1</sup> estableció que ambas actividades debían ser realizadas por empresas vinculadas.



De esta manera, se procuró rescatar las ventajas propias de ambos modelos, buscando *"promover la eficiencia en este sector mediante la participación del sector privado en un esquema que permite aprovechar las ventajas de la integración vertical, y, paralelamente, permitir una mejor supervisión mediante el hecho de separar las cuentas correspondientes a cada actividad"*<sup>2</sup>.



Por otro lado, el Informe precisa que el principal objetivo del proceso de concesión es claro y consiste en promover la inversión privada para reconstruir y mantener la infraestructura ferroviaria. En este sentido, la Universidad del Pacífico coincide con la opinión de Apoyo Consultoría<sup>3</sup> y con lo sostenido por nosotros en escritos anteriores, que el principal objetivo del proceso de concesión del FSO, no estaba orientado a generar competencia en el servicio de transporte (como alega el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST expedido por la Secretaría Técnica de la Comisión), sino por el contrario, atraer a inversionistas privados para mejorar la infraestructura ferroviaria.

Asimismo, el proceso de concesión diferenció las actividades de infraestructura ferroviaria del servicio de transporte ferroviario, puesto que mientras que la naturaleza de la primera actividad se caracteriza por ser un monopolio natural, ello no ocurre con el servicio de transporte, que puede ser brindado por más de una empresa ferroviaria, cumpliendo con condiciones de seguridad y con los cargos de acceso fijados por el operador de la infraestructura.

En vista de esta separación de actividades, el Informe concluye que la regulación de la materia considera que el material tractivo y rodante no

<sup>1</sup> Mediante Circular No. 17 y No. 73, emitidas antes de la entrega en concesión de la administración del FSO.  
<sup>2</sup> Página 20 del Informe.

forma parte de la infraestructura ferroviaria, sino del servicio de transporte, y es por ello que requiere que el operador del servicio de transporte ferroviario cuente con un Permiso de Operaciones<sup>3</sup>, que detalle el material tractivo y rodante con el que cuenta el potencial operador<sup>5</sup>.

Asimismo, la Universidad del Pacífico concuerda con nuestra opinión emitida a lo largo del procedimiento, en lo que se refiere a que no existe ninguna obligación contractual de alquilar el material tractivo y rodante entregado en concesión a FETRANS<sup>6</sup>.

## 2. FETRANS no tiene posición de dominio en el mercado relevante

El Informe desvirtúa la errónea creencia de la Secretaría Técnica en torno a que el mercado de material de transporte ferroviario requerido para la FSO se restringe a los equipos recibidos por FETRANS como parte de la concesión, y que por ello, ejerce posición de dominio en el mercado.

En efecto, en el Informe se afirma que la Secretaría Técnica no ha realizado un estudio del mercado relevante para el material tractivo y rodante que tome en cuenta los sustitutos disponibles. Para demostrar la equivocación en la que incurrió el mencionado órgano instructor, en el

<sup>3</sup> En su Informe denominado "Comentarios Adicionales sobre el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST que propone sancionar a FETRANS por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas", presentado mediante escrito de fecha 05 de octubre de 2005.

<sup>4</sup> Decreto Legislativo No. 690

Artículo 4.- El servicio de transporte ferroviario puede, ser libremente prestado 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.

Decreto Supremo N° 027-99-MTC

Artículo 13.- Otros requisitos para prestar el servicio de transporte

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 con informar a la Dirección General de Circulación Terrestre y al Organismo Supervisor de Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público -OSITRAN-, lo siguiente:

(...)

b) El detalle del material tractivo y rodante a utilizar.

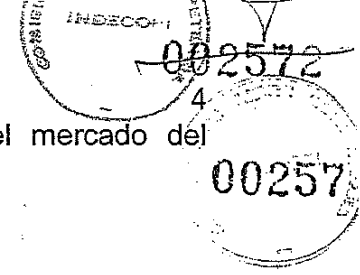
(...)

La información a que aluden los incisos b), c) y d) precedente, también deberá ser puesta en conocimiento del concesionario que haya suscrito contrato con el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

<sup>5</sup> Página 7 del Informe: "La ley no considera el material tractivo y rodante como parte de la infraestructura, sino como parte de los activos con los que debe contar la empresa ferroviaria interesada en brindar el servicio de transporte".

<sup>6</sup> Expresamente el Informe señala: "Por otro lado, la cláusula duodécima, que establece las obligaciones del concesionario, solo menciona entre estas el ingreso a la vía férrea y la no interrupción del tránsito, y la provisión de información. Por consiguiente, son estos los únicos deberes que establece explícitamente el contrato de concesión. Dado que no se menciona la adquisición del material tractivo y rodante por parte del operador, se puede deducir que la obtención de estos equipos no es responsabilidad del concesionario".

Informe se considera necesario realizar un análisis del mercado del producto y el área geográfica.



**a) Mercado de producto**

Al respecto, el Informe señala que cualquier empresa ferroviaria, deseosa de entrar en la actividad de transporte ferroviario, puede adquirir el material tractivo y rodante necesario a través de dos fuentes: (i) el mercado de productos nuevos; y, (ii) el mercado de locomotoras y vagones usados.

En el primero caso, existen empresas fabricantes que se encuentran dispuestas a entregar material nuevo con las condiciones requeridas para prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO, y el mejor ejemplo de ello es que PERURAIL S.A. (nuestra empresa vinculada que efectúa el servicio de transporte ferroviario) realizó una compra de esta naturaleza, demostrando la factibilidad real de dicha adquisición.

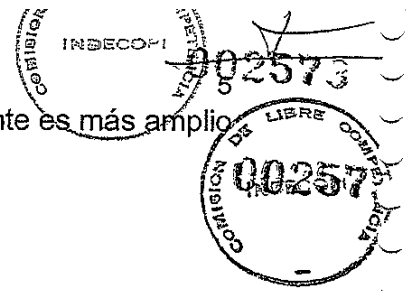
Además, respecto del segundo mercado, el Informe precisa que muchas empresas ferroviarias descartan cada determinado tiempo su material ferroviario, ofreciéndolo a empresas intermediarias que se encargan de conseguir compradores, permitiendo que los adquirentes consigan estándares equivalentes a los presentados por los equipos nuevos, pero a un precio menor<sup>7</sup>. Este material puede ser adaptado para adecuarse a los requerimientos del FSO<sup>8</sup>.

Todo lo mencionado demuestra la existencia de sustitutos reales y viables al alquiler de material tractivo y rodante concesionado a

<sup>7</sup> El Informe se basa en un artículo publicado en la edición del mes de junio 2000, en la revista *Railway Age*, disponible en: <http://www.railwayage.com/jun00/components.html>.

<sup>8</sup> Según el Informe, las pruebas innegables de la disponibilidad de sustitutos para el alquiler del material tractivo y rodante entregado en concesión a FETRANS son: (i) las compras realizadas por PERURAIL de dos ferrobuses en Bolivia y seis coches en Singapur, en el año 2001 y 2003, respectivamente; (ii) la rehabilitación realizada por PERURAIL a tres coches y una locomotora provenientes del Ferrocarril del Sur; (iii) el memorándum de la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF) de fecha 17 de febrero de 2005, en el que se señala que la transformación del material tractivo y rodante de trochas anchas mayores a trocha de 914 mm es técnicamente factible, comentando los casos de Brasil y Argentina; y, (iv) el proyecto de rehabilitación del ferrocarril Huancayo – Huancavelica (Tren Macho), que tiene el mismo ancho de trocha, lo cual ha permitido que la empresa Ferrocarril Español de Vía Estrecha refaccionará dos locomotoras, un autovagón, seis coches de pasajeros y seis de carga.

FETRANS, por lo que el mercado de producto relevante es más amplio que el señalado por la Secretaría Técnica.



**b) Mercado geográfico**

Por lo señalado en el punto a), el Informe concluye que el mercado geográfico relevante para el presente caso se encuentra en el ámbito mundial. Entre las empresas ferroviarias que cuentan con trocha de 914 mm se encuentran los siguientes países: Colombia, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Perú, Argentina, Brasil, Chile, Bolivia, China, Australia, Sudáfrica, Estados Unidos, España, Canadá, y Alemania, entre otros.

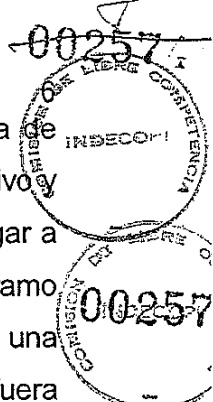
Por ello, el Informe analizado considera que *“el mercado relevante para la adquisición de material tractivo y rodante es lo suficientemente amplio como para que una potencial competidora con conocimiento del negocio ferroviario interesada en prestar el servicio de transporte a pasajeros pueda ingresar a la ruta Cusco – Machu Picchu sin obstáculos”*<sup>9</sup>. Por último, indica el Informe, tal como lo ha constatado Apoyo y lo hemos puntualizado nosotros, que incluso un potencial entrante al mercado puede optar por usar otros coches y locomotoras de otros ferrocarriles nacionales que se encuentren en desuso.

**3. El material tractivo y rodante no constituye un costo hundido**

Se entiende que cuando el ingresar a un mercado involucra una inversión en un activo que no permite un uso alternativo, se estaría ante un costo hundido, lo que terminaría por establecer barreras de acceso al mercado.

Sin embargo, el Informe ha demostrado que esto no ocurre en el caso de la inversión en material tractivo y rodante, puesto que puede ser vendido a otros operadores, independientemente del ancho de la trocha que requieran, en tanto la adaptación a cualquier tamaño es una posibilidad real.

Asimismo, no es una posibilidad extremadamente onerosa, y prueba de ello es que PERURAIL realiza el mantenimiento anual al material tractivo y rodante que alquila de FETRANS, en la ciudad de Arequipa. Para llegar a esa ciudad, debe transformar el ancho de la trocha, dado que el tramo Arequipa – Cusco es de tamaño de trocha estándar. Esto implica que una vez al año ocurre esta transformación, y que si el costo de ello fuera demasiado alto, se optaría por trasladar los talleres a Cusco en vez transportar el material tractivo y rodante a Arequipa, lo que no ha sucedido.



#### 4. El material tractivo y rodante no constituye una facilidad esencial

El Informe, recogiendo la doctrina imperante en el tema, ha señalado como requisitos para que un activo constituya una facilidad esencial que: (i) la facilidad debe ser controlada por una empresa dominante; (ii) las empresas competidoras carezcan de habilidad real para reproducir la facilidad; (iii) el acceso a la facilidad sea indispensable para poder competir en el mercado; y, (iv) que sea factible otorgar el acceso a la facilidad<sup>10</sup>.

En el caso de FETRANS, el Informe ha determinado que dicha empresa no ostenta posición de dominio en el mercado de venta de material tractivo y rodante en el ámbito mundial. Por ello, al no cumplirse con esta condición, no es posible aplicar el concepto de facilidad esencial al presente caso.

Asimismo, el Informe ha elaborado una simulación de ingreso, por parte de un nuevo operador, al mercado en cuestión, demostrando cómo adquiriendo material tractivo y rodante nuevo, puede obtener una rentabilidad positiva. En virtud de ello, el Informe<sup>11</sup> considera que:

<sup>9</sup> Página 13 del Informe.

<sup>10</sup> Para ello, aplicando dicho criterio al caso en concreto, el Informe señala que se debe cumplir con tres consideraciones: (i) que la empresa que opera en el mercado aguas arriba y aguas abajo sea dominante en el mercado aguas arriba; (ii) que la facilidad sea verdaderamente esencial; y, (iii) que dicha empresa carezca de una justificación objetiva para negarse a negociar la facilidad esencial.

<sup>11</sup> Página 17 del Informe.

002575  
INDECOPI  
La Jirada  
002575

"El servicio de transporte ferroviario en el FSO puede ser considerado, por lo tanto, como un mercado disputable. Este tipo de mercado se caracteriza por la inexistencia de barreras a la entrada, de modo que **siempre está abierto al ingreso de un nuevo operador que esté dispuesto a realizar una inversión lo suficientemente grande como para que su operación sea rentable**". (Resaltado y subrayado agregados)

La existencia de una entrada potencial de un competidor genera incentivos para que PERURAIL establezca sus precios a un nivel competitivo. De esta manera, no estaría generando incentivos en potenciales entrantes para que ingresen a competir en el mercado, como ocurriría si hubieran ganancias monopólicas.

En efecto, muestra de ello es el aumento en la "producción" del servicio, cuando lo que hace una empresa en situación monopólica, es lo contrario: reduce su producción (que en este caso es la prestación del servicio de transporte ferroviario), para fijar sus precios por encima del nivel competitivo. En cambio, el número de pasajeros transportados por el FSO ha aumentado en 35% desde el inicio de sus operaciones en el año 2000, hasta fines del 2004<sup>12</sup>. **Es por esta razón que se explicaría por qué no ingresan competidores a prestar servicios en el FSO y no, como lo afirma la Secretaría Técnica, porque existan barreras que obstaculicen la entrada de nuevos agentes al mercado de transportes.**

Por otro lado, el Informe analiza el *Caso European Night Services*, en el mismo sentido que lo hicimos en nuestro escrito de alegatos, llegando a una idéntica conclusión: que el material tractivo y rodante no es una facilidad esencial. Así, en el Informe también se concluye que, si una compañía tiene posición de dominio, supuesto negado en el caso de FETRANS, ésta podría negarse a contratar en el caso que no se encuentre disponible la facilidad esencial.

<sup>12</sup> Página 18 del Informe.

002576  
COMISION DE LIBRE COMPETENCIA INDECOPI  
LIBRE COMPETENCIA INDECOPI  
002576  
COMISION DE LIBRE COMPETENCIA INDECOPI

Ello también ocurre en el caso de FETRANS, puesto que el material tractivo y rodante se encuentra alquilado totalmente a PERURAIL, quien además, se encuentra haciendo uso de dicho material al 100%. Es así el Informe concluye, en el mismo sentido que Apoyo y nosotros, que inclusive en el supuesto negado que FETRANS tuviera posición de dominio, su negativa a contratar se encontraría justificada.

**5. Costo del alquiler real entre FETRANS y PERURAIL**

Por último, cabe destacar que el Informe rescata que el contrato de alquiler del material tractivo y rodante establece dos tipos de costos: la tarifa correspondiente por el uso de cada equipo, que depende del kilometraje recorrido; y, los gastos de reparación y mantenimiento requeridos por el material mientras se encuentre en uso.

Es así que nuevamente queda desvirtuado lo señalado por la Secretaría Técnica en el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST, al interpretar que el único costo en el cual incurriría un operador al entrar al mercado alquilando material tractivo y rodante de FETRANS, sería el que dicha empresa le cobra a su vinculada PERURAIL.

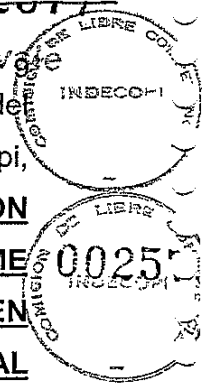
De esta manera, tomando en cuenta los gastos de reparación y mantenimiento del material rodante y tractivo, para tener un funcionamiento normal, el costo por el uso de dicho material llega a triplicar el alquiler que fue estipulado en el contrato de arrendamiento, en el caso de locomotoras y autovagones, e incluso llega a ser cuatro veces mayor en el caso de los coches.

**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:** Que, se declare que FETRANS no ha infringido las normas sobre libre competencia y, en consecuencia, se declare infundada la denuncia presentada en nuestra contra.



El testado no vige



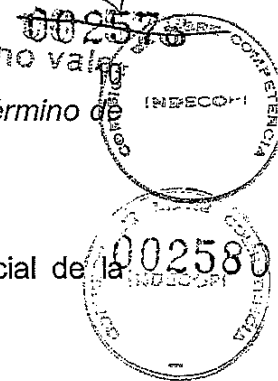
**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, de conformidad con el artículo 6° de Decreto Legislativo N° 807<sup>13</sup>, Ley sobre Organización y Funciones del Indecopi, **SOLICITAMOS QUE LA COMISIÓN DECLARE COMO INFORMACIÓN RESERVADA LAS SECCIONES CONFIDENCIALES DEL INFORME DENOMINADO “ANÁLISIS DE LA PRESUNTA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE SERVICIOS DE ARRENDAMIENTO DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE EN EL FERROCARRIL SUR ORIENTE (TRAMO CUZCO – MACHUPICCHU – HIDROELÉCTRICA)” ELABORADO POR EL ÁREA DE ECONOMÍA DE LA REGULACIÓN DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO** –secciones que son tachadas con el símbolo XX-, para lo cual estamos adjuntando dos versiones de dicho informe: una confidencial y otra no confidencial.

Nuestra solicitud se sustenta en que la información, cuya reserva se solicita, constituye secreto comercial en tanto que está referida a aspectos comerciales que no deben ser conocidos por terceros pues ello generaría un perjuicio irreparable a nuestra empresa. En efecto, las cifras contenidas en la versión confidencial del Informe le otorgarían una ventaja a cualquier potencial entrante al mercado, cuando son fruto de la experiencia y esfuerzo de FETRANS y, además, contienen cifras relacionadas con la estructura de costos de nuestra empresa.

Al respecto, en los Lineamientos sobre Información Confidencial de la Comisión de Libre Competencia se señala que: *“Se considera secreto comercial aquella información cuya importancia para el desarrollo de las actividades empresariales obliga a las firmas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa. Tal es el caso de los aspectos relativos a la*

<sup>13</sup> Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi  
Artículo 6.- La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad. Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los miembros y personal encargados del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio.

Lo testado no vale



estrategia competitiva, datos relacionados a la estructura de costos, término de negociación y condiciones contractuales acordados, etc.”

Finalmente, cumplimos con adjuntar un resumen no confidencial de la información cuya reserva se solicita.

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos al presente, los siguientes documentos:

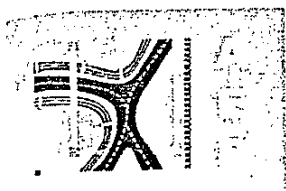
1. Un sobre cerrado con la versión confidencial del Informe denominado “Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente (Tramo Cuzco – Machupicchu – Hidroeléctrica)” elaborado el Área de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. (Anexo 1-A)
2. La versión no confidencial del Informe denominado “Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente (Tramo Cuzco – Machupicchu – Hidroeléctrica)” elaborado el Área de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. (Anexo 1-B)
3. Un resumen no confidencial de los documentos cuya reserva se solicita. (Anexo 1-C)

**TERCER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copia del presente escrito y sus recaudos.

Lima, 24 de octubre de 2005

*Teresa Tovar*  
 TERESA TOVAR MENA  
 ABOGADA  
 C.A.L. 19018  
 Estudio Luis Echecopar García S.Civ.R.L.

**LAS FOJAS 2581 A 2604  
SE ENCUENTRAN EN  
EXPEDIENTE  
CONFIDENCIAL DE  
FETRANS**



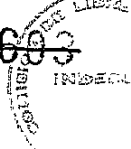
Area de Economía de la Regulación



UNIVERSIDAD DEL PACIFICO

Lo testado no vale

~~002603~~



CENTRO DE INVESTIGACIÓN



**ANÁLISIS DE LA PRESUNTA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO DE SERVICIOS DE ARRENDAMIENTO DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE EN EL FERROCARRIL SUR ORIENTE (TRAMO CUZCO- MACHUPICCHU- HIDROELÉTRICA)**

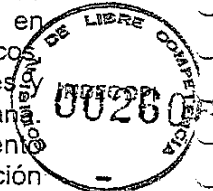
Versión no confidencial

Octubre de 2005



CENTRO DE INVESTIGACIÓN

El Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP) es una unidad interdepartamental e interfacultativa de la Universidad del Pacífico. Fue creado en 1972, con la misión principal de estudiar los más importantes problemas económicos, sociales y de gestión empresarial del Perú, así como también aportar soluciones y alternativas viables que permitan mejorar el bienestar general de la población peruana. Las actividades y estudios desarrollados por el CIUP cuentan con el financiamiento interno de la Universidad del Pacífico, y con fondos provenientes de la cooperación internacional y de otras instituciones nacionales e internacionales. Actualmente, el CIUP está conformado por 40 profesores de los diversos Departamentos Académicos de la Universidad del Pacífico, así como también por investigadores visitantes pertenecientes a otros centros y universidades tanto nacionales como extranjeros. El CIUP, igualmente, está integrado por cerca de 70 asistentes de investigación, muchos de los cuales son estudiantes o jóvenes recientemente graduados. Las labores de investigación están divididas en las siguientes áreas: Economía de la Regulación, Economía de los Recursos Naturales y del Ambiente, Economía y Negocios Internacionales, Gestión Empresarial, Macroeconomía y Política Económica, y Política Social, Desarrollo Humano y Sociedad Civil. Con el fin de publicar y difundir estudios y reflexiones realizados en forma rigurosa sobre temas del área de las ciencias sociales, el CIUP publica la revista semestral Apuntes. Asimismo, publica la revista trimestral Punto de Equilibrio, que busca analizar los últimos acontecimientos, tanto nacionales como internacionales. También se difunden los resultados de los estudios a través de talleres, conferencias y seminarios.



**Investigador Principal:**

**Jorge Fernández-Baca**

Candidato a Doctor en Economía de la Investigación y el Desarrollo por la Universidad de París I y el Instituto Nacional de Ciencias Técnicas y Nucleares de Saclay, Francia (INSTN), y Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico. Profesor Principal de la Universidad del Pacífico y coordinador del área de Economía de la Regulación en el Centro de Investigación de dicha universidad. Miembro del Cuerpo Colegiado (CCO) del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL). Ha sido Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Sus investigaciones están orientadas a los temas de regulación de servicios públicos y regulación antimonopólica. Ha publicado los libros "Experiencias de Regulación en el Perú (2005)", "Dinero, Banca y Mercados Financieros" (2003), "Dinero, Precios y Tipo de Cambio" (2000, 3ª edición), y "Microeconomía: Teoría y Aplicaciones" (2000, 2 vols.), y "Organización Industrial" (en imprenta)



CENTRO DE INVESTIGACION

Investigador Asociado

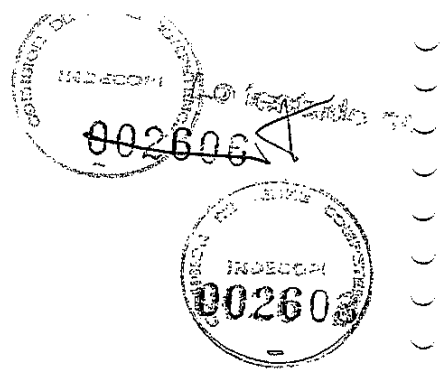
Carmen Astorne

Bachiller en Economía por la Universidad del Pacífico. Profesora del curso Microeconomía para los Negocios, e Investigadora Asociada en el Área de Regulación, en el marco del Programa de Entrenamiento Docente (PED) de la Universidad del Pacífico. Se ha desempeñado como asistente en las áreas de Economía de la Regulación, Economía Ambiental y Economía Internacional. Actualmente colabora en el área de Economía de la Regulación. Ha publicado el documento de trabajo "Efectos Macroeconómicos del Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos" (2004), con Bruno Seminario, Martha Rodríguez y Oswaldo Molina. Ha colaborado en diversos trabajos de consultoría relacionados con el derecho de la competencia con Jorge Fernández-Baca.



CENTRO DE INVESTIGACION

# ÍNDICE



## RESUMEN EJECUTIVO

1. Objetivo del estudio
2. Modelos de organización de transporte ferroviario
3. Los objetivos del proceso de concesión del FSO
4. La supuesta posición de dominio de Fetrans y Perurail en el mercado de material tractivo y rodante
  - 4.1. El mercado relevante para la adquisición del material tractivo y rodante
  - 4.2. La inversión en material tractivo y rodante como un costo hundido
5. La supuesta naturaleza de "facilidad esencial" del material tractivo y rodante
  - 5.1. Criterios económicos que sustentan la doctrina de la "facilidad esencial"
  - 5.2. Aplicabilidad de la teoría de la facilidad esencial al caso del material tractivo y rodante
  - 5.3. Simulación del ingreso de un nuevo operador
6. El caso de European Night Services: una experiencia similar
7. Las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante de FTSA a Perurail
8. Conclusiones
9. Bibliografía

## ANEXO



## RESUMEN EJECUTIVO

El presente estudio tiene como principal objetivo analizar las condiciones bajo las cuales operan Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans) y Perurail como arrendador y arrendatario, respectivamente, del material tractivo y rodante del Ferrocarril Sur Oriente (FSO) que fue entregado en concesión a la primera, con el fin de determinar si existe o no posición de dominio en este mercado.

En primer lugar, existen tres principales modelos de organización del sector ferroviario que se aplican en el mundo: el de integración vertical, el de mercado interno, y el de separación vertical. Entre estos, el que predomina en el mundo es el de integración vertical, que consiste en otorgar a una misma empresa el control sobre la infraestructura ferroviaria y la operación del servicio de transporte. Sin embargo, algunos países han aplicado una variante de este modelo, que incluye ciertas características del modelo de separación vertical, que permite la competencia en la prestación del servicio de transporte bajo ciertos parámetros.

El modelo aplicado en el proceso de concesión del FSO combina elementos de los modelos de integración vertical y de separación vertical, ya que, si bien identifica como dos actividades distintas al manejo de las vías y a la operación del servicio de transporte, dispone que ambas sean realizadas por dos empresas vinculadas, tal como lo señalan las bases del proceso de concesión y lo exige la circular No.73, emitida durante el proceso de concesión de la administración del FSO. En este sentido, se buscó promover la eficiencia en este sector mediante la participación del sector privado en un esquema que permite aprovechar las ventajas de la integración vertical, y, al mismo tiempo, permitir una mejor supervisión mediante el hecho de mantener separadas las cuentas correspondientes a cada actividad.

Dado que el modelo implementado en el Perú tiende a la integración vertical, es necesario determinar si existe una posición de dominio que pudiese obstaculizar la entrada de un potencial competidor al mercado de servicios de transporte; es decir, si el hecho que todo el material tractivo y rodante del FSO sea alquilado a una sola empresa, que en este caso está vinculada al concesionario de dicho material, impide el ingreso de otro operador. Sin embargo, el mercado de material tractivo y rodante se extiende en el ámbito mundial y presenta diferentes alternativas de adquisición. Por consiguiente, se puede afirmar que, al existir sustitutos cuya compra es factible, no existe posición de dominio por parte de Fetrans en este mercado.

Asimismo, la existencia de sustitutos razonables del material tractivo y rodante permite descartar la idea que este constituye una facilidad esencial que obstaculice la entrada de otros operadores. Con el propósito de ratificar esta afirmación, sobre la base de la información disponible, se construyó un modelo de entrada al mercado de servicios de transporte ferroviario, que implica utilizar dos autovagones para prestar el servicio. Estos resultados, a su vez, permiten constatar que se trata de un mercado disputable, donde el incumbente, ante la amenaza de entrada de otro operador y la imposibilidad de bloquearle el ingreso, decide fijar sus precios en el nivel competitivo. Prueba de ello es el incremento en 35% en el transporte de pasajeros desde el inicio de operaciones de Perurail en el año 2000 hasta fines del año 2004.

Un caso donde se realizó un contrato de alquiler similar al que se aplica entre Fetrans y Perurail es el de European Night Services (ENS). La resolución de la Corte europea corrobora la conclusión anterior con respecto a que el material tractivo y rodante no constituye una facilidad esencial, y que, en consecuencia, los contratos de alquiler de



CENTRO DE  
INVESTIGACION



~~002608~~

este material entre empresas vinculadas no obstaculizan la posibilidad de competencia en el servicio de transporte ferroviario.

Por último, se examinó la composición del costo del alquiler del material en cuestión, con el objeto de determinar el gasto en que efectivamente incurre Perurail, y que, consecuentemente, tendría que afrontar cualquier operador bajo las mismas condiciones. Este costo no solo comprende el monto pagado por concepto de alquiler, sino también los gastos de reparación y mantenimiento que requieren estos equipos para su normal funcionamiento. Tomando en cuenta estos últimos gastos, se determinó que este llega incluso a triplicar el alquiler estipulado en el contrato de arrendamiento en el caso de las locomotoras y los autovagones, y que puede resultar hasta cuatro veces mayor en el caso de los coches.



CENTRO DE INVESTIGACION

## 1. Objetivo del estudio

El presente estudio tiene como principal objetivo analizar las condiciones bajo las cuales operan Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans) y Perurail como arrendador y arrendatario, respectivamente, del material tractivo y rodante del Ferrocarril Sur Oriente (FSO) que fue entregado en concesión a la primera, con el fin de determinar si existe o no posición de dominio en este mercado.

En primer lugar, se examinan los principales modelos de organización del sector ferroviario que se aplican en el mundo. Luego, sobre la base de los objetivos del proceso de concesión del FSO, se busca determinar cuál de estos modelos ha sido aplicado al caso peruano. Dado que el modelo implementado en el Perú tiende hacia la integración vertical, es necesario determinar si existe una posición de dominio que pudiese obstaculizar la entrada de un potencial competidor al mercado de servicios de transporte; es decir, si el hecho que todo el material tractivo y rodante del FSO sea alquilado a una sola empresa, que en este caso está vinculada al concesionario de dicho material, impide el ingreso de otro operador. Este análisis requiere determinar si el control sobre este material constituye o no una barrera a la entrada explicada por la doctrina de la facilidad esencial. Una vez descartada esta hipótesis, se evalúan las condiciones bajo las cuales podría ingresar un nuevo competidor. Por otro lado, con fines ilustrativos, se presenta el caso de European Night Services (ENS), donde se realizó un contrato de alquiler similar al que se aplica entre Fetrans y Perurail, y se resumen brevemente los argumentos que explican la resolución de la corte europea con respecto a los temas comunes entre ambos casos. Por último, se examina la composición del costo del alquiler del material en cuestión, con el objeto de determinar el gasto en que efectivamente incurre Perurail, y que, consecuentemente, tendría que afrontar cualquier operador bajo las mismas condiciones.

## 2. Modelos de organización de transporte ferroviario<sup>1</sup>

Los esfuerzos que se vienen realizando en el mundo para modernizar e introducir competencia en el sector ferroviario se han llevado a cabo bajo la aplicación de distintos modelos que difieren entre sí según la propiedad y el control de los activos involucrados. Existen tres modelos básicos, cuyas características serán detalladas a continuación.

### a) Modelo de integración vertical

Es el modelo tradicional, donde una sola empresa controla tanto la infraestructura como el manejo de los servicios de transporte ferroviario. Las principales ventajas de este modelo son que permite una planeación integrada de las operaciones, que favorece las inversiones de largo plazo, y que reduce los costos de transacción. Cabe destacar que el hecho que la propiedad de la infraestructura y los servicios de transporte pertenezcan a una misma empresa no implica necesariamente que haya monopolio en este último mercado, ya que pueden surgir acuerdos de accesibilidad a las vías férreas entre las distintas empresas regionales. Tal es el caso de Amtrak en Estados Unidos, que presta servicios de transporte de pasajeros utilizando las vías férreas que pertenecen a empresas prestadoras de servicios de transporte de carga.

b) Modelo de mercado interno

Este modelo identifica los diferentes mercados que utilizan la infraestructura ferroviaria, como, por ejemplo, el transporte de carga y el transporte de pasajeros local o de larga distancia, y asigna cada uno de ellos a una empresa distinta. Estas empresas pagan un alquiler por el uso de la infraestructura a una entidad regional. Este modelo fue aplicado en Gran Bretaña, y, posteriormente, en España, Holanda y Alemania. Sus principales ventajas son que provee incentivos comerciales, que facilita la integración de los servicios, y que minimiza los costos de coordinación. Por otro lado, la dificultad para asignar el costo correspondiente a cada servicio por utilizar los activos de uso común, así como la falta de competencia en cada mercado específico constituyen sus principales desventajas.

c) Modelo de separación vertical

En este modelo, el manejo de toda la infraestructura es encargado a una sola empresa y los prestadores de servicios de transporte pagan una tarifa a esta empresa para acceder a la infraestructura. El principal objetivo de esta separación es permitir la competencia en los servicios de transporte. No obstante, no excluye la posibilidad que el operador de la infraestructura desarrolle también servicios de transporte. Los principales beneficios que ofrece este modelo son que permite la especialización y que promueve la competencia. Sin embargo, genera complicaciones en la asignación de horarios y espacios, y dificulta el planeamiento de las inversiones y la integración de las tarifas.

La experiencia latinoamericana de concesiones en el sector se ha basado principalmente en el primer modelo, como es el caso de Argentina, Brasil, Bolivia, Guatemala y México. Sin embargo, además del Perú, Chile y Colombia han implementado modelos que combinan elementos de la integración y de la separación vertical. Por ejemplo, en el caso de Chile, Ferrocarriles del Estado se encarga del manejo de las vías principales y de la provisión del servicio de transporte de pasajeros, mientras que la empresa privada Ferrocarril del Pacífico, que solo realiza el servicio de transporte de carga, maneja las vías secundarias y paga a la empresa estatal un cargo por el acceso a las vías principales. En cambio, Colombia, en un inicio, aplicó el modelo de separación vertical, manteniendo el manejo de las vías en manos de la empresa estatal Ferrovías y asignando la operación del servicio de transporte a un consorcio mixto, la Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario. No obstante, debido a los malos resultados de este modelo, se separó la red ferroviaria en dos tramos, que fueron otorgados en concesión por separado a empresas verticalmente integradas, con la opción de ingreso de terceros operadores.

En todos los casos en que se ha optado por el modelo de integración vertical, o bien no existe acceso para terceros, o bien este es opcional, según el criterio del operador. En este sentido, la evidencia parece indicar que, debido a la presencia de economías de densidad y a la existencia de competencia intermodal (ya sea efectiva o potencial), es poco probable que resulte beneficiosa la competencia entre dos o más operadores, salvo que puedan mover grandes volúmenes. De ello se desprende que la concesión otorgada a una sola empresa integrada verticalmente sea la mejor alternativa para la mayoría de países.

### 3. Los objetivos del proceso de concesión del FSO

En el mes de junio del año 1991, el Estado, mediante el Decreto Legislativo N° 690, declaró de preferencia interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria. Los motivos

por los cuales se emitió este decreto se encuentran expresados en los considerandos resumidos a continuación. En primer lugar, el Estado reconoce que el sector público ha sido ineficiente en el manejo de la actividad ferroviaria, y que esto ha traído como consecuencia el deterioro por falta de mantenimiento de la infraestructura de este sector. Así, por ejemplo, en año 1996 solo el 6% de las vías se encontraba en buen estado, debido, entre otras razones, a que Enafer registraba pérdidas por 152 millones de soles. Por este motivo, se declaró de preferente interés nacional promover la participación del sector privado en la actividad ferroviaria. Para este propósito, se diferenciaron las actividades vinculadas a la infraestructura ferroviaria del servicio de transporte en sí para que resulte viable permitir la libre competencia de operadores privados en esta última actividad, con el fin de mejorar la calidad de dicho servicio.

Esta diferenciación del manejo de la infraestructura ferroviaria y de la prestación de servicios responde a la naturaleza de cada una de estas actividades. En efecto, dada la magnitud de la inversión que se requiere para replicar la red de vías férreas, esta se caracteriza como un monopolio natural. En cambio, el servicio de transporte puede ser brindado por más de una empresa ferroviaria siempre que esta cumpla con las condiciones de seguridad y con los cargos de acceso fijados por el operador de infraestructura.

Cabe precisar que, en el artículo segundo de la referida ley, se considera dentro de la infraestructura ferroviaria a las vías férreas permanentes, al ancho de la zona del ferrocarril, a los terraplenes, puentes, túneles, rieles y durmientes, así como a las instalaciones complementarias, que comprende, patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal. Por otro lado, el mismo artículo define como servicio de transporte a todas las actividades necesarias para el movimiento de pasajeros y de carga, así como a las operaciones relacionadas con el material rodante y los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad. En cuanto a este último punto, cabe destacar que en la regulación correspondiente (D.S. N° 027-99-MTC) se señala que el Permiso de Operaciones faculta al titular a prestar los servicios de transporte siempre que este haya cumplido con presentar, entre otros requisitos, el detalle del material tractivo y rodante, así como de la tripulación que utilizará para la prestación del servicio.

De esta distinción se deduce que la ley no considera el material tractivo y rodante como parte de la infraestructura, sino como parte de los activos con los que debe contar la empresa ferroviaria interesada en brindar el servicio de transporte. Esta división se ratifica en la cláusula primera de definiciones y reglas de interpretación del contrato de concesión firmado el 19 de julio de 1999.

Por otro lado, debe tomarse en cuenta que, si bien el Estado diferenció las actividades vinculadas a la infraestructura ferroviaria y los servicios de transporte, en el momento de convocar a la concesión, exigió que ambas fuesen realizadas por empresas vinculadas. En efecto, las bases de la concesión establecen que "... el postor (...) deberá presentar (i) una declaración jurada que acredite dicha experiencia [en la administración de infraestructura vial ferroviaria y servicios de transporte ferroviario] y precise su compromiso de actuar como administradora de la infraestructura vial ferroviaria y de los servicios de transporte ferroviario..."<sup>2</sup>. Además, en el numeral 8.3.1. de las mismas bases de la concesión se reconoce la posibilidad de que el concesionario contrate servicios de terceros para administrar la infraestructura y los servicios de transporte, e incluso menciona la posibilidad de que estos sean empresas vinculadas. Es decir, en ningún momento del proceso de concesión se estableció

<sup>2</sup> CERRILLENATER (1998), numeral 5.1.2.3.



como objetivo que el concesionario de la infraestructura y el operador del servicio de transporte fuesen empresas no vinculadas.

Con el objeto de facilitar la regulación, dado que se había establecido la diferenciación de ambas actividades mediante el Decreto Supremo 690, resultaba conveniente que las cuentas correspondientes a ambos servicios estuviesen debidamente separadas. En esta línea, se emitió la circular N° 17 el 15 de marzo de 1999, que obliga al concesionario, o bien a contratar, o bien a constituir una persona jurídica que actúe como operador del servicio de transporte, y que ratifica las obligaciones del concesionario tal como fueron planteadas en las bases. Sin embargo, el Estado peruano consideró conveniente que quien obtuviese la concesión de las vías se responsabilizara también por la prestación del servicio de transporte. Por ello, el 3 de setiembre de 1999, antes de la firma del contrato, el Comité Especial publicó la circular N° 73, que precisa la forma legal específica que deben adoptar el operador y el concesionario:

*"El Comité Especial precisa que, a la Fecha de Cierre, el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditar el Concesionario que se ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea, deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario, de forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participacionistas con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales"<sup>3</sup>.*

Lo mismo ha ocurrido en el caso del sector eléctrico, donde, a pesar de que la Ley de Concesiones Eléctricas (Decreto Ley 25844, promulgado el 19 de noviembre de 1992) diferenció las actividades de generación y distribución, no se prohibió que una misma empresa participe en ambas operaciones. Así, por ejemplo, el grupo español ENDESA realiza la actividad de distribución a través de su subsidiaria Edelnor, y la de generación a través de Edegel. Del mismo modo, la empresa norteamericana PSEG Global realiza las mismas actividades a través de Luz del Sur y Electroandina, respectivamente.

Otra situación similar es la del sector de telecomunicaciones. La Ley de Telecomunicaciones (Decreto Legislativo 702 del 8 de noviembre de 1991) distinguió el servicio de telefonía fija local de los servicios de larga distancia, telefonía celular y servicios de valor agregado. Sin embargo, en el momento de llevar a cabo la concesión de los servicios de telefonía fija local y de larga distancia, ambos fueron ofrecidos en un solo paquete para que los adquiera un solo operador. Por este motivo, Telefónica realiza actualmente ambos servicios, pero esto no impide que existan varias empresas que prestan el servicio de larga distancia en forma competitiva.

El proceso de concesión de ENAFER S.A. ha seguido, por tanto, el mismo esquema aplicado en los otros sectores: establece que dos empresas vinculadas presten servicios en dos actividades integradas verticalmente, donde una es de carácter monopólico y la otra está abierta al ingreso de competidores. Desde esta perspectiva, el numeral tres de la cláusula sexta del Contrato de Concesión, donde se señala que el concesionario puede prestar servicios de transporte ferroviario con excepción del transporte de pasajeros o de carga, debe ser entendido dentro del contexto establecido en las bases y en la citada circular. Es decir, la prohibición se aplica a la empresa que obtenga la concesión como tal, pero no a la empresa vinculada que preste el servicio de transporte. Esto refuerza el propósito del Estado de que el

<sup>3</sup> Circular N° 73 a las bases del contrato de concesión: <http://www.ositran.gob.pe/documentos/CIRCULAR61-76%20Y%20FERREAS.PDF>.

desempeño de cada actividad cuente con sus propios estados financieros. Más aún, en el momento de presentar su propuesta, el concesionario ya debía haber identificado a la empresa vinculada que funcionaría como operadora del servicio de transporte, de acuerdo con lo establecido en las bases del proceso de concesión, en el formulario No.8.

El mismo contrato señala expresamente las condiciones que deben cumplirse para el acceso de otros competidores. En efecto, en el numeral cinco de la cláusula sexta se señala que el concesionario dispone de libertad en la gestión y conducción del negocio, dentro de los límites establecidos. Uno de estos límites es la obligación de permitir el ingreso a la línea férrea a toda aquella persona que cumpla con los requisitos para prestar servicios de transporte ferroviario, establecida en el segundo numeral de la cláusula segunda. Asimismo, en el sexto numeral de la cláusula séptima se señala que el concesionario no puede discriminar entre operadores de servicios de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes. Sobre este punto es importante precisar que, en el tercer numeral de esta misma cláusula, al referirse a los contratos que firme el concesionario con operadores de servicios de transporte ferroviario, solo se menciona expresamente el ingreso a la vía férrea. Esto permite entender por qué el contrato estipula que cuando dos o más operadores desean acceder a las vías simultáneamente se debe realizar un concurso para seleccionar a cuál de ellos se adjudicará el horario solicitado. Por otro lado, la cláusula duodécima, que establece las obligaciones del concesionario, solo menciona entre estas, el ingreso a la vía férrea y la no interrupción del tránsito, y la provisión de información. Por consiguiente, son estos los únicos deberes que establece explícitamente el contrato de concesión. Dado que no se menciona la adquisición del material tractivo y rodante por parte del operador, se puede deducir que la obtención de estos equipos no es responsabilidad del concesionario.

En suma, el modelo aplicado en el proceso de concesión del FSO combina elementos de los modelos de integración vertical y de separación vertical, ya que, si bien identifica como dos actividades distintas al manejo de las vías y a la operación del servicio de transporte, obliga a que ambas sean realizadas por dos empresas vinculadas.

#### **4. La supuesta posición de dominio de Fetrans y Perurail en el mercado de material tractivo y rodante**

Existe la creencia que el mercado de material de transporte ferroviario requerido para operar la ruta Cusco - Machu Picchu está restringido a los equipos que Fetrans obtuvo en concesión y que actualmente alquila a Perurail, y que, en consecuencia, la primera ejerce una posición de dominio en este mercado. Esta idea parte de la particularidad que presenta el ancho de la trocha en dicha ruta, ya que esto podría implicar dificultades para conseguir el material necesario para operar en ella. En particular, se podría suponer que el ancho de la trocha impone dos tipos de restricción sobre cualquier potencial competidor en el servicio de transporte de pasajeros en esta ruta. En primer lugar, debido a que la trocha de 914 mm es poco común, resulta muy difícil adquirir equipos compatibles con este ancho de las vías. Por otro lado, la compra de estos equipos representa un costo hundido, puesto que la especificidad de sus características impide utilizarlos en otros tramos o mercados.

No obstante, hasta la fecha no se ha llevado a cabo un análisis del mercado relevante para este material que tome en cuenta la disponibilidad de sustitutos para los equipos que Fetrans viene alquilando a Perurail. Con este propósito, se ha tomado como punto de partida la definición de mercado relevante utilizada por la Comisión Económica



CENTRO DE  
INVESTIGACION

002616 002614  
Lo testado n°

Europea.<sup>4</sup> De acuerdo con sus lineamientos, el mercado relevante donde compiten dos o más empresas debe ser definido desde dos dimensiones: la del producto y la del área geográfica. Tampoco se ha profundizado el concepto de costo hundido y su correspondiente aplicabilidad a este mercado.

#### 4.1. El mercado relevante para la adquisición del material tractivo y rodante

El mercado del producto relevante comprende aquellos bienes o servicios que son considerados intercambiables o sustituibles por el consumidor, sobre la base de sus características, sus precios y su uso deseado. El mercado geográfico relevante comprende el área donde las empresas analizadas se desempeñan como ofertantes o demandantes de los productos o servicios en cuestión, de tal manera que las condiciones de competencia sean suficientemente homogéneas y susceptibles de ser diferenciadas de otras áreas vecinas debido a condiciones de competencia apreciablemente diferentes.

Para analizar el mercado del producto, debe tomarse en cuenta la evidencia reciente sobre la existencia de sustitutos. También es importante considerar las opiniones de los agentes involucrados en este mercado.<sup>5</sup> Asimismo, se debe tomar en cuenta la existencia de barreras y los costos asociados con el cambio hacia potenciales sustitutos. En lo que respecta al mercado geográfico, también son importantes las opiniones de los competidores y de los clientes (proveedores), el patrón reciente de compras, los flujos de embarques y las barreras y los costos de cambio relacionados con el traslado de órdenes hacia empresas de otras áreas.<sup>6</sup> La ausencia de flujos de comercio no es evidencia de que el mercado geográfico esté limitado al ámbito nacional, pues, en caso de que existan costos de transporte u otro tipo de barreras que se puedan considerar significativas, estas tendrían que ser identificadas.

##### a) Mercado del producto

Cualquier empresa ferroviaria que desee proveer servicios de transporte de pasajeros puede adquirir el material tractivo y rodante necesario a través de dos fuentes. La primera está constituida por el mercado de productos nuevos, y la segunda, por un mercado secundario donde se transan locomotoras y vagones usados.

En el primer caso, tanto las empresas fabricantes como las proveedoras están en condiciones de entregar el material rodante de la trocha y las características que requiera el comprador. Aunque el ancho de trocha de la ruta ferroviaria Sur-Oriente no es el más común, debe considerarse que la suma de la extensión correspondiente a todas las rutas con este ancho de trocha que existen en todo el mundo alcanza los 250 mil kilómetros. En efecto, existen vías férreas con esta característica en países tan diversos como Azerbaijan, Indonesia, la Isla de Man, Irlanda, Japón, México, Nueva Zelanda, Filipinas, Noruega, Ucrania, Estados Unidos, entre otros. Por lo general, la compra de este material requiere que se fabrique a pedido del cliente. Ejemplo de ello es la compra de una locomotora nueva a la empresa Tracfer S.A. de Argentina, realizada por Perurail a través de un pedido específico, según consta en la orden de compra del 19 de octubre de 2004, por la cual se pagó un monto equivalente a US\$ XX<sup>7</sup>. Además, también se sabe que la misma empresa puede proporcionar

<sup>4</sup> Comunidad Económica Europea (1997), párrafo 1.

<sup>5</sup> *Ibid.*, párrafos 38 y 40.

<sup>6</sup> *Ibid.*, párrafos 47, 48, 49 y 50.

<sup>7</sup> Información confidencial.



00261  
002615

autovagones hechos a pedido, valorizados en US\$ XX<sup>8</sup>. Esto prueba, por consiguiente, que la adquisición de material nuevo no enfrenta ningún tipo de restricción de volumen, que, a su vez, contrasta con los estudios realizados por Indecopi, donde se señala que "la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento"<sup>9</sup> para un potencial operador.

La otra alternativa disponible es una práctica usual en el negocio ferroviario, dado que muchas empresas descartan parte de su material cada cierto tiempo y lo ofrecen a empresas intermediarias que se encargan de conseguir quién lo compre. Estas últimas también se encargan de conseguir los componentes y las piezas que se necesitan para adaptar este material a las necesidades del comprador. Un artículo publicado en la edición del mes de junio del año 2000 de la revista Railway Age<sup>10</sup> señala que la reconstrucción del material ferroviario permite obtener estándares equivalentes a los que presentan los equipos nuevos, e incluso permite a las empresas ahorrar hasta 30% del costo.

Cabe resaltar que la adaptación de los coches y vagones es una práctica conocida y aceptada por las autoridades peruanas. Es así que las directivas del Ministerio de Transporte (MTC) no obligan a los operadores a adquirir material compatible con el ancho de la trocha, si no que exigen que el material adaptado cumpla con los estándares establecidos por la Federal Railroad Administration (FRA). En efecto, en todos los casos donde se ha tenido que adaptar equipos, el MTC intervino mediante la inspección de las características finales de los vagones adaptados, y luego emitió recomendaciones sobre cómo mejorar esta adaptación.

La primera evidencia sobre la disponibilidad de sustitutos para el alquiler del material tractivo y rodante otorgado en concesión a Fetrans y que actualmente alquila Perurail son las compras realizadas por esta última a diferentes empresas ubicadas en distintos países. Por ejemplo, en el año 2001, se adquirieron dos ferrobuses en Bolivia, y, luego, en 2003, seis coches en Singapur para brindar el servicio de transporte de lujo Hiram Bingham. En ambos casos fue necesario enviar los equipos a Arequipa para efectuar un cambio en los bogies, de tal manera que estos coches que originalmente transitaban por vías de 1,000 mm pudiesen operar en las vías de 914 mm del FSO.

En segundo lugar, tal como fue comunicado por Fetrans al MTC, Perurail rehabilitó tres coches y una locomotora<sup>11</sup> que formaban parte del Ferrocarril del sur (FS), cuyas vías son de trocha ancha, para prestar servicios en el tramo Cusco-Machu Picchu del FSO. Para poder efectuar la readaptación de los coches se cambiaron los bogies, y en el caso de la locomotora, se cambiaron el motor diesel, seis motores de tracción, y dos bogies. Al respecto, el Ministerio, mediante el informe N° 049-2004-MTC, con fecha 9 de agosto de 2004, envió las recomendaciones técnicas necesarias para que la locomotora y los coches cumplieren con los estándares requeridos.

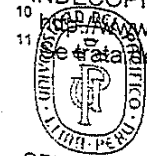
Por último, la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF), mediante un memorando con fecha 17 de febrero de 2005, señala que la transformación del material tractivo y rodante de trochas anchas mayores a trocha de 914 mm es técnicamente factible, aunque cada caso particular debe ser cuidadosamente sometido a un análisis técnico-económico para determinar su conveniencia. Asimismo, se mencionan los casos de Brasil y Argentina. En el primero distintas empresas

<sup>8</sup> Información confidencial.

<sup>9</sup> INDECOPI (2005), p. 74.

<sup>10</sup> [www.railwayage.com/jun00/components.html](http://www.railwayage.com/jun00/components.html)

<sup>11</sup> Se trata de los coches N° 1501, 1503 y 1504, y de una locomotora DL535.





ferroviarias han utilizado vehículos – fundamentalmente locomotoras adquiridos en Estados Unidos, cuyas vías son de 1,435 mm de trocha, para ser utilizados sobre trocha angosta de 1,000 mm, previo cambio de bogies. En el segundo, se transfirieron unidades (locomotoras) del Ferrocarril General Urquiza-Mesopotámico, de trocha estándar al Ferrocarril General Belgrano, de trocha de 1,000 mm, después del cambio de bogies correspondiente. Un detalle particular de este último caso es la diferencia en las características del trayecto recorrido por cada ferrocarril. Mientras que el primero opera sobre un trayecto plano, el segundo presenta importantes tramos de montaña e innumerables puentes, túneles y viaductos.

Finalmente, el proyecto de rehabilitación del ferrocarril Huancayo – Huancavelica, conocido como el "Tren Macho", cuyo ancho de trocha es también de 914 mm constituye otra evidencia de la disponibilidad de sustitutos. El proyecto, que será ejecutado por la empresa Ferrocarril Español de Vía Estrecha (FEVE), comprende la refacción de dos locomotoras, un autovagón, seis coches de pasajeros y seis de carga, así como la rehabilitación de la vía férrea, de las estaciones y de los paraderos. Adicionalmente, se implementará un sistema de comunicación y se mejorará el estado de los almacenes y los talleres. Cabe destacar que esta empresa española se especializa en la operación de rutas de trocha angosta.

#### b) Mercado geográfico

Los casos de compra de material tractivo y rodante a Argentina, Bolivia y Singapur inducen a pensar que el mercado geográfico relevante se encuentra en el ámbito mundial. A esto se añade el segundo tema tratado en el memorando de la ALAF mencionado previamente, con respecto a la ubicación del material de transporte. En particular, se señala que para la trocha angosta de 914 mm que caracteriza al tramo Cusco – Machu Picchu, es recomendable buscar en países centroamericanos que por racionalización o cese posean excedentes de material. Asimismo, existe material usado en la trocha de 1,000 mm, más difundida en Europa y Latinoamérica, cuya conversión requiere adaptaciones menores: retrochamamiento de ruedas en los ejes, adaptación de timonerías y, según sea el caso, modificaciones de poca importancia en los bogies.

Al final, se mencionan las empresas ferroviarias latinoamericanas que cuentan con trocha de 914 mm. En Colombia se encuentran las empresas Fenoco, Tren de Occidente, Drummond y Turistren; en El Salvador, F.C. Nacional de El Salvador (Fenadesal); en Guatemala, Ferrovías Guatemala; en Honduras, F.C. Nacional de Honduras (FNH); en Costa Rica, F.C. de Costa Rica (Incofer); y en el Perú, además de Perurail, F.C. Huancayo a Huancavelica (FHH). Además, otros países como Argentina, Brasil, Chile y Bolivia cuentan con la trocha de 1,000 mm, y, por último, China, Australia y Sudáfrica también cuentan con trochas angostas, cuyo material también puede estar disponible para la venta.

Asimismo, la carta N° 11-GL-2004/PR, enviada por Perurail el 23 de abril de 2004 a la Comisión de Libre Competencia de Indecopi, permite apreciar que existen diversos proveedores de material tractivo y rodante, tanto para trocha ancha como angosta. Así, en esta se mencionan los nombres y direcciones de 13 proveedores ubicados en Estados Unidos, España, Canadá, Argentina, Alemania y Brasil, así como al representante de Ferrostaal en el Perú.

Por consiguiente, tanto el análisis del mercado del producto como el de su respectivo ámbito geográfico permiten afirmar que el mercado relevante para la adquisición de material tractivo y rodante es lo suficientemente amplio como para que una potencial

competidora con conocimiento del negocio ferroviario interesada en prestar el servicio de transporte a pasajeros pueda ingresar a la ruta Cusco - Machu Picchu sin obstáculos. Es decir, dado que ninguna de las empresas es lo suficientemente grande como para ejercer una posición de dominio, existe la posibilidad de adquirir equipos, ya sea nuevos o usados, provenientes de diferentes partes del mundo, e incluso de otros ferrocarriles con similares características. En última instancia, pueden utilizarse otros coches y locomotoras de otros ferrocarriles nacionales que se encuentran en desuso. Así, por ejemplo, del mismo modo en que Fetrans reconvirtió sus equipos para transferirlos de la ruta Cusco - Arequipa al tramo Cusco - Macchu Picchu, un nuevo operador podría alquilar los equipos que recibió en concesión el operador del ferrocarril Lima - Huancayo.

#### 4.2. La inversión en material tractivo y rodante como un costo hundido

Se denomina como costo hundido a toda aquella inversión en un activo que no cuenta con un uso alternativo. Es decir, se trata de un activo específico que, una vez adquirido, si la empresa decide abandonar el mercado, solo podría ser vendido a un precio tal que implique incurrir en una pérdida sustancial si se le compara con el precio de compra<sup>12</sup>. Por esta razón, se puede afirmar que este tipo de activos carece de costo de oportunidad.

De acuerdo con la teoría de la organización industrial, la importancia de los costos hundidos radica en que permiten establecer barreras a la entrada de potenciales competidores. Por un lado, cuando una empresa que ya se encuentra operando en un determinado mercado (incumbente) ha tenido que adquirir activos específicos que constituyen costos hundidos, estos dejan de ser tomados en cuenta en la evaluación de cualquier posible curso de acción, ya que su costo de oportunidad es nulo. En cambio, para un potencial entrante que está considerando ingresar a dicho mercado, estos costos son evitables, y representan, por el contrario, un costo de oportunidad que debe ser tomado en cuenta al evaluar su decisión de entrar. Por otro lado, cuando la incumbente ha realizado una inversión que constituye un costo hundido, está emitiendo una señal de que pretende permanecer en el mercado durante tiempo considerable, pues, de otro modo, no habría decidido invertir en él inicialmente. En este sentido, la compra de activos específicos puede constituir una barrera estratégica, puesto que al restringir sus posibilidades de acción la empresa incumbente está "quemando sus naves". Es decir, está anunciando a sus potenciales rivales su intención de actuar en forma agresiva si su permanencia en el mercado se ve amenazada<sup>13</sup>.

No obstante, existe suficiente evidencia de que la compra de material tractivo y rodante para operar el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Cusco - Machu Picchu no constituye un activo específico, entendido como un activo que no puede ser utilizado en ningún otro mercado. Si bien es evidente que los vagones solo pueden ser utilizados para transportar pasajeros, este mismo servicio puede ser prestado en otra ruta, ya sea dentro o fuera del país, que de por sí constituye otro mercado final.

En primer lugar, tal como se explicó en la sección anterior, varios de los equipos han sido adquiridos por Perurail en un mercado de segunda mano. Esto implica, por un lado, que los vagones y locomotoras pueden ser vendidos a otros operadores independientemente del ancho de trocha para el que estén hechos originalmente. En

<sup>12</sup> Mason (1994), pp. 71 - 72.

<sup>13</sup> Dixit (1979 y 1980) y Spence (1977 y 1979). Ver también Tirole (1988), capítulo 8, pp. 314 -



002620 INDECOPI 002620  
Estado no v

el caso que no fuesen compatibles con el ancho de trocha de algún operador, este puede adaptarlos mediante un procedimiento relativamente sencillo, usual en el negocio ferroviario. Esto significa que tanto la empresa incumbente como cualquier otro competidor real o potencial puede revender los equipos adquiridos si desea abandonar el negocio. El hecho de que vender equipos usados constituya una práctica usual entre las empresas ferroviarias cuestiona, por tanto, la afirmación que venderlos implique incurrir en una pérdida sustancial. En consecuencia, ni el incumbente se encuentra en ventaja, ni el potencial entrante enfrenta costos irre recuperables para ingresar al mercado.

Por otro lado, si bien es cierto que el ancho de la trocha del FSO es poco común en el mundo, esto no constituye impedimento alguno para operar en ese mercado, puesto que el material tractivo y rodante puede ser adaptado a las dimensiones de la trocha según el requerimiento del operador. En efecto, como ya fue mencionado en la sección anterior, los vagones adquiridos en Bolivia y Singapur, que operaban inicialmente en una trocha métrica, fueron adaptados en los mismos talleres de Perurail ubicados en Arequipa para operar en trocha yárdica.

Por último, cabe precisar que todos los equipos otorgados en concesión a Fetrans y que actualmente alquila Perurail para sus operaciones en el FSO reciben mantenimiento anual en Arequipa. Dado que la trocha del tramo Cusco – Arequipa es estándar, ello implica que estos tengan que ser reconvertidos en uno y otro sentido una vez al año. Si fuese costoso realizar este procedimiento, sería razonable suponer que los talleres habrían sido trasladados al Cusco. Además, el MTC supervisa este procedimiento mediante la fijación de normas y el envío de inspectores que comprueban el cumplimiento de los estándares establecidos por la AAR, como ya fue mencionado previamente.

## 5. La supuesta naturaleza de “facilidad esencial” del material tractivo y rodante

### 5.1. Criterios económicos que sustentan la doctrina de la “facilidad esencial”

La teoría antimonopólica ha desarrollado el concepto de “facilidad esencial” con el propósito de limitar la capacidad de una empresa monopólica para negarse a negociar con competidores potenciales para, de este modo, evitar su ingreso al mercado. Esto ocurre cuando la empresa incumbente impide a una potencial entrante acceder a un producto o servicio imprescindible para poder competir con la primera. Aunque en la mayoría de los casos una facilidad esencial suele ser una infraestructura, este concepto también se aplica a un producto o un servicio, o incluso al acceso a un lugar, como, por ejemplo, un puerto, o a una red de distribución, como, por ejemplo, la de telefonía fija.

La teoría económica exige el cumplimiento de cuatro criterios para que una facilidad sea considerada esencial:

- i) La facilidad debe ser controlada por una empresa dominante. En estos casos, se requiere que la empresa cuente con una participación sustancial en el mercado, y que, además, no existan productos sustitutos razonables para la facilidad en cuestión. En caso contrario, se pierde el carácter de esencial<sup>14</sup>.
- ii) Que las empresas competidoras carezcan de habilidad realista para reproducir la facilidad. De acuerdo con la Corte europea, en el caso de Oscar Bronner, para determinar que es imposible o irrazonablemente difícil reproducir la



facilidad, se requiere efectuar un análisis objetivo desde un punto de vista técnico, legal o económico. Esta imposibilidad debe ser aplicable a cualquier competidor, independientemente de las condiciones específicas en que se encuentra el competidor que solicita el acceso a la facilidad<sup>15</sup>.

- iii) Que el acceso a la facilidad sea indispensable para poder competir en el mercado en cuestión. Esta condición se deriva de la inexistencia de sustitutos razonables para la facilidad en cuestión.
- iv) Que sea factible otorgar el acceso a la facilidad

Para poder aplicar este concepto, es necesario que existan dos mercados: uno aguas arriba, y otro aguas abajo, donde la empresa dominante opera integrada verticalmente. Cuando la potencial entrante quiere ingresar al mercado aguas abajo, se encuentra con que la primera es propietaria del insumo que se vende aguas arriba – en este caso, la facilidad esencial – y, por ello, no le queda otro camino que negociar el acceso a este. En este contexto, la primera empresa puede abusar de su posición de dominio y negarse a negociar con la segunda.

La aplicación de un análisis de este tipo a una situación concreta requiere tomar en cuenta tres consideraciones. En primer lugar, es necesario que, tal como se ha señalado en el párrafo anterior, la empresa que opera en ambos mercados sea dominante en el mercado aguas arriba, donde la potencial competidora está intentando ingresar. Esto requiere identificar el mercado aguas arriba (donde está la facilidad esencial) tomando en cuenta tanto el lado de la oferta como el de la demanda, así como la existencia de sustitutos, puesto que de ello depende que el concepto de facilidad esencial sea o no aplicable. En segundo lugar, la facilidad debe ser verdaderamente esencial. Es decir, el acceso al recurso en cuestión debe ser crucial para que la potencial competidora pueda no solo ingresar, sino también mantenerse en el mercado, y, además, debe ser imposible o excesivamente costoso para esta última replicar dicho recurso. Por último, la incumbente debe carecer de una justificación objetiva (sea de carácter técnico o comercial) para negarse a negociar que sea considerada razonable por el regulador. Es decir, incluso cuando existe una justificación, esta debe ser contrapesada con los efectos sobre la competencia, de acuerdo con la regla de la razón. En este sentido, solo si se cumplen estas tres condiciones, el hecho que la incumbente se niegue a negociar puede ser considerado como una barrera a la entrada.

**5.2. Aplicabilidad de la teoría de la facilidad esencial al caso del material tractivo y rodante**

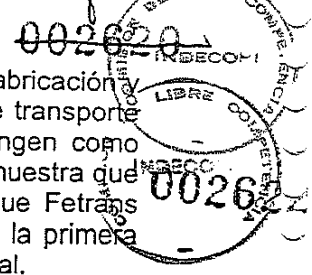
De acuerdo con lo expuesto en la sección anterior, el primer criterio para definir si el material tractivo y rodante que recibió Fetrans en el proceso de concesión y que actualmente alquila a Perurail es una facilidad esencial exige que la primera sea dominante en el mercado aguas arriba, que, en este caso, sería el de las locomotoras y los vagones requeridos para prestar este servicio. Cabe remarcar que la teoría antimonopólica plantea que la posición de dominio no se refiere a un producto específico, sino al mercado relevante del producto en cuestión. En otras palabras, esta definición del mercado debe ser lo suficientemente amplia como para que incluya a todos los potenciales sustitutos de dicho producto, pero lo suficientemente precisa para excluir otros productos que no cumplen la misma función.

Como ya ha sido detallado en la sección 4.1., el mercado relevante para este caso incluye a todas las empresas que venden material tractivo y rodante en el ámbito

<sup>15</sup> Comunidad Económica Europea (1998).



mundial, que pueden ser de tres tipos: aquellas cuyo principal giro es la fabricación y comercialización de estos equipos; empresas prestadoras de servicios de transporte que dan de baja parte de sus equipos; y, por último, empresas que fungen como intermediarias. En este sentido, la evidencia presentada en dicha sección muestra que el mercado de este producto es lo suficientemente amplio como para que Fetrans pueda ostentar una posición de dominio. Por consiguiente, al incumplirse la primera condición, resulta inaplicable para este caso el concepto de facilidad esencial.



No obstante, cabe enfatizar algunos otros puntos que contribuyen a la inaplicabilidad de las otras condiciones. Por un lado, si bien es imprescindible disponer de material tractivo y rodante para ingresar al mercado de servicios de transporte de pasajeros, Fetrans no es la única fuente donde se puede conseguir este material. Es decir, además de los vagones y locomotoras que el Estado otorgó en concesión a Fetrans, existen muchos otros vagones y locomotoras nuevos y usados que se encuentran disponibles para adquirir en su respectivo mercado, tal como lo muestra la evidencia citada en la sección 4. Por otro lado, dado que los equipos en cuestión no constituyen una facilidad esencial, no habría necesidad de justificar la negativa a negociar.

### 5.3. Simulación del ingreso de un nuevo operador

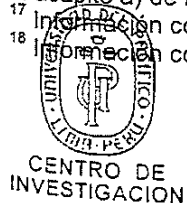
Dado que, según se ha analizado en la sección 4 de este documento, Fetrans no ostenta posición de dominio en el mercado de material tractivo y rodante para operar en trocha angosta, y, dado que, como se acaba de demostrar, este material no constituye una facilidad esencial, es factible suponer que un nuevo operador puede ingresar a competir en el tramo Cusco – Machupicchu del FSO sin necesidad de alquilar el material administrado por Fetrans. Efectivamente, tal como se aprecia en el anexo, un nuevo competidor que no desea realizar una inversión muy alta puede adquirir dos autovagones<sup>16</sup>, cada uno de los cuales le permiten transportar, de acuerdo con los supuestos del modelo estimado por Indecopi, alrededor de 221 pasajeros por viaje. Además, suponiendo que cada autovagón efectúe un solo viaje de ida y vuelta por día, se podría transportar en términos anuales un total de 161,330 pasajeros. Asimismo, siguiendo los mismos supuestos que Indecopi en cuanto a las tarifas de transporte y a los costos asociados a la provisión del servicio, se obtiene una tasa interna de retorno (TIR) equivalente a XX%<sup>17</sup> si se considera un horizonte de inversión de diez años, y a XX%<sup>18</sup> para uno de solo siete años.

Como se puede apreciar en el gráfico N° 1, para que esta inversión genere una rentabilidad positiva, es necesario que el nuevo operador permanezca en el mercado, como mínimo, durante tres años. Sin embargo, para asegurarse la permanencia en el mercado por encima de este número mínimo de años, el nuevo operador tendría que incurrir en gastos de publicidad o en diferenciar su producto, lo cual implicaría tener que permanecer un mayor número de años en este mercado para asegurar su rentabilidad. Esto explicaría por qué aún ningún otro operador ha decidido ingresar a este tramo, y por qué esto tampoco se lleva a cabo en otros países.

<sup>16</sup> Se supone que estos autovagones son adquiridos a la empresa Tracfer S.A., mencionada en el acápite a) de la sección 4.1.

<sup>17</sup> Información confidencial.

<sup>18</sup> Información confidencial.



002621  
00262

00262

**Gráfico N° 1: Tasa interna de retorno (TIR) de un nuevo operador del servicio de transporte de pasajeros en el tramo Cusco – Machupicchu del FSO según el horizonte de la inversión<sup>19</sup>**

Fuente: Elaboración propia

El servicio de transporte ferroviario en el FSO puede ser considerado, por lo tanto, como un mercado *disputable*<sup>20</sup>. Este tipo de mercado se caracteriza por la inexistencia de barreras a la entrada, de modo que siempre está abierto al ingreso de un nuevo operador que esté dispuesto a realizar una inversión lo suficientemente grande como para que su operación sea rentable. En efecto, el cargo de acceso a la vía férrea se encuentra regulado y la adquisición de material tractivo y rodante es, como se ha visto en las secciones precedentes, factible, tanto desde el punto de vista técnico como económico. Es, precisamente, esta potencial amenaza de entrada la que motiva a la empresa establecida, a producir en los niveles competitivos. Por este motivo, la ausencia de nuevos competidores en este caso no es atribuible a la existencia de barreras a la entrada, sino al hecho que la empresa incumbente está renunciando a comportarse como monopolio para fijar precios competitivos. Una prueba de esta afirmación es el aumento de 35% en el número de pasajeros transportados por el FSO entre el inicio de sus operaciones en el año 2000, y fines de 2004, como se aprecia en el siguiente cuadro.

**Pasajeros transportados por el FSO**

2000	757,772
2001	757,459
2002	745,985
2003	884,418
2004	1,020,778

Fuente: OSITRAN

**6. El caso de European Night Services: una experiencia similar**

Una experiencia similar que, en este caso, resulta ilustrativa ocurrió en la Comunidad Económica Europea (CEE) con los servicios ferroviarios y los servicios de transporte proveídos en el Eurotúnel. En enero de 1993, la empresa European Night Services Ltd. (ENS) presentó una solicitud ante la Comisión Europea para ser exonerada del artículo 2 de la Regulación (EEC) N° 1017/68<sup>21</sup>. Dicha regulación prohíbe los acuerdos entre empresas que buscan compartir mercados de transporte, salvo que, de acuerdo con el artículo 5, se compruebe que estos acuerdos incrementan la eficiencia del servicio, en cuyo caso puede solicitarse una exoneración. Dicha solicitud se debía al hecho que ENS era un consorcio conformado por varias empresas de ferrocarriles: British Rail (BR), Deutsche Bundesbahn (DB), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) y Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF), que realizan operaciones dentro del Eurotúnel. ENS había firmado varios acuerdos con estas empresas para utilizar su material tractivo y rodante y otros equipos en un servicio especial nocturno.

La Comisión concedió la exoneración solicitada por un plazo de ocho años, pero bajo la condición que las empresas que han firmado los acuerdos con ENS proporcionen

<sup>19</sup> Información confidencial.

<sup>20</sup> Traducción al castellano del término inglés "contestable".

<sup>21</sup> Comunidad Económica Europea (1968).

002622  
INDECOPI  
002624

los mismos servicios que han accedido prestar a esta última a cualquier otra empresa ferroviaria u operador de transporte que desee prestar servicios similares en el Eurotúnel. Estos servicios comprenden la provisión de locomotoras, tripulación y el derecho de paso a través de cada red nacional. Sin embargo, cuando las empresas vinculadas al consorcio ENS apelaron ante la Corte Europea con respecto a esta supuesta obligación, esta les dio la razón. Uno de los argumentos en que se basó la Corte fue que la Política de Transporte de la Comunidad Europea establece que cualquier operador que desee prestar servicios de transporte de pasajeros debe estar constituido como empresa ferroviaria. Ello implica que, como tal, dicho operador debe contar con el material tractivo (locomotora) y rodante (vagones) necesario para proveer el servicio de transporte ferroviario, sea este propio o alquilado. Sin embargo, la mencionada directiva<sup>22</sup> no otorga ningún derecho a acceder a los servicios de tracción, ni prohíbe que exista propiedad conjunta en la provisión de estos servicios y de otros servicios relacionados, incluido entre estos últimos el servicio ferroviario<sup>23</sup>. Sobre la base de este argumento, la Corte determinó que la Comisión Antimonopólica de la CEE había cometido un error al establecer una diferencia entre las empresas operadoras de servicios de transporte de pasajeros y las empresas ferroviarias propiamente dichas, dado que para ser operador del servicio de transporte de pasajeros es necesario estar constituido como empresa ferroviaria.

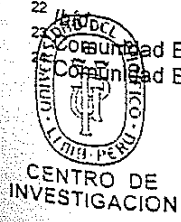
Adicionalmente, la Corte señaló que la Comisión incurrió en un segundo error al no distinguir cuándo una facilidad puede ser considerada como esencial para que exista competencia, y cuándo puede resultar meramente ventajosa para alguno de los competidores. Si bien la posesión o el control de la infraestructura ferroviaria puede ser considerada una facilidad esencial, no se puede afirmar lo mismo sobre el material tractivo y rodante requerido para brindar el servicio de transporte de pasajeros. Para que un activo pueda ser considerado como facilidad esencial, es condición necesaria la imposibilidad de adquirirlo en el mercado o de contar con algún tipo de sustituto real o potencial, ya sea mediante compra o alquiler. En este caso, sin embargo, no existe dificultad para adquirir dichos activos en el mercado, a través de cualquiera de estas dos modalidades. Asimismo, el hecho que ENS haya sido capaz de adquirir la maquinaria en cuestión con anterioridad a sus competidores no significa que sean los únicos que hayan estado en condiciones de hacerlo, ni genera impedimento alguno para el resto. Por consiguiente, la Corte determinó que la doctrina de las facilidades esenciales resultaba inaplicable para este caso<sup>24</sup>.

### 7. Las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante de FTSA a Perurail

El contrato de alquiler del material tractivo y rodante establece dos tipos de costos para el operador. En primer lugar, este debe pagar al concesionario una tarifa correspondiente al uso de cada equipo, cuyo monto depende de la distancia en kilómetros recorrida por cada uno. En segundo lugar, los gastos de reparación y mantenimiento que requiera dicho material mientras sea utilizado por el operador deben ser realizados por este. Las tarifas establecidas se muestran en la siguiente tabla.

Tipo de vagón	US \$ por kilómetro-vagón
Coche de pasajeros	0.02
Vagón de carga	0.01

<sup>22</sup> Comunidad Económica Europea (1998), numeral 183.  
<sup>23</sup> Comunidad Económica Europea (1998), numeral 215.



Autovagón	0.20
Locomotora	0.25

Fuente: Fetrans

En lo que respecta a los gastos de reparación y mantenimiento, bajo el supuesto que estos sean proporcionales a la distancia recorrida por cada tipo de vagón, su costo por kilómetro debería ser el que se muestra a continuación<sup>25</sup>.

Tipo de vagón	US \$ por kilómetro-vagón*
Coche de pasajeros	0.03 – 0.08
Vagón de carga	N.D.
Autovagón	0.34 - 0.37
Locomotora	0.54 - 0.63

\* Los cálculos corresponden a las medias armónica y geométrica, respectivamente.

Fuente: Elaboración propia, basada en información de Fetrans

Es decir, si se toma en cuenta el gasto total por kilómetro-vagón en que debe incurrir el operador para utilizar el material tractivo y rodante, se puede apreciar que este, en el caso de las locomotoras y los autovagones, triplica aproximadamente al monto pagado por el alquiler. En cambio, los coches de pasajeros, en comparación con los otros equipos, requieren efectuar un gasto total que puede llegar hasta a cuadruplicar el monto que se paga por su alquiler.

En consecuencia, si se alquilasen estos mismos equipos a una tercera empresa, el gasto total en que tendría que incurrir excedería ampliamente al pago del alquiler. Así, por ejemplo, una empresa que alquila un autovagón y que paga en promedio 15.7 miles de dólares anuales por concepto de alquiler, debe incurrir en un gasto adicional equivalente a 25.4 miles de dólares anuales por concepto de reparaciones y mantenimiento.

## 8. Conclusiones

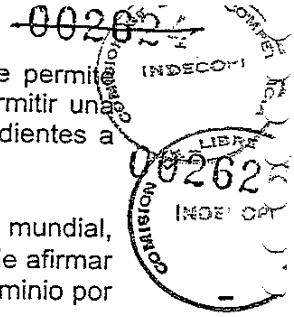
- El modelo de organización del transporte ferroviario que predomina en el mundo es el de integración vertical, que consiste en otorgar a una misma empresa el control sobre la infraestructura ferroviaria y la operación del servicio de transporte. Sin embargo, algunos países han aplicado una variante de este modelo, que incluye ciertas características del modelo de separación vertical, que permite la competencia en la prestación del servicio de transporte bajo ciertos parámetros.
- El modelo aplicado en el proceso de concesión del FSO combina elementos de los modelos de integración vertical y de separación vertical, ya que, si bien identifica como dos actividades distintas al manejo de las vías y a la operación del servicio de transporte, establece que ambas deben ser realizadas por dos empresas vinculadas, tal como lo establecen las bases de la concesión y lo ratifican las circulares No.17 y No.73, emitidas antes de la entrega en concesión de la administración del FSO. En este sentido, se buscó promover la eficiencia en este

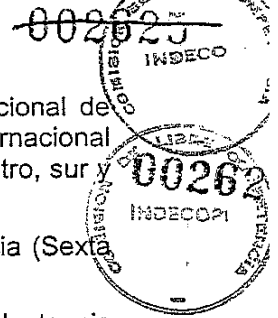
<sup>25</sup> Los cálculos han sido realizados sobre la base de la información proporcionada por Perurail acerca de los kilómetros recorridos durante el mes de junio de 2005, que puede ser considerado como un mes representativo.



sector mediante la participación del sector privado en un esquema que permite aprovechar las ventajas de la integración vertical, y, paralelamente, permitir una mejor supervisión mediante el hecho de separar las cuentas correspondientes a cada actividad.

- El mercado de material tractivo y rodante, que se extiende en el ámbito mundial, presenta diferentes alternativas de adquisición. En este contexto, se puede afirmar que, al existir sustitutos cuya compra es factible, no existe posición de dominio por parte de Fetrans en este mercado.
- Dada la existencia de sustitutos razonables del material tractivo y rodante, queda descartada la idea que este constituye una facilidad esencial. El ejercicio de simulación del ingreso de un nuevo operador ratifica esta afirmación. Esto, a su vez, permite constatar que se trata de un mercado disputable, donde el operador, ante la amenaza de entrada de un potencial competidor y la imposibilidad de bloquearle el ingreso, decide fijar sus precios en el nivel competitivo. Prueba de ello es el incremento en 35% en el transporte de pasajeros desde el inicio de operaciones de Perurail hasta fines del año pasado.
- La jurisprudencia internacional, asimismo, corrobora la conclusión anterior con respecto a que el material tractivo y rodante no constituye una facilidad esencial, y que, en consecuencia, los contratos de alquiler de este material entre empresas vinculadas no obstaculizan la posibilidad de competencia en el servicio de transporte ferroviario.
- El costo que enfrenta Perurail por utilizar el material tractivo y rodante concesionado a Fetrans no solo comprende el monto pagado por concepto de alquiler, sino también los gastos de reparación y mantenimiento que requieren estos equipos para su normal funcionamiento. Tomando en cuenta estos últimos gastos, el costo de uso llega incluso a triplicar el alquiler estipulado en el contrato de arrendamiento en el caso de las locomotoras y los autovagones, y puede resultar hasta cuatro veces mayor en el caso de los coches.





## 9. Bibliografía

Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (CEPRI ENAFER). "Bases: Licitación pública especial internacional para la entrega en concesión de la administración de los ferrocarriles del centro, sur y sur-orienté". Lima: 18 de diciembre, 1998.

Comunidad Económica Europea. Resolución de la Corte de Primera Instancia (Sexta Cámara). "Oscar Bronner v. Mediaprint". 26 de noviembre, 1998.

Comunidad Económica Europea. Resolución de la Corte de Primera Instancia (Segunda Cámara). "European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v Commission of the European Communities." 15 de setiembre, 1998.

Comunidad Económica Europea. "Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law (97/C 372/03)", Official Journal C372. 9 de diciembre, 1997.

Comunidad Económica Europea. "Applying Rules of Competition to Transport by Rail, Road and Inland Waterway". Council Regulation No. 1017/68. 19 de julio, 1968.

Dixit, A. "A Model of Duopoly Suggesting a Theory of Entry Barriers", en *Bell Journal of Economics*, vol. 10, 1979, pp.20-32.

Dixit, A. "The Role of Investment in Entry Deterrance", en *Economic Journal*, vol. 90, 1980, pp.95-106.

Hovenkamp, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. St.Paul, Minnesota: West Group, 1999. Segunda edición.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). "Presunto abuso de posición de dominio en el que habría incurrido la empresa Ferrocarril Transandino S.A., concesionario del Ferrocarril Sur Oriente (tramo Cusco-Machupicchu-Hidroeléctrica)". Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, 2005.

Martin, Stephen. *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*. New Jersey: Prentice Hall, 1994.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*. DAFFE/CLP(98)1, 1998.

Spence, A.M. "Entry, Capacity, Investment and Oligopolistic Pricing", en *Bell Journal of Economics*, vol. 8, 1977, pp. 534-544.

Spence, A.M. "Investment Strategy and Growth in a New Market", en *Bell Journal of Economics*, vol. 10, 1979, pp.1-19.

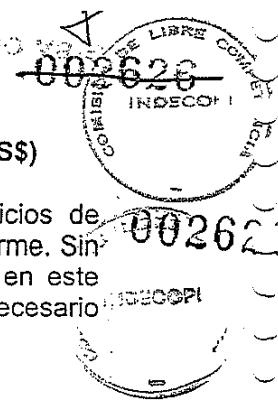
Tirole, Jean. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1988.



CENTRO DE INVESTIGACION

Lo testado no es

ANEXO



Flujo de caja económico de un operador con dos autovagones (en US\$)

Para estimar el flujo de caja de una empresa que entre a prestar servicios de transporte se tomaron los mismos supuestos que utilizó INDECOPI en su informe. Sin embargo, se cambió el supuesto sobre el material de transporte utilizado: en este caso, se estimó que para proveer el servicio a una escala mínima solo es necesario que el operador cuente con dos autovagones.

(Información confidencial)

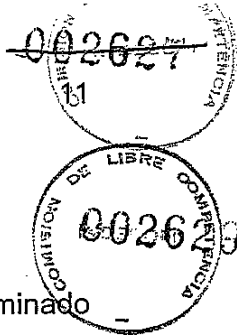
Fuente: elaboración propia con información proporcionada por Fetrans



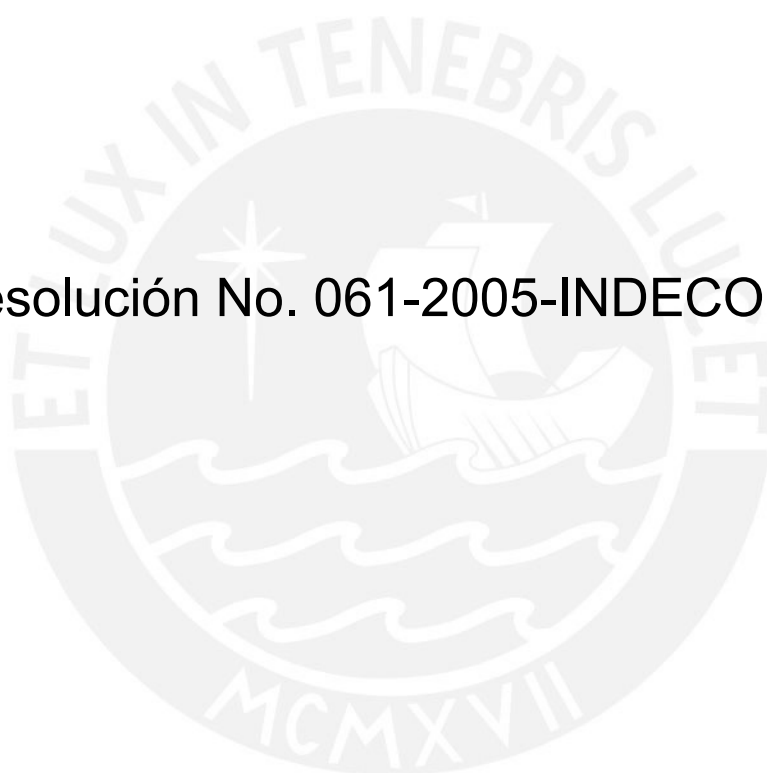
CENTRO DE INVESTIGACION

**RESUMEN NO CONFIDENCIAL**

Se adjunta al presente escrito la versión confidencial del Informe denominado "Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente (Tramo Cuzco – Machupicchu – Hidroeléctrica)" elaborado el Área de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. La información confidencial consignada en las páginas 10, 11, 16, y anexo de página 22 se refieren a un monto pagado por la compra de una locomotora nueva; el valor de un autovagón; porcentajes de tasa interna de retorno obtenidos en la simulación del ingreso de un nuevo operador que prueban la rentabilidad positiva del ingreso comprando material tractivo y rodante nuevo; y, al flujo de caja de un operador con dos autovagones, que cuenta con información proporcionada por Fetrans, como el número de pasajeros, la tarifa por pasajero, los gastos de mantenimiento, seguros, impuestos, etc.

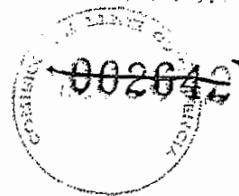


17. Resolución No. 061-2005-INDECOPI CLC



Expediente N° 010-2004/CLC  
Expediente N° 012-2004/CLC  
(Acumulados)

002644



# Resolución

N° 061-2005-INDECOPI/CLC

Lima, 07 de noviembre de 2005

**VISTO:**

El escrito de Perurail S.A. (en adelante, Perurail) del 12 de julio de 2005 por medio del cual solicitó a esta Comisión que se le apersona como parte en el procedimiento tramitado bajo Expedientes N° 010 y 012-2004/CLC (acumulados), iniciado de oficio y por denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en lo sucesivo, Fersimsac) contra Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetrans), por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de alquilar el material tractivo y rodante concesionado por el Estado peruano para operar en el Ferrocarril Sur - Oriente y

**CONSIDERANDO:**

1. Que, tomando en consideración las recomendaciones de la Secretaría Técnica contenidas en el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004, esta Comisión emitió la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC del 27 de octubre de 2004 por medio de la cual resolvió *"iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A. por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur-Oriente"*.
2. Posteriormente, el 17 de noviembre de 2004 esta Comisión emitió la Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC en virtud de la cual resolvió admitir a trámite la denuncia presentada por Fersimsac por presunto abuso de posición de dominio contra Fetrans en la modalidad señalada en el numeral anterior. Asimismo, se dispuso la acumulación del referido procedimiento tramitado bajo Expediente N° 010-2004/CLC, al procedimiento administrativo de oficio, tramitado bajo Expediente N° 012-2004/CLC.
3. Sobre el particular, mediante Cédula de Notificación N° 743-2004/CLC-INDECOPI recibida el 28 de octubre de 2004, la Secretaría Técnica de esta Comisión corrió traslado a Perurail de la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC y del Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. Sin embargo, se omitió notificar a Perurail la denuncia presentada por Fersimsac así como la Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC que la admite a trámite.
4. En sentido, mediante escrito del 12 de julio de 2005 Perurail ha solicitado a esta Comisión que suspenda el presente procedimiento a efectos de que se le incluya



como parte en el mismo y se le permita ejercer el derecho a contestar la denuncia formulada por Fersimsac y a ofrecer y actuar pruebas al interior del procedimiento.

5. Al respecto, cabe señalar que conforme al numeral 2 del artículo 51 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se consideran administrados con relación a un procedimiento administrativo en concreto, a aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean algún derecho o interés legítimo que pueda resultar afectado por la decisión que adopte la autoridad administrativa.
6. De otro lado, el artículo 60 del mencionado dispositivo legal, establece que si durante la tramitación de un procedimiento administrativo se advierte la existencia de terceros no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que emita la autoridad administrativa, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento. En esta línea de pensamiento, el referido artículo dispone además que los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.
7. En el presente caso, Perurail ha señalado en su escrito de apersonamiento del 12 de julio de 2005 que ha tomado conocimiento de la denuncia presentada por Fersimsac, así como de la Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC por medio del cual esta Comisión ha admitido a trámite la referida denuncia.
8. Asimismo, la empresa en mención ha manifestado que ha tomado conocimiento del Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005 en virtud de la cual, considerando los argumentos expuestos en el escrito de denuncia, la Secretaría Técnica de esta Comisión ha propuesto una serie de medidas correctivas que implican la modificación de las condiciones del contrato de alquiler del material tractivo y rodante suscrito entre Perurail y Fetrans<sup>1</sup>. Al respecto, Perurail ha señalado lo siguiente:

Queda así demostrado que en base a la denuncia de FERSIMSAC la recomendación de la Secretaría Técnica tiene una incidencia directa en las condiciones contractuales pactadas por PERURAIL con FETRANS, bajo las cuales nuestra empresa decidió su participación en la operación de los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente, realizar una importante inversión y comenzar sus operaciones.

(el subrayado es nuestro)<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Las medidas correctivas propuestas por la Secretaría Técnica se encuentran contenidas en la sección V del Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC y están referidas a la posibilidad de arrendar el material tractivo y rodante a terceros operadores del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros no vinculados a Fetrans.

<sup>2</sup> Cabe precisar, que las medidas correctivas propuestas por la Secretaría Técnica de esta Comisión en el Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, no se han formulado sobre la base de los argumentos de Fersimsac contenidos en su escrito de denuncia, tal como lo ha señalado Perurail. Dichas medidas han sido propuestas en base a lo considerado en el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004 por medio del cual la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión el inicio de un procedimiento administrativo sancionador de oficio, el mismo que fue notificado a Perurail desde el inicio del mencionado procedimiento y que incluso se consignó en el numeral 375 del Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC que se cita a continuación:

9. En ese sentido, Perurail afirma que tiene un legítimo interés en participar en el procedimiento administrativo iniciado por denuncia de Fersimsac en su calidad de acreedor respecto de la obligación a cargo de Fetrans de cederle en arrendamiento el íntegro del material tractivo y rodante otorgado por el Estado peruano como parte de la concesión del Ferrocarril Sur – Oriente.
10. Pese a que en el presente caso se observa, entre otras cosas que, Fetrans y Perurail tienen en común a las mismas personas naturales que ejercen cargos directivos y gerenciales (v.g. Gerente General, Gerente de Recursos Humanos, entre otros)<sup>3</sup>, esta Comisión considera que, en la medida que las personas jurídicas son sujetos de derecho que poseen su propia personalidad jurídica y que, por ende, son centros de imputación de derechos y obligaciones independientes entre sí, ambas empresas (Perurail y Fetrans) se constituyen en terceros interesados en el resultado del procedimiento, toda vez que un eventual pronunciamiento de esta Comisión podría estar referido a la relación jurídica sustancial establecida entre dichas empresas.
11. En atención a lo anterior, a efectos de salvaguardar cualquier defecto que pudiera determinar la nulidad del procedimiento y garantizar la transparencia y el derecho al debido procedimiento que debe guiar toda actuación administrativa, esta Comisión considera que corresponde declarar procedente el pedido de Perurail a efectos de que se le apersoné en el presente procedimiento en su calidad de tercero con legítimo interés.
12. Por lo tanto, corresponde encargar a la Secretaría Técnica de esta comisión que notifique a Perurail el escrito de denuncia de Fersimsac, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles a efectos de que cumpla con formular sus descargos respectivos, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 701. Asimismo, corresponde encargar a la Secretaría Técnica que en un plazo determinado realice la actuación de los medios probatorios que eventualmente ofrezca Perurail.

Estando en lo previsto en la Constitución Política del Perú, en el Decreto Legislativo N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 807, y la Ley N° 27444, la Comisión de Libre Competencia, en su sesión del día 07 de noviembre de 2005;

**RESUELVE:**

**Primero:** Declarar procedente la solicitud formulada por Perurail S.A. mediante escrito del 12 de julio de 2005 a efectos de que se le apersono como tercero con legítimo interés al procedimiento tramitado bajo Expedientes N° 010 y 012-2004/CLC.

375. En el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC (en virtud del cual la Comisión decidió iniciar el presente procedimiento) esta Secretaría Técnica señaló una serie de alternativas que hubieran permitido acceder al Material a un potencial entrante a efectos de competir con Perurail en el mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO. Estas alternativas se observan en los siguientes cuadros: (...)

<sup>3</sup> Información proporcionada por ambas empresas mediante escritos del 23 de mayo de 2005 que obran de fojas 1 766 a 1 770 y 1 773 a 1 776.



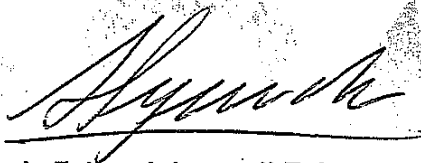


**Segundo:** Ordenar a la Secretaría Técnica que corra traslado a Perurail S.A. de la denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. así como de la Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC que admite a trámite la referida denuncia, otorgándole a dicha empresa un plazo de quince (15) días hábiles para que cumpla con presentar sus descargos respectivos.

**Tercero:** Ordenar a la Secretaría Técnica que en el término de treinta (30) días hábiles realice las actuaciones de los medios probatorios que eventualmente proponga Perurail S.A., salvo que esta Comisión considere que la naturaleza de la prueba ofrecida pudiera o pudiese requerir de un mayor plazo para su actuación.

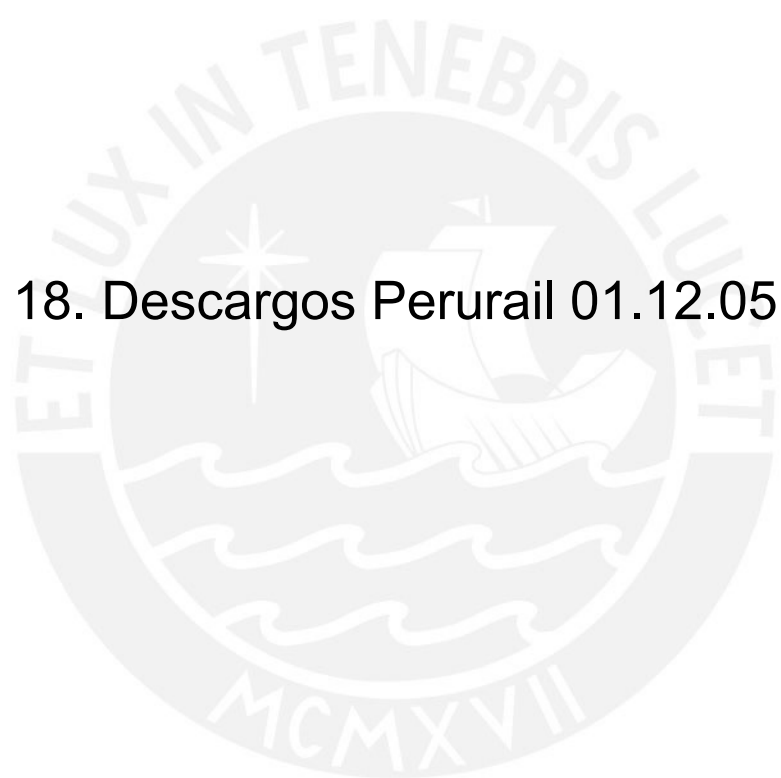
**Cuarto:** Disponer que la presente resolución se notifique a las partes involucradas en el presente procedimiento administrativo.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Libre Competencia: Luis Felipe Arizmendi Eche copar, Elmer Cuba Bustínza, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Jorge Rojas Rojas y José Llontop Bustamante.

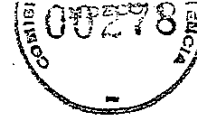


Luis Felipe Arizmendi Eche copar  
Presidente





18. Descargos Perurail 01.12.05



INDECOPI-MF  
MRO. TRAMITE : 2005-T00-000083908  
FECHA / HORA : 2005-12-01 15:53:51



Expediente: 010-2004-CLC  
(Acumulado al Expediente 012-2004-CLC)  
Sumilla: Contesta denuncia

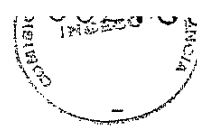
**A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

**PERURAIL S.A. (en adelante, PERURAIL)**, debidamente representada por el señor Jorge Velarde Santa María, identificado con DNI No. 07790027, según poder que se adjunta al presente (ANEXO 2-A), en el procedimiento iniciado por FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHU PICCHU S.A.C. (FERSIMSAC), a usted atentamente decimos:

Que contradecimos la denuncia interpuesta por FERSIMSAC y solicitamos a la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) se sirva declararla infundada en todos sus extremos.

Esa denuncia pretendería justificar la ineficiente actuación de la administración de FERSIMSAC frente a sus accionistas, especialmente frente al titular del 80% de las acciones, la sociedad Machu Picchu Pueblo Inversiones S.A., cuyos accionistas, pobladores de Machu Picchu, habrían sido inducidos a realizar aportes económicos para un pretendido negocio ferroviario carente de viabilidad técnica y económica, por falta de recursos.

En efecto, FERSIMSAC tiene un capital de S/. 4,500.00 y carece de crédito, así como de respaldo económico y técnico alguno. No pudo proveerse de recursos para tomar las pólizas de seguro obligatorias, cuyas primas anuales exceden largamente el cuarto de millón de dólares, ni pudo reunir los requisitos legales y técnicos exigidos para la operación de trenes. Ello habría dado lugar a que el



supuesto socio estratégico, The Maryland and Delaware Railroad Company, inmediatamente se apartara de participar en el proyecto.

Ante la carencia total de viabilidad del proyecto, FERSIMSAC optó por acusar a FETRANS de una negativa a proporcionarle un material tractivo y rodante al cual nunca tuvo derecho, con el único objeto de justificar su incapacidad y evadir su responsabilidad frente a sus accionistas.

En cambio, los inversionistas de Ferrocarril Transandino S.A. (en lo sucesivo, FETRANS) y de PERURAIL si obtuvieron el legítimo derecho a explotar el íntegro del material tractivo y rodante que se les otorgó en concesión. El ejercicio regular de este derecho conferido por el Estado en un contrato ley no importa abuso alguno.

Atendiendo a la falta de sustento de la denuncia, solicitamos a la Comisión pronunciarse respecto a la ilegalidad de la posición de FERSIMSAC, consistente en que el contrato de alquiler entre PERURAIL y FETRANS no es oponible al Estado ni a terceros, porque supuestamente transgrede normas de orden público. Consecuentemente, solicitamos declarar infundadas las pretensiones de FERSIMSAC de acceder al material tractivo y rodante otorgado en concesión a FETRANS y alquilado íntegramente a PERURAIL a efectos de prestar los servicios de transporte al cual los inversionistas de estas dos empresas se obligaron frente al Estado.

La referida pretensión de FERSIMSAC fue incorrectamente recogida en el Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC de la Secretaría Técnica, sin haber dado oportunidad a PERURAIL para expresar su posición. En tal sentido, y concordantemente con la solicitud que planteamos en nuestro escrito de apersonamiento, la Secretaría Técnica deberá emitir un nuevo informe a partir de la incorporación de PERURAIL al presente procedimiento.

**En resumen, la posición de PERURAIL se sustenta básicamente en los siguientes argumentos:**

1. El contrato de alquiler suscrito entre PERURAIL y FETRANS se ajusta a las normas legales vigentes al momento de su suscripción y a las existentes actualmente, así como a las estipulaciones del Contrato de Concesión de FETRANS. Esto ha sido reconocido por la propia Secretaría Técnica de la Comisión y por OSITRAN, quien aprobó el referido contrato de alquiler. Por lo tanto, en aplicación del artículo 62° de la Constitución y el artículo 1354° del Código Civil, este contrato es perfectamente válido y oponible, tanto al Estado como a otros terceros; y, en tal sentido, debe ser plenamente respetado, no siendo admisible alteración alguna de sus estipulaciones si no hay un acuerdo entre las partes que lo suscribieron.
2. La Comisión de Libre Competencia de INDECOPI carece de competencia para determinar las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante entre FETRANS y PERURAIL. Mucho menos puede modificar condiciones válidas ya existentes. Por su parte, OSITRAN es competente para imponer condiciones únicamente derivadas de la aplicación del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA).
3. El mercado de transporte ferroviario cuenta con barreras naturales de entrada, que deben ser superadas por cualquier competidor (el cual deberá efectuar las inversiones necesarias). Ello no implica un trato discriminatorio, sino todo lo contrario, ya que los inversionistas de PERURAIL no sólo han debido incurrir también en grandes inversiones, sino que además han debido cumplir condiciones y estándares muy estrictos para precalificar y ganar el concurso público que les otorgó el derecho a explotar el material tractivo y rodante.

A continuación desarrollamos los argumentos expuestos precedentemente:

002783

1. El contrato de alquiler entre PERURAIL y FETRANS se ajusta a las normas legales y estipulaciones del Contrato de Concesión y, por tanto, no puede ser modificado ni condicionado

### 1.1 Del marco contractual y legal

Como lo ha desarrollado ampliamente FETRANS a lo largo del presente procedimiento, el modelo de concesión de los ferrocarriles del sur y sur oriente supuso desde el inicio una integración de las actividades de explotación de las vías férreas y prestación de los servicios de transporte. Inicialmente incluso ambas actividades serían prestadas por el concesionario; pero al final la CEPRI de ENAFER obligó a los inversionistas postores a constituir una sociedad espejo que repitiera la misma composición accionaria de los inversionistas en la empresa concesionaria, para que dicha sociedad espejo realizara la operación de los servicios de transporte ferroviario.

En efecto, primero la Circular No. 17 modificó el esquema original del concesionario-operador, estableciendo que el concesionario no podría prestar directamente el servicio de transporte, sino que debía *"contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte"*<sup>1</sup>.

Esta circular No. 17 fue luego aclarada por la circular No. 43<sup>2</sup> según la cual *"No existe limitación ni restricción alguna en cuanto a la participación del Concesionario en alguna de las empresas operadoras [de servicios de transporte]"*.

---

<sup>1</sup> Circular No. 17, de fecha 15 de marzo de 1999.

<sup>2</sup> Circular de fecha 7 mayo de 1999.

Sin embargo, al final, el tema del operador quedó zanjado definitivamente mediante Circular No. 73<sup>3</sup>, al obligarse al concesionario a contratar la operación del transporte ferroviario con una sociedad espejo que repitiera la misma composición accionaria de los inversionistas postores en la empresa concesionaria

Así, la Circular No. 73 fue categórica y contundente, al precisar que:

***“A la Fecha de Cierre, el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditar el Concesionario que ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea, deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario, de forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participaciones con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales”.***

En consecuencia, la Circular No. 73 y, por ende, el contrato de concesión obligó a los inversionistas adjudicatarios de la buena pro a constituir una sociedad espejo operadora de los servicios de transporte ferroviario con quien la empresa concesionaria estaba obligada a celebrar el contrato respectivo. **Así nació PERURAIL, como obligación impuesta por el contrato de concesión (al cual se integró la Circular No. 73).**

Adicionalmente, las cláusulas 6.1 y 6.2 del contrato de concesión que finalmente suscribió FETRANS establecen que *“La explotación de la Concesión se realizará mediante el aprovechamiento de los Bienes de la Concesión”* y que el contrato de concesión *“es título suficiente para que el Concesionario pueda explotar los Bienes de la Concesión”*.

Queda clara, entonces, la obligación y derecho de los inversionistas adjudicatarios de la buena pro de explotar, a través del concesionario

---

<sup>3</sup> Circular de fecha 3 de setiembre de 1999.



y de la sociedad espejo operadora de los servicios de transporte ferroviario, todos los bienes de la concesión, tal como éstos fueron definidos en el propio contrato, que incluye el material tractivo y rodante. La Circular No. 73, antes citada, simplemente obliga a que esta explotación se realice a través de PERURAIL, el operador vinculado con la misma conformación accionaria que el concesionario.

Lo anterior resulta lógico si consideramos que el propósito de la privatización fue que los inversionistas que obtuvieran la buena pro sustituyeran a ENAFER en la operación de los ferrocarriles, utilizando todo el material tractivo y rodante, así como los repuestos de dicho material, repuestos que fueron adquiridos y pagados por dichos inversionistas. La única forma como se materializaría la continuidad del servicio de transporte ferroviario que prestaba ENAFER y que exigía el contrato de concesión, era dotando al operador de los mismos bienes que ENAFER poseía para la prestación del servicio. Dada la modalidad del proceso de privatización utilizada, habría sido ineficiente e irracional limitar el uso de dichos bienes al operador que sustituiría a ENAFER porque ello hubiera impedido prestar un servicio que cubriera todas las necesidades de transporte.

Este modelo de integración por el cual optó el Estado peruano al otorgar en concesión los ferrocarriles es similar al adoptado en distintas partes del mundo<sup>4</sup> y responde básicamente al objetivo de recuperar y acondicionar la infraestructura ferroviaria que se encontraba en muy malas condiciones al momento de la concesión, así como garantizar que se contara con un servicio de transporte seguro, confiable y de la mejor calidad. En este extremo, PERURAIL

---

<sup>4</sup> Ver, al respecto, el informe de la Universidad del Pacífico presentado por FETRANS y que obra en este expediente.



hace suyos los argumentos expresados por FETRANS, tanto directamente como a través de los estudios económicos presentados.

Queda demostrado, así, que el contrato de concesión fue suscrito por un consorcio que se comprometió específicamente a constituir dos empresas; una para actuar como concesionaria de la infraestructura ferroviaria y la otra como operadora del servicio de transporte correspondiente. Sólo de esta forma podría cumplir con los objetivos y las obligaciones que se asumió frente al Estado.

Como contraparte lógica, el Estado asumió el compromiso de confiarle a este consorcio la explotación del negocio de los ferrocarriles del sur y del sur oriente, a través de las sociedades que estos inversionistas se obligaron a constituir para el efecto. Esto implica que los inversionistas ganadores de la buena pro tenían derecho a explotar, de un lado, la infraestructura ferroviaria y, del otro, el material tractivo y rodante, tal como expresamente lo dice el contrato de concesión. Ello supone el derecho de dichos inversionistas de explotar en su totalidad el material tractivo y rodante a través de la sociedad operadora del servicio de transporte ferroviario que crearon, PERURAIL.

En consecuencia, PERURAIL tenía legitimidad para la explotación del material tractivo y rodante, vía contrato de arrendamiento con FETRANS, en virtud del compromiso del Estado al amparo de la legislación en materia de privatizaciones y de la función orientadora del desarrollo del país en materia de servicios públicos e infraestructura, que corresponde al Estado de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.

En este contexto, PERURAIL realizó las acciones necesarias para prestar servicios de transporte ferroviario de acuerdo con el contrato

de concesión y la ley vigente. Para tal efecto, cumplió con los requerimientos establecidos en el Reglamento que regula los Procedimientos para el Otorgamiento del Permiso de operaciones del servicio de transporte ferroviario (aprobado por Decreto Supremo No. 27-99-MTC) y, consecuentemente, obtuvo el respectivo permiso de operaciones, el cual le fue otorgado mediante Resoluciones Directorales No. 2479 y 2480-99-MTC/15.18, y fue prorrogado por Resolución Directoral No. 035-2004-MTC/14.

## 1.2 Del contrato de alquiler entre PERURAIL y FETRANS

Al amparo del marco legal y contractual descrito, PERURAIL suscribió con FETRANS un contrato de acceso a la vía, así como un contrato de alquiler del material tractivo y rodante que le había sido otorgado en concesión. De esta manera, se dio estricto cumplimiento a las estipulaciones contenidas en el contrato de concesión.

Como se ha señalado, el propósito de la privatización fue que los inversionistas que obtuvieran la buena pro sustituyeran a ENAFER en la operación de los ferrocarriles, utilizando todo el material tractivo y rodante, así como los repuestos de dicho material, para prestar los servicios de transporte ferroviario. Por ello se obligó al concesionario a adquirir dichos repuestos.

Así, el contrato de alquiler debía hacerse necesariamente sobre todo el material tractivo y rodante otorgado en concesión, ya que todo este material era requerido para satisfacer las necesidades de transporte y era obligación del concesionario explotar ese material a través del operador. Incluso PERURAIL se vio obligado a adquirir material tractivo y rodante adicional, tal como ha sido demostrado en el presente procedimiento. En efecto, el último informe preparado por

Apoyo Consultoría demuestra la plena utilización del material tractivo y rodante para prestar los servicios de transporte requeridos.

Concordantemente con todo lo anterior, el contrato de acceso a la vía y alquiler de material tractivo y rodante entre FETRANS y PERURAIL fue oportunamente aprobado por el regulador, OSITRAN, lo cual corrobora la plena validez y legitimidad de dicho instrumento. La legalidad de este contrato de alquiler no ha podido ser cuestionada o negada, ni siquiera por la Secretaría Técnica<sup>5</sup>.

En consecuencia, ha quedado plenamente demostrado que el contrato de alquiler de material tractivo y rodante suscrito entre FETRANS y PERURAIL no sólo se enmarca en las disposiciones contractuales y legales vigentes (tanto al tiempo de celebración como actualmente), sino que además representa el estricto cumplimiento de una obligación expresa contenida en el contrato de concesión.

No se trata, pues, de un contrato que tuvo por objeto restringir o limitar la competencia, o discriminar a posibles competidores, como equivocadamente sostiene FERSIMSAC; sino que se trata de un contrato que tuvo por objeto cumplir las disposiciones contractuales asumidas por FETRANS frente al Estado.

El ejercicio regular del derecho a la explotación de la totalidad del material tractivo y rodante conferido por el Estado a los inversionistas a través de FETRANS y PERURAIL no importa, pues, abuso alguno

## **1.2 De la imposibilidad de modificar el contrato de alquiler**

---

<sup>5</sup> Ver numerales 322 a 324 del Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC.

Habiéndose demostrado que la relación contractual entre FETRANS y PERURAIL sobre el material tractivo y rodante es plenamente válida y legal, desarrollaremos a continuación las normas constitucionales y legales que protegen dicha relación e impiden a cualquier autoridad administrativa interferir en sus términos, ya sea a efectos de modificarlos o de condicionarlos a futuro.

En primer lugar, es de destacar el rango constitucional de la protección que otorga nuestro sistema legal a los contratos y a la libertad contractual. Básicamente son dos los preceptos constitucionales que cabe citar al respecto:

*“Artículo 2: Toda persona tiene derecho:*

*(...)*

*14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. (...).”*

*“Artículo 62: La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.*

*Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.*

*Los conflictos derivados de relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la Ley. (...).”*

Como puede verse, las dos disposiciones citadas consagran el derecho a la libertad contractual, la cual es considerada incluso un derecho fundamental en el artículo 2°, siempre que ésta sea ejercida dentro del marco de la ley, como es el caso del contrato de alquiler suscrito entre FETRANS y PERURAIL. Estas libertades constitucionales son concordantes con lo establecido en el inciso a) del numeral 24 del artículo 2° del mismo cuerpo legal, que dispone que nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe.

Sobre la libertad e intangibilidad contractuales, Torres y Torres Lara, en su libro *La Constitución Económica en el Perú*<sup>6</sup>, ha explicado:

*“Uno de los cambios introducidos por la Constitución 1993, es la prohibición expresa de que el estado pueda modificar mediante leyes u otras disposiciones, los contratos. Esto es una respuesta al excesivo intervencionismo con que el estado penetró en los contratos privados, hasta que éstos perdieron casi por completo su seguridad. (...) La Constitución de 1993 pretende retornar a un régimen de mayor seguridad contractual, trasladando vía judicial, la solución de conflictos por excesiva onerosidad, por modificación substancial de las condiciones pre-existentes o por cualquier otra razón que justifique una revisión y ajuste del contrato”.*

Por su parte, al comentar el artículo 62° de la Constitución, Marcial Rubio manifiesta lo siguiente:

*“Que esta garantía es aplicable a todos los contratos siendo una manifestación de seguridad jurídica de la libertad de contratar, en sentido genérico, reconocida como derecho fundamental en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución. Esta interpretación encontraría su fundamento en la seguridad jurídica (...)”<sup>7</sup>.*

En consecuencia, queda claro que los contratos suscritos sin contravenir norma legal alguna no pueden ser modificados por leyes ni disposiciones de cualquier clase, siendo éste un derecho fundamental.

Las citadas disposiciones constitucionales son recogidas también en las normas del Código Civil, que nuevamente consagran las señaladas libertad y seguridad contractuales:

---

<sup>6</sup> Torres y Torres Lara, Carlos. *La Constitución Económica en el Perú*. Serie: Debate Constitucional. Inversión registrada en el CONITE. Edición 1998. Lima, Perú. Pág. 33.

<sup>7</sup> Rubio Correa, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1999. Pags 177-197.

*“Artículo 1354: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”*

*“Artículo 1361: Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. (...)”*

A partir del marco legal citado, la doctrina es unánime<sup>8</sup> al señalar que la libertad de contratación, basada en la autonomía privada, implica el ejercicio de los siguientes derechos: libertad de contratar, que consiste en decidir libremente con quien contratar, así como la libertad contractual, que consiste en decidir libremente el contenido, el tipo y la forma del contrato, sin que ningún tercero o el propio Estado determine las condiciones de contratación de las partes.

Sobre estas libertades, Gutierrez Camacho señala:

*“La libertad de contratar no es otra cosa que la posibilidad de que los particulares decidan libremente sobre su patrimonio, determinando con la misma libertad el contenido de sus convenios y sin mayor peligro de la intervención del Estado. (...) lo querido por las partes debe ser respetado por todos, incluido el Estado, siempre que tal acuerdo no colisione con la Ley (...) en principio un juez no puede declarar nulo o ineficaz un contrato por considerarlo injusto. El contrato, lo mismo que cualquier otro acto jurídico, no necesita cumplir más requisitos que los exigidos por el ordenamiento”<sup>9</sup>.*

La libertad contractual, así concebida, es base fundamental del modelo de economía social de mercado consagrado en la Constitución. Por ese motivo, el citado artículo 62° se encuentra en el capítulo del Régimen Económico de la Constitución, precedido del artículo 58°,

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, De la Puente y Lavalle, Manuel. “La libertad de Contratar”. En: Revista THEMIS 33. Año 1996. Lima, Peru. Págs. 7-14. Asimismo, Gutierrez Camacho. “Contratos en General”. En Código Civil Comentado, Tomo VII. Gaceta Jurídica. Noviembre 2004. Lima, Perú. Págs. 40 – 46. Finalmente, Alpa, Guido. “El Contrato en el derecho privado italiano actual”. En: Estudios sobre el Contrato en General, por los sesenta años del Código Civil Italiano. Ara Editores. Lima, Perú. Págs. 125 – 154.

<sup>9</sup> Ibid. Pág. 47.



que establece que **la iniciativa privada es libre**, así como del artículo 59°, que consagra **la libertad de empresa**.

Sobre el particular, Carlos Cárdenas Quiroz en su artículo "Autonomía Privada, Contrato y Constitución"<sup>10</sup> manifiesta:

***"La economía de mercado se basa en la contratación, y si la contratación no es segura, no puede producirse lo que se llama estabilidad para que el capital interno permanezca en el Perú y el externo sea convocado al país"<sup>11</sup>.***

En el mismo sentido se pronuncia Gutierrez Camacho:

***"La libertad de contratación no sólo es un derecho fundamental sino el prerrequisito básico para alcanzar la eficiencia económica. La expresión jurídica del libre juego de la oferta y la demanda, de la libertad de transacción, es la libertad de contratación. Esta, junto con el reconocimiento del derecho de propiedad, son la base de los derechos patrimoniales y, en gran medida, de ellos descienden todas las demás libertades económicas"<sup>12</sup>.***

Por su parte, Alfredo Bullard señala que el funcionamiento de un sistema de mercado no es otra cosa que el sistema de Derecho de Contratos<sup>13</sup>, lo que explica en los siguientes términos:

***"En el mercado existe una determinada cantidad de bienes y servicios disponibles que son adquiridos por sus consumidores a cambio del pago de precios o contraprestaciones. Es así como el mercado nos va llevando, paulatinamente, a situaciones más y más eficientes, a través de una serie de operaciones de intercambio. El resultado es una mejora paulatina en el bienestar general, consecuencia natural de la sumatoria de la mejora en los bienestar individuales. Esa es la función principal de los contratos".***

<sup>10</sup> En: De la Puente y Lavalle, Manuel; Cardenas Quiroz, Carlos; Gutierrez Camacho, Walter. "Contrato y Mercado". Gaceta Jurídica. Primera Edición. Enero 2000. Lima-Perú. pag 68-82

<sup>11</sup> ibid pag 76

<sup>12</sup> ibid.52

<sup>13</sup> Código Civil Comentado Tomo VII "Contratos en General". Gaceta Jurídica. Noviembre 2004. Lima - Perú. Pág. 63.

Posteriormente, el mismo Bullard agrega:

*“(...) entendemos que la Constitución actual removió el principio de protección al interés social como justificación al intervencionismo estatal, lo cual es consistente con el modelo que hemos descrito líneas arriba. Así, la intervención contractual para fines redistributivos no sólo es inconveniente, sino que sería **inconstitucional**”<sup>14</sup>.*

De esta manera, queda ampliamente demostrada la intangibilidad de los contratos celebrados al amparo de la legislación vigente, así como la incapacidad del Estado de intervenir en éstos, ya sea para modificarlos, dejarlos sin efecto o condicionarlos.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 379-2000-AA/TC, también se ha pronunciado sobre la libertad y seguridad contractuales, señalando que son oponibles incluso al Estado:

*“(...) De acuerdo al artículo 2, inciso 14 y 62 de la Constitución, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de contratación garantiza a que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato; esto es que no se impida, obstaculice o disuada, irrazonablemente, por terceros o por el propio Estado, que las partes puedan suscribir convenios contractuales, siempre que ellos se pacten de acuerdo con las normas vigentes al tiempo del contrato”.*

En consecuencia, queda claro que la libertad e intangibilidad contractuales no sólo constituyen un derecho fundamental, sino que además **el Estado no puede condicionar, impedir u obstaculizar el establecimiento de relaciones contractuales que se enmarcan en las normas legales vigentes.**

<sup>14</sup> Ibid. Págs. 68 y 69.



Mucho menos podría el Estado, unilateralmente, dejar sin efecto condiciones contractuales válidamente pactadas por las partes. Al respecto, resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 1400-91-Arequipa, al resolver una acción de amparo:

*"(...) los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, por lo que la actitud del Alcalde demandado de anular el contrato unilateralmente ha conculcado el derecho de la accionante al debido proceso ya que solamente los jueces tienen la facultad de resolver o anular los contratos, previo el proceso judicial correspondiente."*

De acuerdo con todo lo expuesto en el presente acápite, habiéndose demostrado y reconocido la legalidad del contrato de alquiler entre FETRANS y PERURAIL, resulta evidente que no puede ser alterado, modificado ni dejado sin efecto por ninguna autoridad administrativa. El Estado, en general, carece de facultades para intervenir en las relaciones contractuales que se establezcan entre FETRANS y PERURAIL en cumplimiento del marco legal existente, incluido el contrato de concesión, cuando ambas decidieron entrar al mercado e invertir en el sector ferroviario.

Cabe recordar además de todas las normas legales y constitucionales anteriormente citadas, el Decreto Supremo No. 59-96-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras de infraestructura y de servicios públicos, establece en su artículo 13° que *"el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros"*.

Finalmente, conviene citar nuevamente al Tribunal Constitucional, en la Sentencia No. 009-2001-AI/TC:

*"(...)considera el Tribunal que si el Estado permitió que los inversionistas se dediquen a la explotación de determinadas actividades económicas bajo ciertas condiciones, entonces, no es razonable que poco tiempo después cambie bruscamente tales reglas exigiendo la satisfacción de requisitos y condiciones (...)".*

No es posible, por lo tanto, que si el contrato de alquiler fue considerado válido y legal al iniciarse la explotación del servicio, ahora las reglas de juego sean unilateralmente variadas vía una interpretación del contrato de concesión –ni siquiera una disposición legal- y realizada, además, por una autoridad que carece de competencia. No es posible que de esa manera se pretendan modificar los términos contractuales o imponerles condiciones futuras.

En consecuencia, la pretensión de FERSIMSAC, consistente en que la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI intervenga a efectos de alterar las condiciones contractuales pactadas entre PERURAIL y FETRANS, así como obligar a ésta a arrendarle parte de su material tractivo y rodante, no sólo es contraria a las estipulaciones del contrato de concesión, como lo ha explicado ampliamente FETRANS, sino que vulnera la seguridad jurídica y la libertad contractual consagradas en la Constitución. En efecto, la imposición de condiciones contractuales para el alquiler de este material implica una modificación de las reglas de juego bajo las cuales nuestra empresa decidió invertir y participar en la operación de los ferrocarriles del sur y sur oriente, lo cual representa una clara vulneración de la seguridad jurídica y un atentado contra la libertad contractual.

2. INDECOPI es incompetente para determinar las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante entre FETRANS y PERURAIL y peor aún para modificar condiciones ya existentes

Adicionalmente a los argumentos expuestos en el numeral 1 precedente, que impedirían a cualquier autoridad administrativa intervenir en el contrato de alquiler entre FETRANS y PERURAIL, a continuación desarrollaremos el marco legal que regula la actividad de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, el cual refuerza lo señalado anteriormente, determinando una clara incompetencia de esta Comisión para intervenir o condicionar la relación contractual entre FETRANS y PERURAIL.

2.1 Las actuaciones de la Administración Pública deben regirse por el denominado principio de legalidad, conforme al cual toda actividad administrativa debe sustentarse en una Ley previa. Es decir, que el Estado únicamente podrá actuar en virtud de las facultades que previamente le han sido atribuidas por las normas legales.

Al respecto, la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG) considera el principio de legalidad como el primer principio que debe regir la actuación de las entidades que conforman la Administración Pública. Dicho principio es definido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley de la siguiente manera:

***“Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.***

Este principio constituye una obligación para la Administración Pública a la vez que implica una garantía para los administrados toda vez que

impone determinados límites a la Administración y evita que ésta actúe de manera arbitraria afectando los derechos de los particulares.

- 2.2 Una de las expresiones del principio de legalidad es la **competencia**. Efectivamente, como se ha dicho anteriormente, las entidades de la Administración Pública únicamente pueden actuar en el marco de las facultades que le han sido atribuidas por las normas legales. Al respecto, la LPAG al definir la competencia, requisito de validez de los actos administrativos, señala que todo acto debe:

*“Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión”.*

En el caso concreto de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, la aplicación del principio de legalidad y del requisito de competencia supone que sus actos se encuentran restringidos a las atribuciones que le han sido expresamente conferidas en virtud del Decreto Legislativo N° 701 y sus normas modificatorias o complementarias. En consecuencia, de emitir una resolución excediendo las facultades que le han sido conferidas por las mencionadas normas, la Comisión de Libre Competencia estaría vulnerando el principio de legalidad y uno de los elementos esenciales del acto administrativo. En tal supuesto, su decisión sería nula de pleno derecho, al amparo del artículo 10° de la LPAG.

- 2.3 De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 701 las competencias de INDECOPI se limitan a dos acciones:

- **Poner en conocimiento del Ministerio Público los hechos** que considere que configuran un delito (Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 957); e
- **Imponer sanciones** (artículo 23<sup>o15</sup>);

Al respecto FLINT señala:

*"Por lo tanto podemos decir que los efectos jurídicos de las conductas o actos prohibidos por la legislación regulatoria de la competencia comprende sanciones mediante las cuales se castigan los actos configurativos de delitos, contemplándose además sanciones administrativas y sanciones pecuniarias."<sup>16</sup>*

Como se puede apreciar, el Decreto Legislativo N° 701 no hace referencia alguna a la posibilidad de implementar medidas correctivas u otras medidas adicionales, como tampoco lo hace el Decreto

<sup>15</sup> "Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción."



Legislativo N° 807, ni ninguna otra norma que confiera facultades a la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI.

- 2.4 Existen otras Comisiones de INDECOPI a las cuales se han conferido mayores facultades. Es el caso de la Comisión de Protección al Consumidor, a la cual se le permite dictar una serie de medidas correctivas expresamente establecidas<sup>17</sup>. Igualmente, se permite a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal dictar medidas que tengan por objeto restituir la situación anterior a la realización del acto desleal<sup>18</sup>.
- 2.5 Cabe notar, además, que todas las medidas adicionales que pueden dictar las referidas comisiones de INDECOPI tienen por objeto el **cese** de las acciones consideradas ilegales o la **restitución** de la situación al estado anterior a la vulneración de la ley.

Evidentemente, **en ningún caso se han otorgado facultades para alterar o modificar relaciones contractuales legal y válidamente establecidas**. Como hemos desarrollado en extenso en el acápite precedente, ni siquiera una ley podría conferir una facultad de esa naturaleza a la autoridad administrativa, porque ello supondría una abierta violación a las normas constitucionales, particularmente a las contenidas en el artículo 2°, inciso 14 y el artículo 62°.

<sup>16</sup> FLINT, Pinkas. "Tratado de Defensa de la Libre Competencia". Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2002. p. 416.

<sup>17</sup> **Ley de Protección al Consumidor** (cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 39-2000-ITINCI):

*Artículo 42.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, deberá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas (...)*

<sup>18</sup> **Ley de Represión de la Competencia Desleal** (cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 39-2000-ITINCI):

*Artículo 22.- El afectado por un acto de competencia desleal podrá solicitar en su denuncia:  
(...)*

2.6 Sobre este extremo, cabe precisar que la Secretaría Técnica incurre en graves errores en su informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, que sirve de sustento para el inicio del procedimiento sancionador contra FETRANS. En efecto, la Secretaría Técnica no sólo sostiene tener facultades para intervenir en las relaciones contractuales entre privados (lo cual es reiterado en las recomendaciones del informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC), sino que además cita equivocadamente una serie de resoluciones administrativas que en ningún caso involucran la intromisión de las autoridades en relaciones contractuales válidamente establecidas.

Las tres (3) resoluciones de INDECOPI citadas por la Secretaría Técnica ordenan a la empresa infractora **cesar** los actos considerados ilegales que, en este caso, consistían en negarse a contratar. De esta forma, al obligarla al cese, se forzaba a la empresa a contratar con quien anteriormente se había negado. Sin perjuicio de lo cuestionable que resulten estas órdenes de cese de INDECOPI (por ir más allá de una estricta sanción), lo cierto es que ninguna de estas resoluciones implicaba dejar sin efecto o modificar una relación contractual válidamente establecida; y mucho menos imponían condiciones de contratación (tales como cantidades o plazo de vigencia).

Además de estas resoluciones de INDECOPI, la Secretaría Técnica cita dos resoluciones de OSIPTEL. Este organismo regulador, sin embargo, cuenta con facultades mucho más amplias que las de INDECOPI, habiéndosele conferido de manera expresa la posibilidad de dictar **mandatos** para el establecimiento de relaciones

---

*j) Cualquier otra medida que tenga por objeto restituir al perjudicado a la situación anterior a la realización del acto.*

contractuales cuando las partes se negaran **ilegalmente** a contratar<sup>19</sup>. A pesar de estas facultades expresas, las resoluciones de OSIPTEL citadas por INDECOPI tampoco modifican contratos válidamente celebrados. En la Resolución No. 62-2000-CCO/OSIPTEL se declaró fundada la denuncia interpuesta contra Telefónica Multimedia y se determinó que ciertas estipulaciones resultaban inexigibles e inoponibles; pero el sustento de tal decisión fue que dichas estipulaciones fueron pactadas **en contravención a las normas legales vigentes** al momento de su suscripción.

Por lo tanto, queda claro que **no es posible que autoridad alguna pueda modificar las relaciones contractuales válida y legalmente pactadas por las partes**. Menos aún la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, que ni siquiera tiene facultades para imponer medidas correctivas; y mucho menos para imponer condiciones de contratación. Como se ha explicado, la única facultad que se ha conferido a INDECOPI es la de imponer sanciones.

- 2.7 Por último, la falta de competencia de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI con respecto a medidas correctivas queda nuevamente corroborada con el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia propuesto por INDECOPI y que constituye aún un mero proyecto de norma. Este proyecto recién incorpora en su artículo 32<sup>20</sup> la posibilidad de que la Comisión de Libre Competencia dicte

---

<sup>19</sup> Facultades que, además, cuentan con un respaldo constitucional por referirse a servicios públicos.

<sup>20</sup> **Artículo 32.- Medidas correctivas.-**

*Sin perjuicio de la sanción que se imponga por infracción a la Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:*

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones.*
- b) La obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones.*
- c) La ineficacia de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.*
- d) El acceso a sistemas, redes, asociaciones o servicios que sean decisivos para la competencia, inclusive bajo determinadas condiciones.*



medidas correctivas, dejando así en evidencia que, a la fecha, esta comisión de INDECOPI carece de facultad para dictar medidas correctivas y, con mayor razón, resulta incompetente para intervenir en relaciones contractuales vigentes.

En consecuencia, aun en la hipótesis que INDECOPI considere que se ha incurrido en una violación a las normas que protegen la libre competencia, **únicamente podría imponer una sanción a FETRANS** por tal hecho, no encontrándose facultada para imponer condiciones ni para intervenir en forma alguna en las relaciones contractuales que se establezcan entre PERURAIL y FETRANS.

- 2.8 Aclarado el marco legal en el cual la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI debe ejercer sus facultades, puede afirmarse con toda seguridad que no es posible para esta Comisión implementar una medida correctiva consistente en la resolución o modificación del contrato de arrendamiento y el establecimiento de condiciones que deberán regir las relaciones contractuales entre FETRANS con PERURAIL sobre el arrendamiento del material tractivo y rodante.

La pretensión intervencionista de INDECOPI no cuenta con sustento legal alguno en la medida que **la autoridad administrativa no puede intervenir en contratos suscritos en estricto cumplimiento del marco legal**; y, además, porque la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI **incluso carece de competencias para dictar medidas correctivas.**

---

*De manera excepcional cuando la imposición de multas fuere insuficiente para corregir la implementación de prácticas explotativas, la Comisión podrá dictar medidas correctivas de tipo estructural, tales como ordenar la escisión o reorganización de la empresa o la venta de una parte de sus activos.*

- 2.9 Cabe precisar que OSITRAN tampoco cuenta con facultades para dictar medidas correctivas y establecer las condiciones que deben regir en los contratos de arrendamiento del material tractivo y rodante de FETRANS.

Las facultades de OSITRAN en relación con el dictado de mandatos<sup>21</sup> se encuentra circunscritas a las competencias que han sido legalmente otorgadas al Regulador y que para el caso concreto se encuentran desarrolladas en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, Resolución N° 14-2003-CD/OSITRAN (el REMA), el cual regula los procedimientos a seguir – incluyendo la posibilidad de dictar mandatos- a efectos de permitir el acceso de usuarios intermedios **a aquellas instalaciones de transporte que son consideradas facilidades esenciales.**

Sin embargo, de la simple lectura del REMA y, en especial, del Anexo 2 que incorpora las instalaciones que constituyen facilidades esenciales, queda claro que, en lo correspondiente a las actividades ferroviarias, el materia tractivo y rodante no ha sido considerado como facilidad esencial y, por ello, **OSITRAN se ha considerado incompetente para pronunciarse sobre el acceso al mencionado material y, por ende, carente de facultades para dictar mandatos y demás condiciones contractuales en relación con tales bienes.**

Es más, con ocasión del dictado de una modificación al REMA – a través de la Resolución N° 054-2005-CD-OSITRAN- incluso el servicio de transporte ferroviario ha dejado de ser considerado como un servicio esencial, quedando claramente establecido que OSITRAN

---

*Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para el obligado a cumplirlos, que el remedio estructural.*

carece de competencia para determinar condiciones contractuales en este segmento del mercado.

3. **El mercado de servicios de transporte ferroviario tiene naturalmente barreras económicas de acceso que deben ser superadas por cualquier entrante, sin que ello implique trato discriminatorio**

El mercado de transporte ferroviario ha sido típicamente un mercado monopólico, al igual que otros mercados que se caracterizan por la presencia de redes (telecomunicaciones, electricidad, carreteras). Sin embargo, a partir de los años 90 estos mercados fueron objeto de procesos de privatización y liberalización en todo el mundo. El Perú siguió esta tendencia y, al momento de decidir la privatización de los servicios ferroviarios, optó también por su liberalización; es decir, por permitir la competencia en el segmento de transporte. Sin embargo, la introducción de competencia no fue su objetivo principal.

Como indica Tamayo en su informe "Análisis de Competencia en el Sector Ferroviario"<sup>22</sup>, el diseño de concesión integral por el que optó el Estado peruano, contempló un sistema de incentivos "*orientado principalmente a mejorar la calidad de la infraestructura ferroviaria y la operación eficiente y segura del transporte*". Agrega que, "*Sin embargo, prestó atención secundaria a la competencia*"<sup>23</sup>.

En efecto, existen diversos modelos de liberalización e introducción de competencia para mercados típicamente monopólicos, dependiendo de cuan importante o conveniente sea el objetivo de generar competencia, frente a otros objetivos. Por lo general, las medidas que se adoptan para la

<sup>21</sup> Competencia otorgada por el artículo 3° de la Ley Marco de Organismos Reguladores, Ley N° 27332.

<sup>22</sup> Informe preparado para OSITRAN, de fecha 13 de setiembre de 2000.

<sup>23</sup> Ibid, Pág. 23.

liberalización del mercado involucran el establecimiento de reglas claras de acceso no discriminatorio a las redes o instalaciones consideradas esenciales<sup>24</sup>, de modo que la competencia sea posible.

La liberalización del mercado ferroviario en el Perú no ha sido una excepción y, por lo tanto, se ha impuesto a los concesionarios de las líneas férreas la obligación de brindar acceso no discriminatorio a las vías a cualquier operador que cuente con las licencia de operación respectiva y cumpla determinados requisitos legales. Esta ha sido la única medida relativa a la competencia incluida en el modelo de privatización de este sector.

Sin embargo, en la medida que este mercado, originalmente monopólico, presenta barreras naturales de entrada, en algunos casos se adoptan medidas adicionales para asegurarse el ingreso de competidores, las cuales implican reducir o subsidiar artificialmente tales barreras. A estos modelos de privatización, que cuentan con medidas adicionales para “ayudar” a los nuevos competidores, se les denomina mercados con “entrada asistida”.

Sobre el particular, Armstrong, Cowan y Vickers explican que la política pública que debe implementarse en industrias con presencia de redes (como la industria ferroviaria), involucra la necesidad de responder varias preguntas. Una de ellas es la relativa a la liberalización (o entrada de competencia). Al respecto, se preguntan si debería permitirse que la empresa que tiene el monopolio sobre las redes tenga también el monopolio sobre los sectores competitivos que se soportan en tales redes, o si debe establecerse el derecho a la libre entrada de competidores; y en el supuesto de optar por la libre entrada, se preguntan si ésta debe ser

---

<sup>24</sup> FETRANS ha desarrollado ampliamente el concepto de instalaciones o facilidades esenciales, así como su inaplicabilidad al material tractivo y rodante.

restringida (a un número máximo de competidores), si debe ser asistida o ninguna de las anteriores<sup>25</sup>. Posteriormente desarrollan todas estas opciones, entre ellas, la de entrada asistida, explicando que cada opción puede resultar válida dependiendo de las características del mercado y los objetivos que se busque alcanzar<sup>26</sup>.

Como lo ha señalado Tamayo en la cita anterior y como lo ha explicado ampliamente FETRANS a lo largo de este proceso (tanto en sus propios escritos como en los estudios económicos presentados) el modelo de privatización de los ferrocarriles en el Perú tuvo como principal objetivo mejorar la infraestructura y proveer un servicio de transporte seguro y confiable, siendo la competencia un objetivo secundario.

Sobre el particular, las declaraciones de los funcionarios de PROINVERSION, que ofrecemos como prueba, deberán corroborar que el modelo de concesión de los ferrocarriles no incluyó la obligación de alquilar a terceros el material tractivo y rodante otorgado en concesión, así como tampoco contempló otras facilidades (además del acceso a la vía), para asistir la entrada de competidores.

Por ese motivo, si bien se optó por el modelo de liberalización, no se dictó ninguna medida adicional que facilitara la entrada de competidores al mercado, limitándose a establecer el derecho de todos de acceder a la vía en las mismas condiciones. Más aún, se limitó la posibilidad de competencia, al establecerse la prohibición de que los concesionarios de un ferrocarril o sus empresas vinculadas entraran a brindar servicios de transporte en el otro ferrocarril<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Armstrong, Cowan y Vickers. Regulatory Reform. Economic Analysis and British Experience. The MIT Press. Londres, Inglaterra. 1995.

<sup>26</sup> La opción de la entrada asistida es explicada en las páginas 120 a 125 de la obra citada de Armstrong, Cowan y Vickers.

<sup>27</sup> La cláusula 12.2 del Contrato de Concesión suscrito para los tres ferrocarriles concesionados (centro, sur y sur oriente) establece en su primer párrafo la obligación del concesionario de permitir



En consecuencia, queda absolutamente claro que la concesión de los ferrocarriles en el Perú no responde a un modelo de entrada asistida. Por lo tanto, cualquier competidor debe asumir los costos de ingresar al mercado y superar las barreras de entrada que éste naturalmente presenta.

Las barreras naturales de entrada generalmente son económicas, ya que se refieren a que el entrante deberá incurrir en importantes inversiones para prestar sus servicios. En algunos mercados, estas inversiones son especialmente elevadas y resulta difícil para el entrante recuperarlas. Ejemplo de este tipo de inversiones son aquellas en las que debe incurrir un entrante para ingresar a operar en mercados como el de transporte aéreo, marítimo o ferroviario.

En efecto, como lo ha explicado correctamente la Secretaría Técnica en su Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, el operador aéreo o marítimo debe incurrir en una inversión considerable para adquirir su propia flota de aeronaves o embarcaciones. Agrega la misma Secretaría Técnica que:

*“En estos mercados, que duda cabe, ningún operador entrante puede exigir al ya establecido el alquiler de sus aeronaves o embarcaciones para comenzar a operar, pues esta conducta podría ser considerada como parasitaria (free riding). En efecto, el operador ya establecido que invirtió en la adquisición (por compraventa, arrendamiento o cualquier otro acto jurídico) de su flota en principio no está sujeto a la obligación de compartir sus activos con sus competidores”.*

---

el ingreso a las líneas férreas. Sin embargo, en el penúltimo párrafo establece que el concesionario de un ferrocarril no puede participar ni directa ni indirectamente en la operación de servicios de transporte de otro ferrocarril:

*“Asimismo, el Concesionario asume la responsabilidad directa de que Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en el que, directa o indirectamente, participa el propio Concesionario, sus socios, accionistas, participacionistas o las Empresas Vinculadas de ellos o del Concesionario, no desarrolle Servicios de Transporte Ferroviario en otro ferrocarril (...)”.*

Tal como lo ha explicado la Secretaría Técnica, entonces, brindar una entrada asistida, obligando a las empresas establecidas a compartir sus inversiones, puede resultar perjudicial y distorsionar la competencia.

**El Tribunal** de la Comisión Europea se ha pronunciado en el mismo sentido, con relación, precisamente, a la obligación de compartir el material tractivo y rodante adquirido por empresas ferroviarias<sup>28</sup>. El pronunciamiento del Tribunal frente a la pretensión formulada por European Night Services (ESN) señaló, en el considerando 221, lo siguiente:

*“En cuanto al suministro a ENS de locomotoras especializadas para el túnel bajo el Canal de la Mancha y del personal de las mismas, el beneficio que por sí solo supone para la empresa dicho servicio sólo obstaculizaría el acceso de terceros si dichas locomotoras y el personal de las mismas debieran considerarse recursos esenciales. Ahora bien, en la medida en que las locomotoras especializadas y el personal de las mismas no pueden calificarse de recursos esenciales, ..., no cabe afirmar que suponga una restricción de la competencia frente a terceros el hecho de que los acuerdos de explotación de los servicios de trenes nocturnos provean el suministro de dichos recursos a ENS”.*

Adicionalmente, en el considerando 216 el Tribunal manifestó:

*“El hecho de que las empresas notificantes (ENS y otros) sean las primeras en haber adquirido en el mercado las mencionadas locomotoras no significan (sic) que sean las únicas que pueden adquirirlas”*

Por su parte, Armstrong, Cowan y Vickers también explican los eventuales perjuicios de una entrada asistida en los siguientes términos:

*“Desde un punto de vista teórico, entonces, parece que los subsidios a la entrada tienen efectos ambiguos en el bienestar. Pueden estimular una competencia beneficiosa que de otro modo no existiría, pero*

<sup>28</sup> Asuntos Acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94. European Night Services y otros vs. Comisión de las Comunicades Europeas.

*pueden distorsionar la competencia y dañar la eficiencia productiva. En la práctica, sin embargo, los subsidios directos usualmente no son posibles. (...) Un instrumento más probable para promover la competencia es exonerar a los entrantes de los costosos requerimientos que se impusieron a las firmas ya establecidas, lo cual es una forma de subsidio indirecto*<sup>29</sup>.

De lo explicado anteriormente, es posible concluir que, independientemente de las distorsiones que puedan causarse, hay diversas formas de brindar asistencia a los posibles entrantes, a efectos de facilitar la competencia. Una de estas formas es reducir el costo o las barreras de entrada de los posibles competidores.

Sin embargo, claramente, el modelo de entrada asistida NO fue el elegido por el Estado peruano al privatizar y liberalizar el mercado ferroviario. Por ello no se estableció en ningún momento la obligación de facilitar el material tractivo y rodante a los posibles entrantes. El modelo de liberalización elegido por el Estado, al no incorporar mecanismos de entrada asistida, obliga a los entrantes a asumir los costos naturales de ingresar al mercado y, consecuentemente, los obliga a adquirir su propia flota de material tractivo y rodante (ya sea por compraventa, arrendamiento o cualquier otro acto jurídico).

No es posible que INDECOPI, o cualquier otro órgano de la administración pública, modifique el modelo contenido en el pliego licitatorio de la concesión, imponiendo obligaciones adicionales al concesionario con el objeto de brindar asistencia a nuevos entrantes. Más allá de las consecuencias negativas que esta entrada asistida podría generar en el mercado, lo cierto es que el contrato de concesión suscrito por FETRANS y que incluye todo el pliego licitatorio, tiene la calidad de **contrato ley**. Por lo tanto, no puede ser modificado unilateralmente por el Estado, introduciendo modificaciones al modelo y nuevas obligaciones para el concesionario.

<sup>29</sup> Armstrong, Cowan y Vickers. Op. cit. Pág. 122. Traducción libre.



Las reglas de juego con las cuales los inversionistas de FETRANS y PERURAIL decidieron participar en el proceso de concesión e invertir en el mercado ferroviario peruano, gozan de absoluta estabilidad y no pueden ser alteradas. En consecuencia, INDECOPI no podría imponer a FETRANS la obligación de alquilar un material tractivo y rodante cuya concesión y derecho de explotación fue ganado legítimamente por los inversionistas que conformaron tanto FETRANS como PERURAIL.

No olvidemos que los inversionistas que conforman FETRANS y PERURAIL tomaron parte en un concurso público y ganaron el derecho de explotar **todos** los bienes de la concesión, incluyendo el derecho y la obligación de utilizar todo del material tractivo y rodante sin limitación alguna. Por ende, los inversionistas de PERURAIL han tenido que competir POR el mercado, ganando frente a otros postores el derecho a utilizar el material tractivo y rodante otorgado en concesión. Luego de haber ganado este derecho en un concurso público y haber realizado múltiples inversiones para operar dicho material, no se puede pretender que PERURAIL comparta dicho material con un nuevo entrante que no participó en concurso público alguno ni está dispuesto a realizar las inversiones necesarias para entrar al mercado.

Adjuntamos, en calidad de prueba, los costos en los que ha debido incurrir PERURAIL para operar los servicios de transporte ferroviario, los que incluyen pólizas de seguros superiores a los US\$ 350,000, pagos por alquiler, así como inversiones en mantenimiento y recuperación del material tractivo y rodante, que superan los US\$ 27 millones, entre otros (Anexos 2-B a 2-E).

No es posible, entonces, acusar a FETRANS de trato discriminatorio porque ello supondría que esta empresa ha ofrecido un trato desigual a los iguales;

sin embargo, **PERURAIL y FERSIMSAC no son iguales y no tienen los mismos derechos.** PERURAIL obtuvo sus derechos ganando un concurso público, a través de sus inversionistas, y realizando múltiples inversiones, en tanto que con un capital de S/. 4,500.00 FERSIMSAC pretendía ser, utilizando palabras de la Secretaría Técnica, un *free rider*, que aspira a colgarse y aprovecharse de las inversiones y esfuerzos realizados por FETRANS y PERURAIL.

En consecuencia, la pretensión de FERSIMSAC carece de todo sustento, toda vez que el modelo de concesión no contempló la obligación de alquilar el material tractivo y rodante a terceros no vinculados y esa obligación no puede ser posteriormente impuesta por una autoridad administrativa, porque ello implicaría no sólo una vulneración del contrato de concesión sino también un trato discriminatorio en perjuicio de los inversionistas de PERURAIL, que tuvieron que enfrentar un concurso público e incurrir en cuantiosas inversiones para explotar el material tractivo y rodante.

Adjuntamos, en calidad de prueba, los costos en los que ha debido incurrir PERURAIL para operar los servicios de transporte ferroviario.

**POR TANTO:**

Solicitamos a la Comisión se sirva otorgarnos un plazo de 30 días para la actuación de las pruebas ofrecidas y, en su oportunidad, proceda a declarar infundada la denuncia de FERSIMSAC en todos sus extremos.

**OTROSÍ DECIMOS:**

Que en calidad de prueba presentamos:

1. Copia del Documento de Identidad del representante legal de PeruRail (Anexo 2-A).
2. Al amparo del artículo 175° de la Ley del Procedimiento Administrativo General ofrecemos la declaración testimonial del señor Eric Callaway, Presidente de The Maryland and Delaware Railroad Company o cualquier otro representante legal de esta empresa, a quienes se les deberá notificar a través del cónsul peruano en el domicilio ubicado en 106 Railroad Avenue, Federalsburg, Maryland 21632, y quienes deberán declarar sobre las razones que llevaron a la compañía a apartarse como socio estratégico de FERSIMSAC.
3. Al amparo del artículo 175° de la Ley del Procedimiento Administrativo General ofrecemos la declaración testimonial del señor Jorge León Ballén funcionario de PREINVERSIÓN, así como de cualquier otro funcionario que esta entidad considere pertinente a efectos de esclarecer los alcances del modelo adoptado por el Estado peruano en el proceso de otorgamiento de la concesión de los ferrocarriles del centro, sur y sur oriente, a quienes se les deberá notificar en el domicilio ubicado en Paseo de la República 3361 - Piso 9, San Isidro, Lima.
4. Copia de las pólizas de seguro contratadas por PeruRail durante los periodos 2003 y 2004 a efectos de dar cumplimiento a las disposiciones del Decreto Supremo N° 27-99-MTC y demás normas aplicables (Anexo 2-B).
5. Relación de inversiones y costos incurridos en el mantenimiento del material tractivo y rodante durante el período 2000 – 2004 (Anexo 2-C).
6. Copia de los Balances Generales de PeruRail correspondientes a los ejercicios 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, en los cuales figuran como activo fijo las Instalaciones, Unidades de Transporte, Mobiliario y Equipo, las cuales han ido



incrementándose progresivamente hasta llegar a un valor para el ejercicio 2004 de S/.11'962,375.00 (Anexo 2-D).

7. Copia de los Estados de Ganancias y Pérdidas de PeruRail correspondientes a los ejercicios 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, en los cuales figuran los elevados costos en los que incurre anualmente la empresa para la prestación del servicio de transporte, los cuales en todos los casos han superado los S/60'000,00.00 (Anexo 2-E).

**Jorge Velarde Santa María**  
**ABOGADO**  
**Registro No. 7241**

Lima, 30 de noviembre de 2005.



# ANEXO 2-A



19. Escrito de Fetrans 05.12.05

ESTUDIO LUIS E. CHECOPAR GARCÍA  
ABOGADOS

2007 DIC 5

CLC

003141

RECIBO DE EXPEDIENTE N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente No. 012-2004/CLC)

RECIBIDO  
AL SEÑOR PRESIDENTE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:

084795

FERROCARRIL TRASANDINO S.A. (en adelante, "FETRANS"), debidamente representada por su abogada, Teresa Tovar Mena, en el procedimiento por supuesto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, habiendo sido notificados con los escritos de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en adelante, "FERSIMSAC") de fechas 22 de junio, 31 de octubre y 4 de noviembre de 2005, consideramos necesario señalar lo siguiente:

I. **Afirmaciones impertinentes de FERSIMSAC que contravienen el principio de conducta procedimental**

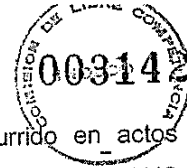
FERSIMSAC, evidenciando que no cuenta con argumentos legales para sustentar su denuncia, ha recurrido a la utilización de métodos contrarios al principio de conducta procedimental establecido en el artículo 1.8 de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>1</sup>.

En efecto, en sus escritos, FERSIMSAC se refiere a FETRANS y a PERURAIL S.A. en tono denigrante y les atribuye conductas respecto de las cuales no presenta prueba alguna, las que además son impertinentes teniendo en cuenta el objeto del presente procedimiento<sup>2</sup>.

RECIBIDO  
05 DIC 2005

<sup>1</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General  
"1.8. Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal". (Resaltado y subrayado agregados)

<sup>2</sup> Referencias a la calidad del servicio de transporte, el precio de éste, la supuesta "canibalización" de los equipos concesionados no son sólo afirmaciones falsas de FERSIMSAC sino que, además, impertinentes, pues no tienen ninguna relación con las prácticas denunciadas.  
Una muestra no sólo de la impertinencia de FERSIMSAC sino de un desconocimiento conceptual, es su pedido para que "la entidad reguladora" (refiriéndose al INDECOPI) se pronuncie sobre el supuesto "costo inalcanzable" de los pasajes. Lo anterior, debido a que nos encontramos en el contexto de un procedimiento administrativo trilateral ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, que es una agencia de competencia y no un organismo regulador. Por lo tanto, FERSIMSAC debe limitarse a realizar afirmaciones que giren en torno al presente procedimiento, afirmaciones que se encuentren debidamente sustentadas por pruebas y no meras especulaciones.



Asimismo, FERSIMSAC señala que nuestra empresa ha incurrido en actos deshonrosos en el marco de un proceso judicial ya que, según ella, FETRANS "(...) *posiblemente ha influenciado en la decisión de la Magistrada, pues basta verificar señores de la Comisión que la petición de medida cautelar contiene escandalosamente la rubrica (sic) de 7 abogados*"<sup>3</sup>.

Las afirmaciones de FERSIMSAC no sólo son falsas sino no tienen relación alguna con el presente procedimiento. Simplemente, han sido realizadas con evidente ánimo difamatorio y mostrando un total desconocimiento de la práctica procesal, pues es increíble que la denunciante pretenda insinuar que se ha influenciado en la decisión del Juzgado por el hecho de que siete abogados firmen el escrito solicitando la medida cautelar. Como se sabe, la suscripción de los escritos por más de un abogado es una práctica común en el ámbito procesal y no es indicio de ninguna ilegalidad.

Las afirmaciones denigratorias y disparatadas realizadas por FERSIMSAC no se limitan a nuestra empresa, sino que pone en duda la imparcialidad de un comisionado, para lo cual utiliza argumentos que no tienen ningún sustento. En efecto, FERSIMSAC afirma que existiría algún vínculo de consanguinidad entre el Presidente de esta Comisión con "*el abogado del Estudio Jurídico 'Luis Echecopar García'*".

Teniendo en cuenta la conducta que viene mostrando FERSIMSAC, consideramos necesario que la Comisión llame la atención a dicha empresa para que se abstenga de utilizar adjetivos denigrantes respecto de FETRANS, PERURAIL S.A. o los miembros de la Comisión, en observancia del principio administrativo que rige el comportamiento de los administrados dentro de un procedimiento administrativo y que circunscriba sus alegaciones y argumentos al objeto del presente procedimiento.

## II. EN TORNO AL MERCADO RELEVANTE

Señala la denunciante en su escrito de alegatos del 22 de junio de 2005, que FETRANS ha limitado la competencia intermodal a lo largo de la vía férrea del

<sup>3</sup> Página 8 del escrito de FERSIMSAC de fecha 22 de junio de 2005.



ferrocarril sur-oriente (en adelante, "FSO"); puesto que *"las tarifas DE PASAJES cobradas por el tramo OLLANTA – Machupicchu y/o Machupicchu-CUSCO específicamente para el servicio del turismo (...) son las mas (sic) caras de Latinoamérica"*.

Debemos destacar que FERSIMSAC no presenta prueba alguna de su afirmación la que, por lo demás, resulta irrelevante para el presente procedimiento, en tanto la denuncia ha sido presentada respecto un presunto abuso de posición de dominio. Lo apropiado para determinar si FETRANS ostenta posición de dominio, es analizar cuál es el mercado relevante. En este tema, la controversia reside en que FETRANS afirma que dicho mercado no debe circunscribirse únicamente al alquiler del material tractivo y rodante del país, sino que debe ampliarse e incluir la compra y alquiler de ese material, tanto de primera como de segunda mano (sin importar si es de trocha ancha, métrica o angosta).

Frente a ello, la respuesta de FERSIMSAC ha sido admitir que dicha posibilidad *"constituirían altos costos" y "para que (sic) acudir a otro país si se cuenta en nuestro País con este material rodante, si gran parte del material métrico o tractivo ya se ha adaptado a la trocha angosta"*<sup>4</sup>.

Como puede apreciarse, FERSIMSAC, admite que la posibilidad de adquirir material tractivo y rodante no se circunscribe únicamente al material alquilado a PERURAIL pero señala que las otras posibilidades (compra de material nuevo y/o de segunda mano) resultan demasiado onerosas.

En el presente procedimiento ha quedado demostrado que los costos de adquisición del referido material no son prohibitivos y que, por ello, queda claro que es posible la adquisición de dicho material. El hecho que a FERSIMSAC le parezca oneroso evidencia su desconocimiento del negocio ferroviario pero no es sustento para reducir el mercado relevante al alquiler del material concesionado. En tal sentido, el mercado relevante es el señalado por nuestra parte y que se encuentra respaldado en los informes de Apoyo Consultoría adjuntados a los escritos de fecha 24 de octubre de 2005, 5 de octubre de 2005, 6 de julio de 2005, entre otros.

<sup>4</sup> Página 5 del escrito de FERSIMSAC de fecha 22 de junio de 2005.

Por otro lado, la Comisión debe tener en cuenta que PERURAIL ha invertido dinero en mejorar el material tractivo otorgado a esta empresa, y lo que pretende FERSIMSAC es aprovecharse de esta inversión y comportarse como un "free rider", disminuyendo de esta manera su costo de ingresar al mercado.

Para que no sea evidente dicha intención, FERSIMSAC emplea argumentos de carácter "social" que no tienen relación alguna con el caso y que aluden al desarrollo de Cuzco, la educación y la salud, temas que no forman parte de este procedimiento. Es evidente que, aunque FERSIMSAC aduzca que ella cumplirá una finalidad "social" ello no es sustento para declarar fundada su denuncia.

De otro lado, FERSIMSAC, señala "*Que esta (sic) acreditada la comisión del abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a la denunciada en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur y Sur – Oriente, así como la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente*"<sup>5</sup>.

No obstante, FERSIMSAC no ha presentado ningún documento que pruebe que FETRANS ostenta posición de dominio. Es más, dicha empresa denunciante ni siquiera ha articulado una posición sustentable desde el punto jurídico-económico y sólo se ha limitado a esperar que la Secretaría Técnica investigue.

Lo único que hace FERSIMSAC es insistir en torno a la supuesta "*obligación de brindar el material rodante y tractivo a cualquier operador que lo solicite y que esté debidamente autorizado*"<sup>6</sup>, a pesar que ello ya ha sido desvirtuado por FETRANS durante el procedimiento.

Además, debe tenerse en cuenta que, pese a su afirmación, FERSIMSAC no cumple con señalar cuál es la ley o cláusula contractual que impone la supuesta obligación a FETRANS. Como podrá apreciar la Comisión, las creencias o anhelos de FERSIMSAC no pueden ser tomados en cuenta al momento de resolver el presente procedimiento.

<sup>5</sup> Página 1 del escrito de FERSIMSAC de fecha 22 de junio de 2005.

### III. LA SUPUESTA NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR

Para argumentar que ha existido una negativa injustificada a contratar, FERSIMSAC alega que la existencia de un contrato de alquiler entre PERURAIL y FETRANS no es razón suficiente para negar el alquiler a su empresa, en tanto que *"la resolución o modificación del contrato de arrendamiento sería factible a un bajo costo"*.

Dicha afirmación no toma en cuenta las inversiones realizadas por PERURAIL que han sido hechas justamente porque tiene una expectativa de retorno estimada en el plazo de 10 años por el cual se le ha alquilado el material en su totalidad. Material que, además, efectivamente está siendo utilizado en su totalidad, como lo ha comprobado Apoyo Consultoría.

Como ya hemos indicado en anteriores oportunidades, el hecho que PERURAIL y FETRANS sean empresas vinculadas no implica que ello sea una razón por la cual alguna de las dos empresas pueda incumplir un contrato. Menos aún cuando no existe obligación alguna de alquilar el material, el cual se utiliza en toda su capacidad.

Aún en el negado supuesto de que FETRANS tuviera posición de dominio, podría negarse a alquilar dicho material si es que se encuentra utilizándolo en su totalidad, como ocurre en el presente caso. En consecuencia, no se habría configurado una negativa injustificada a contratar.

Por último, en cuanto a lo afirmado por FERSIMSAC sobre la devolución del material tractivo y rodante, declarándolos obsoletos, cabe destacar que dicha declaración y devolución del material en ese estado es un derecho del cual goza FETRANS en virtud del contrato de concesión y que es supervisado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN. FERSIMSAC pretende presentarnos como una empresa que usa indebidamente el material tractivo y rodante, distorsionando los hechos y nuestros derechos como concesionarios, lo que rechazamos enfáticamente.

#### IV. LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

FERSIMSAC, por otro lado, está en desacuerdo con la multa recomendada por la Secretaría Técnica, pues considera que debería imponerse a FETRANS una multa de 1000 Unidades Impositivas Tributarias.

FETRANS también se encuentra en desacuerdo con la multa sugerida por la Secretaría Técnica puesto que no corresponde imponer multa alguna, no sólo porque no ha existido ninguna conducta contraria a la libre competencia sino que, en el hipotético y negado caso que se hubiera realizado ésta, se han cometido graves errores al momento de establecer la multa que supuestamente correspondería imponerse. Ello ha sido demostrado por nuestra parte en los alegatos presentados anteriormente.

En cuanto a la mención de FERSIMSAC respecto de temas como lucro cesante y daño emergente, la Comisión se dará cuenta que ello, una vez más, resulta impertinente. Nada tienen que hacer figuras propias de la responsabilidad civil en un procedimiento administrativo planteado ante el INDECOPI.

#### V. SOBRE LAS INSPECCIONES OCULARES Y SU FINANCIAMIENTO

Respecto de las diligencias de Inspección Ocular realizadas en las estaciones de Wanchaq y San Pedro, en la ciudad de Cuzco, debemos puntualizar dos temas.

En primer lugar, la denunciante afirma, en su segundo escrito de alegatos presentado el 29 de octubre de 2005, que dicha inspección estaría viciada de nulidad en tanto dos ingenieros (el Ingeniero Alcides Leoncio Ayquipa Ampuero y el Ingeniero Víctor Franco Velarde) intervinientes en la diligencia se encontraban inhabilitados por sus respectivos colegios profesionales.

Sobre el particular, debemos señalar que el objetivo de la diligencia fue, tal como lo acepta la propia FERSIMSAC<sup>7</sup>, probar que se podía convertir los truques de

<sup>7</sup> Página 1 del escrito de alegatos de FERSIMSAC presentado el 29 de octubre de 2005: "Que con fecha 20 y 21 del presente mes se ha llevado a cabo la diligencia de Inspección Ocular en las estaciones de Wanchaq y San Pedro, de la ciudad del Cusco, solicitada por la empresa denunciada TRASANDINO S.A., diligencia que se ha llevado cabo (sic) con la concurrencia de los representantes acreditados por la empresa que represento, conforme fluye del video y el Acta suscrito (sic), en la que la empresa denunciada ha demostrado ante vuestros representantes, la posibilidad de la conversión de truques de trocha estándar a angosta (...)".

trocha estándar a truques de trocha angosta. No estamos, pues, ante un peritaje que tenía que ser realizado por los profesionales que intervinieron en la diligencia sino ante una comprobación de parte de los representantes de la Secretaría Técnica de la Comisión de una conversión ya efectuada.

Es por ello que la habilitación o inhabilitación de ingenieros que se encontraban presentes en la inspección ocular, no vicia de nulidad dicha actuación.

De otro lado, continuando con los comentarios impertinentes, FERSIMSAC alega que la demostración de *"la posibilidad de conversión de truques en los coches y locomotoras, es posterior a la comisión de las infracciones, sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante (...) así como la modalidad de trato discriminatorio (...). No pudiendo tener efecto retroactivo la Resolución respecto a la conducta asumida por dicha empresa en su oportunidad, pues señores de la Comisión no estamos frente a la adquisición de derechos de carácter penal o laboral en la que sí funciona la retroactividad"*<sup>8</sup>.

Al respecto, debemos indicar que no entendemos qué tiene que ver la retroactividad, en el derecho penal o laboral respecto a la prueba que ofreció FETRANS. Lo que sí es claro es que **FERSIMSAC admite que se ha probado la posibilidad real de cambiar los truques de trocha estándar a angosta, como lo hemos venido sosteniendo a lo largo de todo el procedimiento, y que dicho cambio no resulta prohibitivo en cuanto a los costos que implican.**

Como la Comisión podrá apreciar, FERSIMSAC pretende, utilizando argumentos descabellados, que no se tome en cuenta la posibilidad real de adaptación del material tractivo de trocha ancha pues, es evidente que ello acredita que FERSIMSAC puede aprovisionarse el referido material sin que se incurran en gastos distintos a los que normalmente se desembolsan en este tipo de negocios.

Es decir, el haberse probado la posibilidad de adaptación implica la acreditación plena de lo afirmado por nuestra empresa: que existe otra forma por la cual FERSIMSAC pudo obtener el material tractivo y rodante para prestar el servicio

<sup>8</sup> Página 4 del escrito de alegatos de FERSIMSAC presentado el 29 de octubre de 2005.

de transporte ferroviario. Esta posibilidad de conversión se encontraba ya en el estado de la técnica, y por ello, carece de sentido lo alegado por FERSIMSAC en torno a la retroactividad.

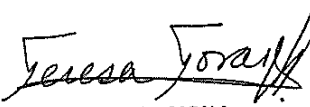
De otro lado, respecto de la carta dirigida por FERSIMSAC al Presidente de la Comisión, indagando por el financiamiento de la inspección ocular ocurrida en Cuzco, debemos señalar que los costos han sido asumidos por nuestra empresa. Ello se ha hecho en cumplimiento estricto de lo que manda la ley, esto es, el artículo 178° de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>9</sup> y en forma totalmente transparente, en tanto hemos presentado oportunamente un escrito señalando justamente este hecho<sup>10</sup>.

**POR TANTO:**

**A USTED SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA PEDIMOS:** se sirva tener presente lo expuesto al momento de resolver y, en su oportunidad, declarar INFUNDADA la denuncia presentada.

**OTROSÍ DECIMOS:** Que, acompañamos copia del presente escrito y sus recaudos.

Lima, 5 de diciembre de 2005

  
**TERESA TOVAR MENA**  
 ABOGADA  
 C.A.L. 19018  
 Estudio Luis Echevarría García S.Civ.R.l

  
**PERCY SAMANIEGO PIMENTEL**  
 ABOGADO  
 C.A.L. 36742  
 Estudio Luis Echevarría García

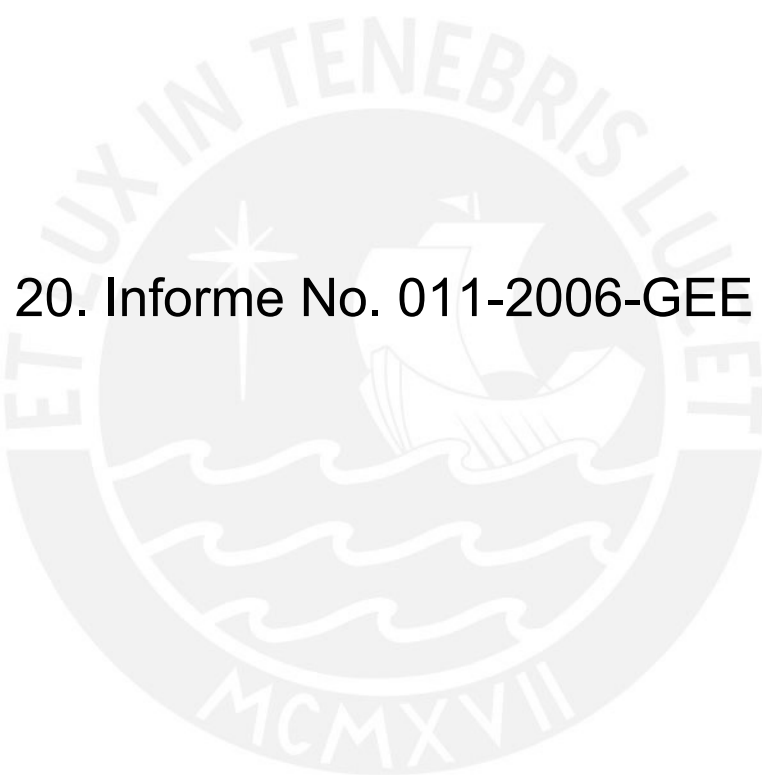
TTM-PSP-JHR/nba

<sup>9</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444.

Artículo 178.- Gastos de actuaciones probatorias.

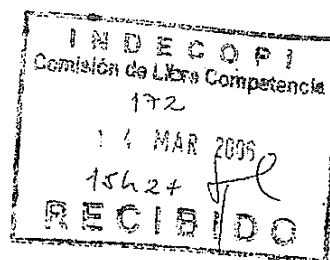
En el caso de que la actuación de pruebas propuestas por el administrado importe la realización de gastos que no deba soportar racionalmente la entidad, ésta podrá exigir el depósito anticipado de tales costos, con cargo a la liquidación final que el instructor practicará documentadamente al administrado, una vez realizada la probanza.

<sup>10</sup> Escrito de fecha 25 de agosto de 2005.



20. Informe No. 011-2006-GEE

Gerencia de Estudios Económicos  
anexo 1385



**INFORME N° 011-2006/GEE**

A : **Ernesto López Mareovich**  
Secretario Técnico  
Comisión de Libre Competencia

DE : **José Tavera Colugna**  
Gerente de Estudios Económicos

**Francisco Taquiri T.**  
Analista Económico

ASUNTO : **Investigación en el mercado de ferrocarriles**



**I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 18 de agosto del año 2004, esta Gerencia remitió a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (CLC) el Informe N°055-2004/GEE en el que se realizó un análisis de las condiciones de entrada existentes en el mercado de transporte de pasajeros en el Ferrocarril Sur-Oriente (FSO). Como parte de dicho informe se presentó una simulación de entrada de un nuevo competidor al mencionado mercado considerando para ello dos opciones: compra o alquiler de material tractivo y rodante.
2. La CLC, en el marco del procedimiento sancionador iniciado de oficio y de parte contra Ferrocarril Transandino S.A., solicitó a esta Gerencia, mediante Memorandum N°026-2006/CLC de fecha 10 de febrero del año 2006, la elaboración de un informe complementario al informe anterior, teniendo en cuenta la nueva documentación contenida en el expediente.

**II. ANÁLISIS**

3. Como se mencionó anteriormente, esta Gerencia, en el Informe N°055-2004/GEE, efectuó una simulación de entrada de un nuevo competidor al FSO, para lo cual se consideró dos opciones: compra o alquiler de material tractivo y rodante.
4. En ambos casos se consideraron dos escenarios, uno optimista y otro pesimista. En el primer caso, el entrante obtenía una participación del 30% del mercado, y en el segundo el 15%, considerando además en ambos casos un horizonte de proyección de 5 y 7 años. Bajo ciertos supuestos<sup>1</sup>, los resultados de dicha simulación mostraron que los indicadores de rentabilidad de un operador que opta por el alquiler de material tractivo y rodante son significativamente mayores a los indicadores que resultan de la opción de adquirirlos (Ver Cuadro N°1).

<sup>1</sup> Ver informe N°055-2004/GEE.





Cuadro N°1  
RESULTADO DE EJERCICIO DE SIMULACIÓN  
INFORME N°055-2004/GEE

Escenario	Flujo N° de años	VAN Alquiler (S/.)	VAN Compra (S/.)	TIR Alquiler (%)	TIR Compra (%)
Optimista (30%)	5	26 483 628,9	-7 820 696,0	401,2%	-2,2%
	7	37 350 879,8	3 717 450,7	401,4%	16,4%
Pesimista (15%)	5	11 013 567,1	-6 138 595,4	182,2%	-9,7%
	7	16 072 638,9	-744 075,7	183,6%	10,3%

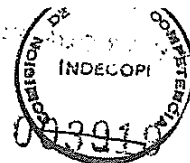
Fuente y Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos

5. En particular, se observó que en el caso de la compra de material tractivo y rodante, sólo en el caso del escenario optimista y considerando un horizonte de 7 años, los niveles de rentabilidad alcanzados (VAN S/.3,7 millones y TIR 16,4%) resultan razonables para justificar la entrada de un nuevo competidor.
6. En ese sentido, entre las principales conclusiones a las que esta Gerencia arribó, se destaca el hecho que las diferencias significativas en los indicadores de rentabilidad observados entre una y otra opción "(...) muestran la gran asimetría existente entre el nivel de competitividad de un entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante versus el que registraría aquel que alquila en condiciones similares a las del operador establecido, el material tractivo y rodante concesionado<sup>2</sup>.
7. Apoyo Consultoría (en adelante Apoyo), mediante informes preparados para Ferrocarril Transandino S.A., actual concesionario del FSO, ha señalado una serie de observaciones respecto de los supuestos considerados en la simulación efectuada por esta Gerencia. En particular, Apoyo, en su informe de fecha 30 de mayo de 2005<sup>3</sup>, señala que corrigiendo el modelo de la Gerencia y considerando el ingreso de un operador a través de la opción de compra de material tractivo y rodante adaptados, resulta económicamente viable la entrada de un competidor a través de dicha opción.
8. En efecto, como se observa en el Cuadro N°2, Apoyo estima que, considerando una inversión inicial de S/.21,1 millones (en la adquisición de 1 locomotora, 4 coches y 2 autovagones), un flujo de caja económico promedio anual de S/.5,9 millones, un horizonte de proyección de 7 años, y una tasa de descuento de 12%; se obtiene un Valor Actual Neto (VAN)<sup>4</sup> económico de S/.5,8 millones y una Tasa Interna de Retorno (TIR)<sup>5</sup> económica de 20%<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Conclusión N°7 del Informe N°055-2004/GEE

<sup>3</sup> Informe titulado: "Opinión Técnica sobre los Informes N°055-2004/GEE y 0.35-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETTRANS por supuestas prácticas anticompetitivas".

<sup>4</sup> El Valor Actual Neto (VAN), es el valor actual de los beneficios netos que genera un proyecto, y pretende "medir, en moneda de hoy, cuánto más rico es el inversionista si realiza el proyecto en vez de colocar su dinero en la actividad que tiene como rentabilidad la tasa de descuento". En el presente análisis la tasa de descuento o costo de oportunidad de capital (COK) es igual al 12%. El criterio de valuación del VAN es el siguiente: si se obtiene un VAN>0, entonces es recomendable realizar la inversión en el proyecto analizado. Si se obtiene un VAN=0, para el inversionista será indiferente realizar la inversión en el proyecto u optar por la mejor alternativa. Finalmente, si se obtiene un VAN<0, el proyecto no resultará la mejor que su



**Cuadro N°2**  
**FLUJO DE CAJA PROYECTADO E INDICADORES DE RENTABILIDAD**  
**ESTIMADOS POR APOYO**  
**-OPCIÓN DE COMPRA DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE-**  
**(Miles de soles)**

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
<b>Inversión</b>	-21 116							
<b>Ingresos</b>		17 957	18 908	19 161	19 161	19 161	19 161	19 161
Mercado (30%)								
Visitantes (miles)		584	652	661	661	661	661	661
Pasajeros (miles)		1 891	1 992	2 018	2 018	2 018	2 018	2 018
Tarifas		31,65	31,65	31,65	31,65	31,65	31,65	31,65
<b>Costos</b>		9 630	10 175	10 754	10 754	10 754	10 754	10 754
Km recorridos (miles)		575	611	649	649	649	649	649
Costos de mantenimiento		2 013	2 138	2 271	2 271	2 271	2 271	2 271
Seguros =		875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la vía		6 743	7 162	7 608	7 608	7 608	7 608	7 608
Impuestos		2 498	2 620	2 522	2 522	2 522	2 522	2 522
<b>Flujo de caja económico</b>	-21 116	5 829	6 113	5 885	5 885	5 885	5 885	5 885
(+) Prestamo	19 278							
(-) Deuda		4 712	4 712	4 712	4 712	4 712	4 712	4 712
(-) Escudo		688	616	536	448	352	245	129
<b>Flujo de caja financiero</b>	-1 838	428	785	637	725	821	928	1 044
<b>Indicadores Financieros</b>								
VAN económico	5 874							
TIR económico	20%							
VAN financiero	1 493							
TIR financiero	32%							

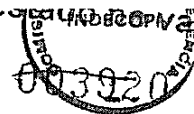
Fuente y Elaboración: Informe Apoyo 30 de mayo de 2005.

9. Los resultados obtenidos por Apoyo, permitirían afirmar que la opción de compra resulta económicamente viable. Sin embargo, la simulación de Apoyo no consideró la opción de alquiler del material tractivo y rodante. En opinión de esta Gerencia, ello constituye una importante omisión, pues sin el análisis de la opción de alquiler no es posible comparar esta alternativa con la compra del material tractivo y rodante y poder verificar de esta manera lo señalado en el Informe N°055-2004/GEE respecto de la asimetría existente entre el nivel de competitividad que enfrenta un entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante versus el que registraría aquel que alquila en condiciones similares a las del operador establecido, el material tractivo y rodante concesionado. Debido a ello, en el presente informe se han estimado los flujos y rentabilidades que se obtendrían con la opción de alquiler considerado los mismos supuestos del modelo de simulación de Apoyo.

alternativa, por lo que el inversionista deberá decidir no llevarlo a cabo. Ver Beltrán A. y Cueva H., "Evaluación Privada de Proyectos", Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2003

<sup>5</sup> La Tasa Interna de Retorno (TIR) es una tasa porcentual que indica la rentabilidad promedio anual que genera el capital que permanece invertido en el proyecto. Si se obtiene un  $TIR > COK$ , el rendimiento sobre el capital que el proyecto genera es superior al mínimo aceptable para la realización de un proyecto, por lo que el proyecto debería ser aceptado. Si se obtiene un  $TIR = COK$ , el inversionista es indiferente entre invertir en el proyecto o en la mejor alternativa de inversión, pues ambos le generan igual rentabilidad. Finalmente, si se obtiene una  $TIR < COK$ , el proyecto se rechaza pues su rendimiento es menor al de la mejor alternativa posible. *Ibidem*.

<sup>6</sup> Cabe señalar que los indicadores obtenidos en el recálculo efectuado por esta Gerencia, en base a los ingresos y costos resultantes de considerar el detalle de los diversos rubros mostrados en el Cuadro N°2 (número de pasajeros, tarifas, etc.), varían ligeramente en relación a los obtenidos por Apoyo. Así, se ha obtenido un VAN económico de S/. 5 875 miles y un financiero de S/. 1 495 miles.



10. De este modo, se ha estimado que el alquiler de material tractivo y rodante<sup>7</sup> (1 locomotora, 4 coches y 2 autovagones), considerando una inversión inicial de S/.1,8 millones<sup>8</sup>, un horizonte de proyección de 7 años, y una tasa de descuento de 12%; permite obtener un VAN y TIR de S/.17,8 millones y 238,7%, respectivamente.

**Cuadro N°3**  
**FLUJO DE CAJA PROYECTADO E INDICADORES DE RENTABILIDAD**  
**ESTIMADOS EN BASE A MODELO DE APOYO**  
**-OPCIÓN DE ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE-**  
(Miles de soles)

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
<b>Inversión</b>	-1 838							
<b>Ingresos</b>		17 955	18 914	19 161	19 161	19 161	19 161	19 161
Mercado (30%)								
Visitantes (miles)		584	652	661	661	661	661	661
Pasajeros (miles)		1 891	1 992	2 018	2 018	2 018	2 018	2 018
Tarifas		31,65	31,65	31,65	31,65	31,65	31,65	31,65
<b>Costos</b>		13 598	14 356	14 934	14 934	14 934	14 934	14 934
Km recorridos (miles)		575	611	649	649	649	649	649
Costos de mantenimiento		2 013	2 138	2 271	2 271	2 271	2 271	2 271
Seguros =		875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la vía		6 743	7 162	7 608	7 608	7 608	7 608	7 608
Impuestos <sup>1/</sup>		2 498	2 620	2 522	2 522	2 522	2 522	2 522
Alquiler		1 469	1 561	1 658	1 658	1 658	1 658	1 658
<b>Flujo de caja económico</b>	-1 838	4 357	4 558	4 227	4 227	4 227	4 227	4 227

Indicadores Financieros	
VAN económico	17 832
TIR económico	238,7%

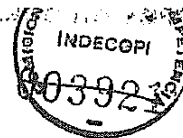
<sup>1/</sup>Se ha considerado el mismo monto de impuestos consignado en la opción de compra. Cabe señalar que, en comparación a la opción de compra, en el caso de alquiler de material tractivo y rodante no se incurren en gastos de depreciación contable. En vista que el modelo de Apoyo no señala el monto de depreciación considerado, de asumirse una depreciación por período menor (o igual) al gasto en alquiler correspondiente, se esperaría que los impuestos a pagar sean también menores (o iguales) a los de la opción de compra de material tractivo y rodante (sin financiamiento), lo que contribuye a que los indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler sean mayores a los de la opción de compra.

Fuente: Informe de Apoyo del 30 de mayo de 2005.  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos

11. Como se observa, los indicadores de rentabilidad obtenidos permiten afirmar que, si bien la opción de compra de material tractivo y rodante sería económicamente viable (VAN positivo, ascendente a S/.5,8 millones), los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler (VAN igual a S/.17,8 millones) harían que se prefiera esta última opción en lugar de la primera.
12. Lo anterior no hace sino reforzar la opinión que, en el escenario de entrada de un operador vía compra de material tractivo y rodante, la empresa establecida (que alquiló el material tractivo y rodante) tendrá un margen mucho mayor para adoptar comportamientos estratégicos y afectar las condiciones de competencia en el mercado y los resultados de la empresa entrante.
13. En efecto, un comportamiento estratégico del operador establecido podría suponer, por ejemplo, una disminución de precios del servicio de transporte de pasajeros hasta alcanzar un nivel próximo a los costos marginales, con lo que se forzaría al operador entrante a bajar también sus precios. Este posible comportamiento de precios no ha sido tomado en cuenta en el modelo elaborado

<sup>7</sup> Se ha considerado los precios de alquiler del material tractivo y rodante, según US\$/km-vagón, establecidos en el contrato de arrendamiento entre FETRANS Y PERURAIL; según se muestran en el Informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005, que consta en el expediente.

<sup>8</sup> Inversión en la construcción de una estación y en la adquisición de equipos de monitoreo.



por Apoyo, el mismo que considera que los precios permanecen constantes a lo largo del periodo de proyección.

14. De esta manera, en el modelo de entrada de un nuevo operador, la caída de precios provocaría una disminución de la rentabilidad para la empresa entrante, alcanzando en el extremo, y en función de la magnitud de la caída de precios, rendimientos negativos. Si bien, esta situación afectaría a la potencial empresa entrante tanto en el escenario de alquiler como en el de compra de material tractivo y rodante, es en éste último en el que se vería en principio afectado, dado los menores índices de rentabilidad estimados para esta opción. Así, en un escenario de disminución de precios, podría observarse que mientras la opción de compra deja de ser viable, la opción de alquiler lo seguiría siendo.
15. En el Cuadro N°4, se aprecia, por ejemplo que es lo que ocurriría con los indicadores de rentabilidad en caso el nuevo operador enfrentase una disminución de precios del orden de 6,82% desde el primer año<sup>9</sup> (Ver flujos de caja para la opción de compra y alquiler en el Anexo).

**Cuadro N°4**  
**INDICADORES DE RENTABILIDAD ESTIMADOS**  
**EN BASE A MODELO DE APOYO**  
**-OPCIÓN DE COMPRA Y ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE,**  
**CON DISMINUCIÓN DE PRECIOS-**  
(Miles de soles)

	Compra	Alquiler
VAN económico	-6	11 952
TIR económico	11,99%	170,4%

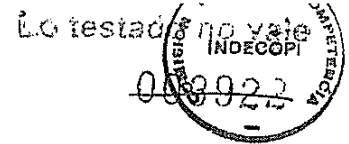
Fuente: Informe Apoyo 30 de mayo de 2005.  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos

16. Cabe señalar que en el caso de la opción de alquiler, ésta dejaría de ser económicamente viable con una disminución de precios del orden de 20,7%<sup>10</sup> (Ver flujos de caja en el cuadro N°7 del Anexo).
17. Por lo tanto, lo anterior muestra que la opción de compra sería más sensible a comportamientos estratégicos, como la disminución de precios, por parte del operador establecido.
18. Finalmente, es preciso señalar que en opinión de Apoyo existiría una tercera opción para la entrada de un operador en el FSO, la misma que consiste en la adquisición de autovagones en vez de locomotoras. De acuerdo a ello, asumiendo un horizonte de 10 años y otros supuestos de operación (que no se explican en que consisten), Apoyo estima se obtendría un TIR de 28,4% y un VAN de S/.2,9 millones<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Esto supone una reacción inmediata por parte del operador establecido, de modo tal que los precios pasan de S/.31,65 a S/.29,49 desde el primer año, manteniendo dicho nivel durante el resto del periodo de proyección. Por supuesto, en caso la caída de precios fuese mayor, la rentabilidad de la opción de compra se vería aun más afectada.

<sup>10</sup> Lo cual significa una disminución de S/.31,65 a S/.25,10 desde el primer año, manteniendo dicho nivel durante el resto del periodo de proyección

<sup>11</sup> Apoyo no ha calculado el VAN de la opción de compra de autovagones. Sin embargo, utilizando los flujos que Apoyo toma en cuenta para el calculo del TIR, se ha estimado un VAN de S/. 2 912 720.



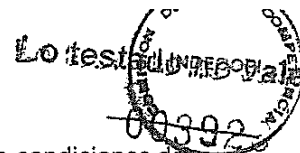
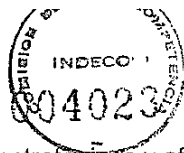
19. Sin embargo, el TIR estimado no sería comparable con los obtenidos en las opciones de compra o alquiler antes señalados. Esto es así, pues si bien se observa que el TIR en la opción de compra de autovagones (28,4%) resulta mayor al TIR de la opción de compra de locomotoras considerada inicialmente (20%), no ocurre lo mismo en el caso del VAN, el mismo que en la opción de compra de autovagones (S/.2,9 millones) resulta menor al de la compra de locomotoras (S/.5,8 millones)<sup>12</sup>. La contradicción existente, por tanto no hace comparables los indicadores de rentabilidad respectivos, y por tanto la evaluación de uno respecto del otro.
20. Esta Gerencia considera que sin el análisis de las opciones de compra y alquiler antes señalados, en condiciones similares a las que se darían en la compra de autovagones, no es posible evaluar si esta última resulta más rentable que las anteriores y por tanto la que preferentemente se podría considerar.
21. Por ello, en opinión de esta Gerencia, no ha quedado establecido la viabilidad de la opción de compra de autovagones en relación a las demás opciones expuestas, y por tanto tampoco ha quedado establecido que con esta opción de ingreso al FSO, exista un menor margen para comportamientos estratégicos del actual operador, que puedan afectar las condiciones de competencia y los resultados de la empresa entrante.

### III. CONCLUSIONES

Del análisis precedente esta Gerencia llega a las siguientes conclusiones:

- Los resultados obtenidos por Apoyo, permitirían afirmar que la opción de compra resulta económicamente viable. Sin embargo, la simulación de Apoyo no consideró la opción de alquiler del material tractivo y rodante. En opinión de esta Gerencia, ello constituye una importante omisión, pues sin el análisis de la opción de alquiler no es posible comparar esta alternativa con la compra del material tractivo y rodante y poder verificar de esta manera lo señalado en el Informe N°055-2004/GEE respecto de la asimetría existente entre el nivel de competitividad que enfrenta un entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante versus el que registraría aquel que alquila en condiciones similares a las del operador establecido, el material tractivo y rodante concesionado. Debido a ello, en el presente informe se han estimado los flujos y rentabilidades que se obtendrían con la opción de alquiler considerando los mismos supuestos del modelo de simulación de Apoyo.
- Los indicadores de rentabilidad obtenidos permiten afirmar que, si bien la opción de compra de material tractivo y rodante sería económicamente viable (VAN positivo, ascendente a S/.5,8 millones), los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler (VAN igual a S/.17,8 millones), haría que se prefiera esta última opción en lugar de la primera.
- En el escenario de entrada de un operador vía compra de material tractivo y rodante, la empresa establecida (que alquiló el material tractivo y rodante) tendrá un margen

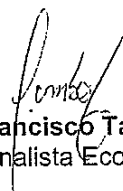
<sup>12</sup> Estas contradicciones entre el TIR y el VAN pueden ocurrir precisamente cuando los proyectos a evaluar no cumplen con tener una misma escala en el monto de inversión y/o una misma vida útil (entre otros factores). Cabe señalar que sólo en caso se presenten contradicciones en los indicadores de los proyectos considerados, éstos no son directamente comparables y merecen ser corregidos previamente. Ver Beltrán A. y Cueva H., Op. Cit.



mucho mayor para adoptar comportamientos estratégicos y afectar las condiciones de competencia en el mercado y los resultados de la empresa entrante.

- Un comportamiento estratégico del operador establecido podría suponer una disminución de precios del servicio de transporte de pasajeros hasta alcanzar un nivel próximo a los costos marginales, con lo que se forzaría al operador entrante a bajar también sus precios. Este posible comportamiento de precios no ha sido tomado en cuenta en el modelo elaborado por Apoyo, el mismo que considera que los precios permanecen constantes a lo largo del periodo de proyección.
- De esta manera, en el modelo de entrada de un nuevo operador, la caída de precios provocaría una disminución de la rentabilidad de las opciones de ingreso, alcanzando en el extremo, y en función de la magnitud de la caída de precios, rendimientos negativos. Si bien, esta situación afectaría tanto al potencial operador en el escenario de alquiler como en el de compra de material tractivo y rodante, es éste último el que se vería en principio afectado, dado los menores índices de rentabilidad estimados para esta opción. Así, en un escenario de disminución de precios de 6,82% desde el primer año (manteniendo los precios durante el resto del periodo de proyección), la opción de compra deja de ser viable mientras que la opción de alquiler lo seguiría siendo. Por su parte, la opción de alquiler dejaría de ser viable con una disminución de precios del orden del 20,7%.

  
**José Tavera Colugna**  
Gerente de Estudios Económicos

  
**Francisco Taquiri T.**  
Analista Económico

Lima, 14 de marzo de 2006



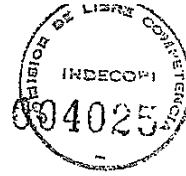
ANEXO N°1

**Cuadro N°5**  
**FLUJO DE CAJA PROYECTADO E INDICADORES DE RENTABILIDAD ESTIMADOS**  
**EN BASE A MODELO DE APOYO**  
**-OPCIÓN DE COMPRA DE MATERIALTRACTIVO Y RODANTE,**  
**CON DISMINUCIÓN DE PRECIOS -**  
 (miles de soles)

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
<b>Inversión</b>	-21 116							
<b>Ingresos</b>		16 730	17 623	17 853	17 853	17 853	17 853	17 853
Mercado (30%)								
Visitantes (miles)		584	652	661	661	661	661	661
Pasajeros (miles)		1 891	1 992	2 018	2 018	2 018	2 018	2 018
Tarifas		29,49	29,49	29,49	29,49	29,49	29,49	29,49
<b>Costos</b>		12 129	12 795	13 276	13 276	13 276	13 276	13 276
Km recorridos (miles)		575	611	649	649	649	649	649
Costos de mantenimiento		2 013	2 138	2 271	2 271	2 271	2 271	2 271
Seguros =		875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la vía		6 743	7 162	7 608	7 608	7 608	7 608	7 608
Impuestos		2 498	2 620	2 522	2 522	2 522	2 522	2 522
<b>Flujo de caja económico</b>	-21 116	4 601	4 828	4 577	4 577	4 577	4 577	4 577
(+) Prestamo	19 278							
(-) Deuda		4 712	4 712	4 712	4 712	4 712	4 712	4 712
(-) Escudo		688	616	536	448	352	245	129
<b>Flujo de caja financiero</b>	-1 838	-799	-500	-671	-583	-487	-380	-264
<b>Indicadores Financieros</b>								
VAN económico	-8							
TIR económico	11,99%							

Fuente: Informe Apoyo 30 de mayo de 2005.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos

*Handwritten signature/initials*



**Cuadro N°6**  
**FLUJO DE CAJA PROYECTADO E INDICADORES DE RENTABILIDAD ESTIMADOS**  
**EN BASE A MODELO DE APOYO**  
**-OPCIÓN DE ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE,**  
**CON DISMINUCIÓN DE PRECIOS -**  
 (miles de soles)

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
<b>Inversión</b>	-1 838							
<b>Ingresos</b>		16 730	17 623	17 853	17 853	17 853	17 853	17 853
Mercado (30%)		584	652	661	661	661	661	661
Visitantes (miles)		1 891	1 992	2 018	2 018	2 018	2 018	2 018
Pasajeros (miles)		29,49	29,49	29,49	29,49	29,49	29,49	29,49
Tarifas								
<b>Costos</b>		13 598	14 356	14 934	14 934	14 934	14 934	14 934
Km recorridos (miles)		575	611	649	649	649	649	649
Costos de mantenimiento		2 013	2 138	2 271	2 271	2 271	2 271	2 271
Seguros =		875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la vía		6 743	7 162	7 608	7 608	7 608	7 608	7 608
Impuestos <sup>17</sup>		2 498	2 620	2 522	2 522	2 522	2 522	2 522
Alquiler		1 469	1 561	1 658	1 658	1 658	1 658	1 658
<b>Flujo de caja económico</b>	-1 838	3 132	3 267	2 919	2 919	2 919	2 919	2 919

Indicadores Financieros	
VAN económico	11 952
TIR económico	170,4%

<sup>17</sup>Se ha considerado el mismo monto de impuestos consignado en la opción de compra. Cabe señalar que, en comparación a la opción de compra, en el caso de alquiler de material tractivo y rodante no se incurren en gastos de depreciación contable. En vista que el modelo de Apoyo no señala el monto de depreciación considerado, de asumirse una depreciación por período menor (o igual) al gasto en alquiler correspondiente, se esperaría que los impuestos a pagar sean también menores (o iguales) a los de la opción de compra de material tractivo y rodante (sin financiamiento), lo que contribuye a que los indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler sean mayores a los de la opción de compra.

Fuente: Informe Apoyo 30 de mayo de 2005.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos

*[Handwritten signature and initials]*





**Cuadro N°7**  
**FLUJO DE CAJA PROYECTADO E INDICADORES DE RENTABILIDAD ESTIMADOS**  
**EN BASE A MODELO DE APOYO**  
**-OPCIÓN DE ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE,**  
**CON DISMINUCIÓN DE PRECIOS QUE HACEN INVIABLE ESTA OPCIÓN -**  
 (miles de soles)

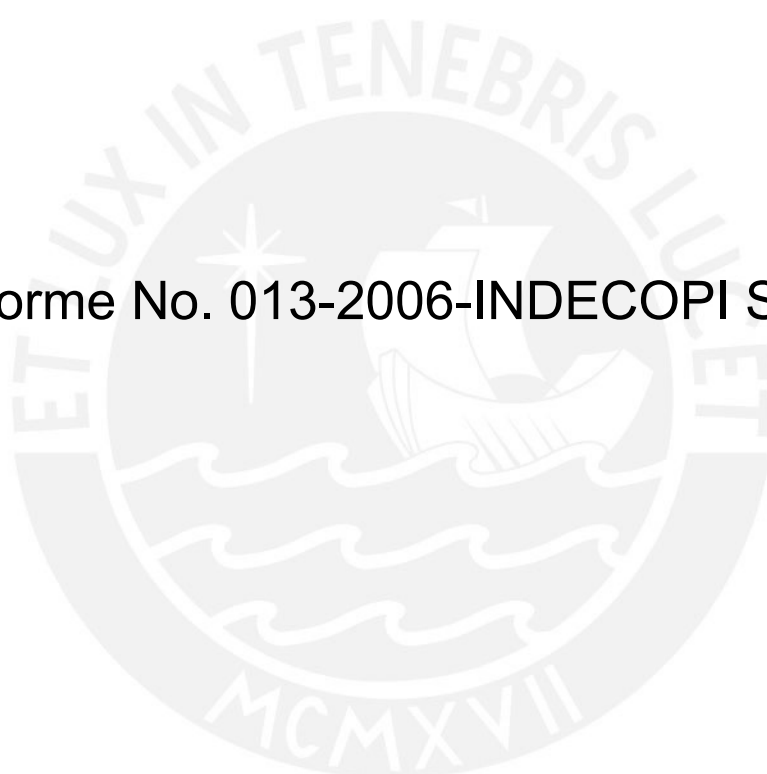
	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
<b>Inversión</b>	-1 838							
<b>Ingresos</b>		14 239	15 000	15 196	15 196	15 196	15 196	15 196
Mercado (30%)								
Visitantes (miles)		584	652	661	661	661	661	661
Pasajeros (miles)		1 891	1 992	2 018	2 018	2 018	2 018	2 018
Tarifas		25,10	25,10	25,10	25,10	25,10	25,10	25,10
<b>Costos</b>		13 598	14 356	14 934	14 934	14 934	14 934	14 934
Km recorridos (miles)		575	611	649	649	649	649	649
Costos de mantenimiento		2 013	2 138	2 271	2 271	2 271	2 271	2 271
Seguros =		875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la vía		6 743	7 162	7 608	7 608	7 608	7 608	7 608
Impuestos <sup>1)</sup>		2 498	2 620	2 522	2 522	2 522	2 522	2 522
Alquiler		1 469	1 561	1 658	1 658	1 658	1 658	1 658
<b>Flujo de caja económico</b>	-1 838	641	644	261	261	261	261	261

Indicadores Financieros	
VAN económico	-1
TIR económico	11,98%

<sup>1)</sup> Se ha considerado el mismo monto de impuestos consignado en la opción de compra. Cabe señalar que, en comparación a la opción de compra, en el caso de alquiler de material tractivo y rodante no se incurren en gastos de depreciación contable. En vista que el modelo de Apoyo no señala el monto de depreciación considerado, de asumirse una depreciación por periodo menor (o igual) al gasto en alquiler correspondiente, se esperaría que los impuestos a pagar sean también menores (o iguales) a los de la opción de compra de material tractivo y rodante (sin financiamiento), lo que contribuye a que los indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler sean mayores a los de la opción de compra.

Fuente: Informe Apoyo 30 de mayo de 2005.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos

21. Informe No. 013-2006-INDECOPI ST-CLC



**INFORME N° 013-2006-INDECOPI/ST-CLC**

A : Comisión de Libre Competencia  
 DE : Francisco Sigüeñas Andrade  
 Secretario Técnico Ad Hoc  
 César Higa Silva  
 Asistente Legal



ASUNTO : Informe complementario al Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, con relación a un presunto abuso de posición de dominio en el que habría incurrido la empresa Ferrocarril Transandino S.A., concesionaria del Ferrocarril Sur – Oriente (Tramo Cusco - Machupicchu – Hidroeléctrica)

FECHA : 23 de mayo de 2006

**PREÁMBULO**

El presente informe técnico recoge el análisis complementario de los medios probatorios recabados en el procedimiento administrativo sancionador seguido bajo los Expedientes (acumulados) números 010 y 012-2004/CLC (en adelante, el Expediente), iniciado de oficio por la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y de parte por denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en adelante, Fersimsac), por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de trato discriminatorio o negativa injustificada en el alquiler de material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente (en adelante, el FSO), por parte de Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetrans).

El informe está estructurado de la siguiente manera:

I. ANTECEDENTES .....	2
II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN .....	2
III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN .....	2
3.1. CONCLUSIONES DEL INFORME .....	2
3.2. ALEGATOS DE LAS PARTES .....	3
3.3. LA POSICIÓN DE DOMINIO .....	4
3.4. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO .....	8
IV. SANCIONES .....	14
V. CONCLUSIONES .....	15
ANEXO .....	17



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



I. ANTECEDENTES

1. El 13 de junio de 2005 esta Secretaría Técnica expidió el Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC (en lo sucesivo, el Informe), mediante el cual concluyó recomendar a la Comisión declare fundada la denuncia<sup>1</sup> y sancione a Fetrans por haber realizado un abuso de posición de dominio al negarse a arrendar a Fersimsac el material tractivo y rodante que recibió del Estado peruano.
2. Con posterioridad a la expedición del citado informe se realizaron, entre otras, las siguientes actuaciones:
  - (i) Las partes enviaron diversa información relacionada con el caso bajo análisis;
  - (ii) La Secretaría Técnica realizó acciones conducentes a esclarecer los hechos materia de investigación;
  - (iii) La Secretaría Técnica solicitó y recibió información coadyuvante por parte de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en lo sucesivo, la GEE);
  - (iv) La Comisión resolvió incorporar a Perurail S.A. (en lo sucesivo, Perurail) como tercero con legítimo interés;
  - (v) Diversas instituciones remitieron variada información relacionada con los hechos investigados;

Lo anterior ha sido incorporado al Expediente y se encuentra detallado en el anexo que forma parte integrante del presente informe.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3. Determinar si los nuevos medios probatorios aportados al Expediente contienen elementos que hagan cambiar las conclusiones a las que arribó esta Secretaría Técnica mediante el Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN.

3.1. Conclusiones del informe

4. Con base en el análisis realizado sobre la información contenida en el Expediente, el 13 de junio de 2005, esta Secretaría Técnica mediante el Informe arribó a las siguientes conclusiones:
  - (i) *Ferrocarril Transandino S.A. ostentó posición de dominio en el año 2003 en el mercado de servicios de arrendamiento o alquiler del material tractivo y rodante concesionado a costo cero a su favor por parte del Estado peruano para que otras empresas (incluyendo a su empresa vinculada) operen en el servicio de transporte de carga y*

<sup>1</sup> Para mayor información véase el acápite 1.1 y 1.2 del Informe.





pasajeros en el Ferrocarril del Sur – Oriente. Dicha posición de dominio la ostentó con anterioridad a dicho año y aún la mantiene.

- (ii) *Ferrocarril Transandino S.A. abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato (o trato discriminatorio) de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, al negarse a arrendar a Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador) el material tractivo y rodante que recibió a costo cero del Estado peruano, utilizando como pretexto que dicho material ya se encontraba arrendado a Perurail S.A., empresa con la cual conforma un grupo económico; lo que constituye una infracción leve a las normas de defensa de la libre competencia conforme lo prescribe el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.*
- (iii) *Por lo tanto, se recomienda a la Comisión de Libre Competencia declarar fundada la denuncia incoada de oficio y presentada de parte por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y, en consecuencia, imponer a Ferrocarril Transandino S.A. por cometer una infracción leve una sanción equivalente a doscientas y tres coma nueve Unidades Impositivas Tributarias (203,9 UIT), de acuerdo a los considerandos señalados en el acápite IV del presente informe.*
- (iv) *Asimismo, se recomienda a la Comisión de Libre Competencia dictar las medidas correctivas señaladas en el acápite V del presente informe.*

5. Las medidas correctivas a las que se hacen referencia en el punto (iv) de las conclusiones del Informe están relacionadas con el acceso real, que debería tener cualquier potencial operador, al material tractivo y rodante concesionado a Fetrans por el Estado peruano. En dichas medidas se sugieren distintos escenarios en los cuales un potencial operador podría tener acceso real al referido material.

### 3.2. Alegatos de las partes

6. Posterior a la emisión del Informe, las partes han aportado nuevos medios probatorios al Expediente, los que contendrían información adicional que coadyuvaría, a su entender, a una mejor comprensión de la práctica denunciada. En efecto, mediante diversos escritos, y una diligencia de inspección, Fetrans ha rechazado las conclusiones formuladas en el Informe de esta Secretaría Técnica, manifestando que:
- (i) La Secretaría Técnica habría incurrido en un error al determinar cuál era el servicio relevante, toda vez que sería posible proveerse de material tractivo y/o rodante, nuevo o usado, de fuentes distintas a Fetrans.
  - (ii) Resulta técnicamente factible adaptar el material tractivo y rodante, de su trocha original a trocha angosta, con el objeto que pueda operar en el FSO.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance



- (iii) El mercado geográfico es más amplio que el señalado, pues existirían diversas posibilidades de aprovisionarse de material tractivo y rodante en el mercado nacional e internacional.
- (iv) No ostenta posición de dominio, toda vez que el porcentaje de participación que posee en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo es de 1,5%, y de material rodante es de 0,3%.
- (v) No se ha negado injustificadamente pues habría demostrado que todo el material tractivo y rodante concesionado estaría siendo utilizado de forma permanente por Perurail.
- (vi) No resultaría cierto que haya adquirido el material tractivo y rodante a costo cero.
- (vii) El objeto de la concesión fue atraer inversiones y no, de forma primordial, generar competencia.
- (viii) No existe una prohibición a la integración vertical. El Estado adoptó el modelo *Open Acces* para la infraestructura férrea, pero no para el material tractivo y rodante.

7. Por su parte, Perurail a través de diversos escritos ha manifestado que:

- (i) El contrato de alquiler sobre el material tractivo y rodante existente entre Fetrans y Perurail es válido y oponible tanto al Estado como a terceros, en aplicación del artículo 62 de la Constitución y el artículo 1354 del Código Civil, motivo por el cual debe ser respetado.
- (ii) La Comisión carece de competencia para delimitar las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante entre Fetrans y Perurail, y menos todavía para modificar las condiciones existentes entre dichas empresas.
- (iii) El mercado de transporte ferroviario cuenta con barreras naturales que deben ser superadas por cualquier competidor. Perurail ha realizado grandes inversiones y cumplido estándares muy elevados para prestar el servicio de transporte.
- (iv) Existe material tractivo y rodante en el país disponible para prestar el servicio de transporte ferroviario, toda vez que se ha devuelto al Estado peruano material tractivo y rodante obsoleto y/o inutilizable del FSO.

### 3.3. La posición de dominio

- 8. En el Informe, la Secretaría Técnica concluyó que el servicio relevante estaba definido por el alquiler de material tractivo y rodante, descartando como posibilidad real de aprovisionamiento la compra del material tractivo y rodante, tanto de trocha angosta de 914 mm, como de trocha ancha o estándar para su adaptación a trocha angosta (esto último por cuanto ello implicaría un desembolso adicional por parte del potencial entrante).



9. Dicha definición se basó fundamentalmente en que: (i) la compra del material tractivo y rodante significaría una desventaja para el operador entrante frente a la opción del alquiler, esta última menos costosa<sup>2</sup>; y, (ii) el grupo económico conformado por Fetrans – Perurai<sup>3</sup> recibió los bienes de la concesión (entre los que se incluye el material tractivo y rodante) sin realizar ningún desembolso inicial, lo que le otorgaría ventaja respecto de cualquier potencial operador.
10. Con relación al mercado geográfico, la Secretaría Técnica concluyó que éste se encuentra delimitado al departamento (región) de Cusco<sup>4</sup>, toda vez que no existirían alternativas económicamente viables de aprovisionarse distintas al material otorgado a Fetrans, motivo por el cual el mercado relevante queda restringido al material tractivo rodante con capacidad de operar en el FSO concesionado a Fetrans.
11. De lo anterior, es posible establecer que en virtud del Contrato de Concesión, Fetrans es la única empresa que interviene en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante ubicado en el departamento (o región) del Cusco con capacidad de operar en el FSO. Este hecho, sumado a la presencia de altas barreras a la entrada<sup>5</sup>, permite inferir válidamente que esta empresa tiene posición de dominio en el mercado relevante, es decir, que puede actuar de forma independiente de sus competidores actuales y/o potenciales y, en consecuencia, tiene la capacidad de establecer condiciones comerciales sin preocuparse porque su demanda se vea afectada.
12. Fetrans ha manifestado en múltiples ocasiones su desacuerdo con lo expresado por la Secretaría Técnica en el Informe, basando sus argumentos en la existencia de proveedores capaces de ofrecer material tractivo y rodante, nuevo o usado, con capacidad de operar en el FSO. Adicionalmente, ha señalado que existe la posibilidad técnica de convertir material tractivo y rodante de distinto ancho de trocha a uno con capacidad de operar en el FSO, por lo tanto, el mercado relevante no habría sido correctamente definido, en consecuencia, Fetrans no ostentaría posición de dominio. Para evidenciar sus argumentos ha remitido listados de potenciales proveedores de material tractivo y rodante, así como, mostrado haber convertido material tractivo y rodante de trocha ancha a trocha angosta (914 mm.).
13. Sin embargo, el argumento de la Secretaría Técnica no se centra en que no existan proveedores o que no sea posible la conversión de material tractivo y rodante para operar en el FSO, sino en que no es viable económicamente realizar dichas acciones. En otras palabras, ni la compra ni la conversión resultan económicamente viables para cualquier potencial operador dadas

<sup>2</sup> Para mayor información véase numerales 209 al 221 del Informe.

<sup>3</sup> Para mayor información véase el acápite 3.3.1. del Informe.

<sup>4</sup> Para mayor información véase los numerales 237 y siguientes del Informe.

<sup>5</sup> Consecuencia principalmente de que la adquisición del material tractivo y rodante no le haya significado un desembolso inicial a Fetrans.





las condiciones en que se entregó el material tractivo y rodante al grupo económico Fetrans - Perurail. Así, la única posibilidad para ingresar a competir en el mercado de transporte de pasajeros y carga en el FSO es mediante el alquiler del material tractivo y rodante que fue concesionado a Fetrans.

14. Sobre dicha afirmación, Fetrans ha presentado diversos estudios en los cuales intenta demostrar que sí resultaría económicamente viable las alternativas por ellos señaladas. Al respecto, la GEE ha elaborado un informe en el cual desarrolla las propuestas planteadas por la denunciada<sup>6</sup>, arribando a las siguientes conclusiones:

- *Los resultados obtenidos por Apoyo, permitirían afirmar que la opción de compra resulta económicamente viable. Sin embargo, la simulación de Apoyo no consideró la opción de alquiler del material tractivo y rodante. En opinión de esta Gerencia, ello constituye una importante omisión, pues sin el análisis de la opción de alquiler no es posible comparar esta alternativa con la compra del material tractivo y rodante y poder verificar de esta manera lo señalado en el Informe N°055-2004/GEE respecto de la asimetría existente entre el nivel de competitividad que enfrenta un entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante versus el que registraría aquel que alquila en condiciones similares a las del operador establecido, el material tractivo y rodante concesionado. Debido a ello, en el presente informe se han estimado los flujos y rentabilidades que se obtendrían con la opción de alquiler considerado los mismos supuestos del modelo de simulación de Apoyo.*
- *Los indicadores de rentabilidad obtenidos permiten afirmar que, si bien la opción de compra de material tractivo y rodante sería económicamente viable (VAN positivo, ascendente a S/.5,8 millones), los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler (VAN igual a S/.17,8 millones), haría que se prefiera esta última opción en lugar de la primera.*
- *En el escenario de entrada de un operador vía compra de material tractivo y rodante, la empresa establecida (que alquiló el material tractivo y rodante) tendrá un margen mucho mayor para adoptar comportamientos estratégicos y afectar las condiciones de competencia en el mercado y los resultados de la empresa entrante.*
- *Un comportamiento estratégico del operador establecido podría suponer una disminución de precios del servicio de transporte de pasajeros hasta alcanzar un nivel próximo a los costos marginales, con lo que se forzaría al operador entrante a bajar también sus precios. Este posible comportamiento de precios no ha sido tomado en cuenta en el modelo elaborado por Apoyo, el mismo que considera que los precios permanecen constantes a lo largo del periodo de proyección.*
- *De esta manera, en el modelo de entrada de un nuevo operador, la caída de precios provocaría una disminución de la rentabilidad de las opciones de ingreso, alcanzando en el extremo, y en función de la magnitud de la caída de precios, rendimientos negativos. Si bien, esta*

<sup>6</sup> Informe N° 011-2006/GEE, del 14 de marzo de 2006.





situación afectaría tanto al potencial operador en el escenario de alquiler como en el de compra de material tractivo y rodante, es éste último el que se vería en principio afectado, dado los menores índices de rentabilidad estimados para esta opción. Así, en un escenario de disminución de precios de 6,82% desde el primer año (manteniendo los precios durante el resto del período de proyección), la opción de compra deja de ser viable mientras que la opción de alquiler lo seguiría siendo. Por su parte, la opción de alquiler dejaría de ser viable con una disminución de precios del orden del 20,7%.

15. De lo analizado por la GEE y la forma en que se otorgó al grupo económico Fetrans - Perurail el material tractivo y rodante de la concesión, es posible establecer que en dichas condiciones no resulta económicamente viable aprovisionarse del material tractivo y rodante, para operar en el FSO, de un proveedor distinto a Fetrans.
16. En efecto, según entiende esta Secretaría Técnica, la posible variación en el precio del servicio de transporte ante el ingreso de un competidor demostraría la imposibilidad económica de aprovisionarse de material tractivo y rodante distinto al otorgado a Fetrans.
17. Resulta razonable suponer que ante el ingreso de un competidor el precio del servicio de transporte presente una disminución producto del proceso competitivo. Asimismo, dadas las características del mercado derivadas de la inelasticidad de la demanda del transporte ferroviario en el FSO (ausencia de competencia intermodal e intramodal) y la posibilidad de respuesta comercial del operador establecido (Perurail), es posible inferir que las variaciones, en competencia, potencialmente podrían ser altas, lo cual incluso podría ser superior al 21%.
18. En ese sentido, en el informe de la GEE que desarrolla el propio modelo presentado por Fetrans, se indica que con solo una variación (disminución) del 6,82% en el precio del servicio de transporte, la compra ya no sería una alternativa viable de aprovisionamiento; asimismo, con una variación (disminución) del 20,7% en el precio del servicio de transporte se descartaría al alquiler como una alternativa viable de aprovisionamiento, para cualquier empresa, incluso Perurail, salvo que se modifiquen las condiciones contractuales.
19. Cabe señalar que en el caso de las estimaciones para el alquiler, éstas se han calculado sobre la base a la información proporcionada por Fetrans y equivale a los precios que ésta le ha establecido a su empresa vinculada Perurail, con lo cual se podría llegar a la conclusión errada que con una variación (disminución) del 20,7% en el precio del servicio de transporte ni siquiera Perurail podría operar.

Sin embargo, esto no es exacto, ya que al ser Fetrans y Perurail empresas pertenecientes al mismo grupo económico, y al no existir un límite inferior de cobro por el alquiler de material tractivo y rodante de Fetrans a Perurail, es posible que estas empresas establezcan nuevas condiciones de alquiler del material en cuestión, ubicando el precio del alquiler en un nivel mucho más bajo que el que actualmente existe, con lo cual se reducirían los costos



únicamente para Perurail, y haría económicamente viable la prestación del servicio de transporte férreo únicamente para esta empresa.

20. En consecuencia, considerando el análisis realizado en el Informe, la información presentada por las partes posterior a éste y el análisis contenido en el presente informe, la Secretaría Técnica se ratifica en que el mercado relevante queda determinado por el servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento (región) del Cusco. Asimismo, es posible afirmar que Fetrans goza de posición de dominio en el mercado relevante.
21. Cabe señalar que las conclusiones a las que arriba esta Secretaría Técnica no se ven alteradas por la reciente devolución de material tractivo y rodante al Estado por parte del grupo económico Fetrans - Perurail, toda vez que, como se ha puesto de manifiesto en la documentación adjunta al "Acta Notarial de la Devolución y Recepción", este material se encontraría en estado de obsolescencia o inutilización. Por lo tanto, resulta razonable suponer que dicho material no cuenta con viabilidad técnica ni económica para operar en el FSO.
22. Lo anterior es confirmado por el propio grupo económico Fetrans - Perurail, el cual ha manifestado, en múltiples ocasiones, que:

"...todo el material que fue concesionado para el Ferrocarril Sur Oriente está siendo empleado por PERURAIL", en adición a ello, ha llamado la atención respecto a "...que este material tampoco es suficiente para PERURAIL".

23. Es posible apreciar contradicción entre lo manifestado y actuado por el grupo económico Fetrans - Perurail. En efecto, inicialmente señalaban que utilizaban todo el material tractivo y rodante concesionado, inclusive afirmaban que éste no resultaba suficiente para los fines del negocio; posteriormente, devuelven parte del material antes mencionado en estado de obsolescencia o inutilización; sin embargo, señalan que el material devuelto está a disposición de cualquier interesado que desee operar en el FSO.

Entonces, si tal como ellos afirmaran, el material tractivo y rodante, concesionado a Fetrans y operado por Perurail, resultaba insuficiente para satisfacer la demanda, ¿por qué han devuelto parte del material tractivo y rodante?

24. Resulta fácil entender que si el grupo económico Fetrans - Perurail ha manifestado que utiliza todo el material tractivo y rodante que les fue otorgado, e incluso necesitarían más, la única explicación de la devolución de parte del material radica en que éste no tendría viabilidad económica y/o técnica de operación en el FSO.

### 3.4. El abuso de la posición de dominio

25. Habiéndose determinado que Fetrans goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante con capacidad para operar en el FSO ubicado en el departamento (o región) del Cusco, corresponde



analizar a continuación si la conducta investigada constituyó un abuso de posición de dominio en el mercado relevante, en las modalidades de negativa injustificada de contratar o trato discriminatorio.

26. Previo análisis de la presunta negativa o discriminación, resulta pertinente señalar que Fersimsac obtuvo por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en lo sucesivo, el MTC) el permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros en la vía del FSO y por parte del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en los sucesivos, el Ositran) un mandato de acceso temporal.

En efecto, mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14, del 30 de diciembre de 2002, el MTC otorgó a Fersimsac un permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros en la vía del FSO (ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica) por el período de un año<sup>7</sup>. Asimismo, mediante Resolución N° 003-2003-CD/OSITRAN, del 24 de marzo de 2003, el Consejo Directivo del Ositran resolvió dictar un Mandato de Acceso Temporal por un periodo de seis (6) meses a favor de Fersimsac.

En ese sentido, debe indicarse que son el MTC y el Ositran las entidades competentes para verificar, dentro del ámbito de sus potestades, que Fersimsac haya cumplido con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para operar y acceder a la vía férrea del FSO, hecho que Fetrans no podía desconocer.

Al emitirse el permiso de operación y el mandato de acceso temporal, el MTC y el Ositran realizaron una evaluación acerca de la capacidad de Fersimsac para operar en el FSO, por lo que si algún tercero cuestionaba que dicha empresa no reunía alguno de los requisitos necesarios para operar en dicha ruta, debía cuestionar el permiso respectivo. En ese sentido, si bien la declaración del Presidente de la compañía The Maryland and Delaware Railroad Company pretendería demostrar que Fersimsac no habría sido una empresa que cumpliera con todos los requisitos necesarios para operar en la vía del FSO, ese hecho tenía que ser acreditado ante el MTC y/o el Ositran en el momento en que Fersimsac solicitó el permiso o acceso a la vía férrea, y mientras el MTC y/o el Ositran no revocasen el permiso de operación o el mandato de acceso que le fue otorgado a dicha empresa, Fetrans no podía desconocer dicha situación.

#### (i) La negativa de alquiler

27. La negativa de Fetrans de otorgar en alquiler a Fersimsac material tractivo y rodante con capacidad para operar en el FSO se encuentra debidamente acreditada en el Informe<sup>8</sup>, sin que Fetrans lo haya negado. Al respecto, en el informe se señaló que:

<sup>7</sup> El plazo de la Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 fue ampliada por las Resoluciones Directorales números 016 y 034-2003-MTC/14, del 25 de febrero y 8 de mayo de 2003, respectivamente.

<sup>8</sup> Para mayor información véase los numerales 266 y siguientes del Informe.



"... Fersimsac formuló un pedido expreso a Fetrans con [sic] fin de que ésta le alquile el Material otorgado en concesión, solicitando incluso información sobre las condiciones comerciales en las que se venía alquilando el referido Material a Perurail. Asimismo, con relación a dicha solicitud, se aprecia también la negativa por parte de Fetrans a arrendar el Material, argumentando que éste se encontraba íntegramente en posesión de Perurail en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con Fetrans. Queda acreditada, en consecuencia, la existencia de una negativa de contratar.

*La negativa esbozada por Fetrans no sólo afecta directamente a Fersimsac sino que podría constituir una negativa de arrendamiento contra cualquier otro operador potencial que pretenda ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, solicitando para ello en arrendamiento el Material otorgado en concesión a Fetrans"*

(ii) Justificación de la negativa

28. Conforme se ha establecido en la sección anterior, Fetrans se ha negado a alquilar material tractivo y rodante a Fersimsac argumentando la existencia de un contrato privado previamente suscrito con Perurail (empresa con la que conforma un grupo económico) en virtud del cual esta empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario obtuvo en alquiler el íntegro del material tractivo y rodante para operar en el FSO; por lo tanto, para efectos del presente análisis, corresponde determinar si dicha negativa se encuentra justificada desde la perspectiva de las normas que protegen la libre competencia en el país.
29. Desde el punto de vista de esta Secretaría Técnica, el alquiler de la totalidad del material tractivo y rodante, sin prever mecanismos que aseguren el respeto a las normas de libre competencia, por parte de Fetrans a su empresa vinculada Perurail en el FSO tuvo como efecto impedir la competencia en el transporte de carga y pasajeros del FSO, lográndose con ello que la totalidad del material tractivo y rodante siga en poder del grupo económico del cual Fetrans y Perurail forman parte.
30. En efecto, tal como ha quedado demostrado en la sección 3.3. del presente Informe, bajo las condiciones actuales, la única posibilidad económica de que exista competencia en el mercado de transporte en el FSO es que Fetrans alquile su material tractivo y rodante a las empresas que se lo soliciten, por lo que la negativa a alquilar dicho material tiene como efecto impedir que exista competencia en el mercado de transporte de pasajeros y carga en el FSO.
31. Cabe señalar que esta situación consolida un monopolio por parte de Fetrans que el proceso de promoción de la inversión privada en la ruta del FSO no quiso establecer y que, por el contrario, lo que buscaba este proceso era fomentar la competencia en los segmentos del mercado donde era posible, como era el caso del transporte de carga y pasajeros.
32. Si bien el hecho de que Fetrans se haya negado a contratar impide la posibilidad de que exista competencia en el mercado de transporte de pasajeros y carga en el FSO, corresponde analizar si Fetrans ha alegado algún hecho o motivo que justifique su negativa.

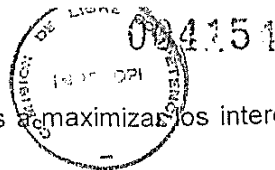


33. Fetrans señala que su negativa se justificaba en el hecho de que ella no podía alquilar el material tractivo y rodante por cuanto había celebrado un contrato de alquiler por la totalidad del referido material por un lapso de diez (10) años con Perurail, siendo esta la razón que ha esgrimido Fetrans para justificar su conducta. Adicionalmente, el grupo económico Fetrans - Perurail ha manifestado que el referido contrato de alquiler es válido y oponible tanto al Estado como a terceros, en aplicación del artículo 62 de la Constitución y el artículo 1354 del Código Civil<sup>9</sup>.
34. Cabe recordar que la justificación de una conducta que transgrede el principio de libre competencia no puede sólo sustentarse en el ejercicio de un derecho subjetivo de la empresa infractora, sino que su conducta pueda reportar mayores beneficios para los consumidores y, en general, para el interés económico general, lo cual determinará que dicha conducta no sea reprochable. Cabe precisar que la actuación de la autoridad de libre competencia no puede afectar los derechos de las partes de manera tal que éstos pierdan toda entidad, pues en este último caso la actuación de la autoridad se volvería desproporcionada.
35. Tal como ha sido señalado, la justificación de Fetrans se sustenta en que ella tenía un contrato con Perurail y, por lo tanto, no podía alquilar su material tractivo y rodante a otras empresas. Esta conducta imposibilita que pueda existir competencia en el transporte de carga y pasajeros en la ruta del FSO y, más bien, consolida un monopolio en este mercado, lo cual obviamente afecta el principio de libre competencia. Sin embargo, Fetrans no presenta argumento alguno que indique cuáles son los beneficios que reporta su conducta para la competencia, los consumidores y, en general, para el interés económico general, ciñendo su defensa tan sólo en el ejercicio de su libertad contractual, sin tener en cuenta que todos los derechos y libertades se deben ejercer en concordancia con los principios y valores que informan a nuestro ordenamiento jurídico, siendo el principio de libre competencia uno de los principios rectores de nuestro sistema económico constitucionalizado.
36. Asimismo, resulta importante señalar que Perurail es una empresa creada por Fetrans para efectos de asegurar la continuidad del servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO, hecho que demuestra no sólo cuál fue el origen de Perurail —asegurar la continuidad del servicio en el transporte de carga y pasajeros y, de ese modo, permitir que Fetrans pueda obtener la concesión— sino también el nivel de influencia que ejerce dicha empresa sobre su vinculada, lo cual se reduce en última instancia a que estas empresas forman parte de un mismo grupo económico y, por lo tanto, la

<sup>9</sup> Cabe señalar que si bien todas las personas tienen la facultad de configurar sus contratos de acuerdo a sus intereses, dicha facultad se ejerce dentro de una economía social de mercado en el que coexisten principios rectores que resultan fundamentales para su funcionamiento. Uno de estos principios rectores, y quizá el más importante para el correcto funcionamiento del sistema económico es el de libre competencia, entendido como la situación en la cual los agentes económicos rivalizan entre sí con el fin de obtener las preferencias de los consumidores. Por ello, dos personas no podrían llevar a cabo actos que vulneren la Constitución y la legislación de libre competencia, pues estarían contratando en contra de normas de orden público lo cual, obviamente, se encuentra prohibido.

En efecto, los derechos subjetivos son merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico en tanto exista una calificación positiva de que un cierto interés debe ser merecedor de «tutela», lo cual significa que no todo interés será objeto de protección por parte del Derecho sino sólo aquellos reconocidos por el ordenamiento jurídico y dentro de los márgenes que éste establezca.





conducta de ambas se encuentran destinadas a maximizar los intereses del grupo al que pertenecen.

37. Para la autoridad de competencia más allá de las formas jurídicas que puedan rodear una determinada operación, lo que le interesa en términos reales es determinar cuáles son las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realizan, persiguen o establecen con la celebración de una determinada operación económica. La forma legal bajo la cual se reviste una determinada operación no puede servir como un obstáculo para el análisis que la autoridad deba efectuar sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto formal que la expresa<sup>10</sup>.
38. En este caso en particular, siguiendo la lógica del principio de primacía de la realidad, el contrato celebrado entre las empresas de un mismo grupo económico no establece, desde un punto de vista material, una verdadera relación contractual que implique una negociación entre agentes económicos que buscan maximizar sus propios beneficios mediante la transacción mutua de derechos y obligaciones (v.g. la transferencia del uso de un bien a cambio del pago de una renta), toda vez que la formación de voluntad de ambas empresas responde a un único centro de interés, que son las personas controladoras de ambas empresas. En efecto, Fetrans y Perurail pertenecen al mismo grupo económico, y por lo tanto las conductas de ambas empresas están determinadas por las personas que controlan al grupo económico, motivo por el cual la evaluación de la conducta debe ser realizada de manera conjunta y no separada.
39. En términos reales, el material tractivo y rodante no salió del poder del grupo económico del que forman parte Fetrans y Perurail, sino lo único que ha ocurrido es una transferencia de bienes al interior del grupo empresarial, motivo por el cual el que Fetrans señale que todo el material tractivo y rodante se encuentra alquilado no es una verdadera justificación para negarse a contratar con alguna empresa que le solicite el alquiler de dicho material. Por el contrario, la negativa a contratar basado en el alquiler refleja cuáles son los verdaderos efectos de este "supuesto" contrato, que es impedir que pueda existir competencia en el transporte de carga y pasajeros en el FSO.
40. Fetrans al otorgarle la totalidad del material tractivo y rodante a Perurail lo que estaba haciendo en realidad era, mediante una reorganización de sus activos, implementar una estrategia por la cual el referido material se quedaba en poder del grupo, creando una presunta figura legal que le permitiría negarse a alquilar dicho material en caso se lo soliciten.
41. Lo anterior, se aprecia claramente con la negativa a contratar de Fetrans ante el pedido de Fersimsac. En este caso, la denunciada manifestó que no podía contratar con Fersimsac dado que no contaba con material tractivo y rodante disponible, toda vez que éste había sido arrendado en su integridad

<sup>10</sup> Al respecto, véase la Resolución N° 0131-2003/TDC-INDECOPI del 11 de abril de 2003, recaída en los Expedientes números 003 y 004-2001-CLC (acumulados), bajo los cuales se tramitaron las denuncias que interpuso Maersk Perú S.A. en contra de Pilot Station y otros.

También puede revisarse el artículo 4 del proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, en el cual se recoge expresamente el principio de primacía de la realidad, que se encuentra publicado en la página web del Indecopi.



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
 Lloyd's Register Quality Assurance

a su empresa vinculada Perurail. Esta negativa no sólo afecta a Fersimsac, sino que puede afectar a todo tercero que pretenda ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, solicitando para ello en arrendamiento el material otorgado en concesión a Fetrans.

42. Desde este punto de vista, no puede considerarse como una justificación válida, incluso en el caso que el solo ejercicio de un derecho subjetivo fuera suficiente para afectar el principio de libre competencia, que Fetrans diga que no podía solicitarle a Perurail la entrega de parte del material tractivo y rodante pues la denunciada controlaba las decisiones de su vinculada, lo cual significaba que, en la realidad, dicho material se encontraba en poder del grupo. En ese sentido, la negativa dependía en última instancia de lo que decidieran las mismas personas que controlaban tanto a Fetrans como a Perurail.
43. Ello además no se condice con el hecho de que el Estado reguló el acceso a la vía férrea pues se consideró que en este segmento no era posible la competencia. A efectos de evitar un abuso por parte de la empresa monopólica, el Estado reguló el acceso a la vía férrea y las tarifas que podía cobrar la empresa monopólica. Si esto es así, no se entiende que el Estado pueda permitir que exista un monopolio en el transporte de carga y pasajeros en el FSO, que es un servicio que afecta de modo más directo a los consumidores, siendo la protección de éstos el fin de toda economía social de mercado<sup>11</sup>.
44. En ese sentido, tanto la actuación del Estado como de los particulares debe conducirse dentro de los parámetros establecidos en la Constitución y la legislación. Así, un agente económico no puede realizar conductas que terminen excluyendo o impidiendo la competencia en un determinado sector pues ello atentaría contra el sistema económico adoptado en nuestra Constitución, siendo deber del Estado combatir y eliminar la realización de ese tipo de prácticas.
45. Por ello, la conducta de Fetrans de negarse a alquilar material tractivo y rodante a otra empresa, aduciendo que le ha otorgado la totalidad de dicho material a su empresa vinculada, constituye una transgresión a los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, específicamente consignado en el literal a) del último artículo citado del referido cuerpo legal, que establece que se encuentra prohibida la negativa injustificada a contratar.

En ese sentido, el ilícito administrativo transgresor de las normas de defensa de la libre competencia no es la celebración del contrato de alquiler con Perurail, sino el hecho de haberse negado injustificadamente utilizando dicho contrato como pretexto para evitar alquilar a otra empresa el material tractivo y rodante, cuando en realidad el referido material se encontraba en poder del grupo económico que conforman ambas empresas.

<sup>11</sup> Al respecto, existe abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la cual señala que los consumidores son el fin de toda actividad económica. En ese sentido, véase: Expedientes números 0008-2003-AI/TC, 018-2003-AI/TC y 858-2003-AA/TC.

46. En efecto, en el presente caso se cumplen con los requisitos exigidos en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, específicamente consignado en el literal a) del último artículo citado del referido cuerpo legal, para que la Comisión declare como ilegal una determinada conducta que se analiza como supuesto de abuso de posición de dominio. Al respecto, del análisis realizado se tiene lo siguiente:

- (i) La tenencia de posición de dominio por parte de Fetrans se encuentra acreditada en el acápite 3.3 del presente informe;
- (ii) La actuación indebida se acredita con la negativa injustificada de Fetrans de alquilar el material tractivo y rodante concesionado por el Estado, argumentando la existencia de un contrato de arrendamiento con su empresa vinculada Perurail, cuyo efecto y propósito es impedir que haya competencia en el mercado de transporte de carga y pasajeros en el FSO.
- (iii) El fin de obtener beneficios por parte de Fetrans se acredita debido a que a través de su conducta obstaculizó la entrada de un potencial competidor, consolidando su posición monopólica en el servicio de transporte ferroviario en el FSO.
- (iv) El fin de causar perjuicio a otro por parte de Fetrans se acredita por el hecho de que negar el acceso al material tractivo y rodante obstaculizó a un potencial competidor el acceso al mercado del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, perjudicando el bienestar de los consumidores.

47. Cabe señalar que la conducta constitutiva de infracción es una negativa injustificada a contratar, motivo por el cual es este el supuesto bajo el cual se debe sancionar a Fetrans, descartándose la imputación por discriminación.

48. En conclusión, Fetrans abusó de su posición de dominio al negarse injustificadamente a alquilar material tractivo y rodante a Fersimsac, aduciendo la existencia de un contrato de alquiler con su empresa vinculada Perurail, con el propósito de favorecerla en la retención del monopolio en el mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga en el FSO, lo que verifica el supuesto de infracción administrativa previsto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, específicamente consignado en el literal a) del último artículo citado del referido cuerpo legal, por lo que corresponde sancionar conforme a lo establecido en el artículo 23 del referido cuerpo legal.

#### IV. SANCIONES

49. En virtud de lo expuesto y en concordancia con lo detallado en la sección IV del Informe, esta Secretaría Técnica coincide en que el beneficio esperado por el grupo económico Fetrans – Perurail ascendió a US\$ 689 001,47, con una alta probabilidad de detección (100%), por lo tanto correspondería imponer una multa a la empresa infractora ascendente a 673,4 Unidades Impositivas tributaria (UIT), según se muestra a continuación:



**Cuadro N° 1**  
**Estimación de la multa**

Beneficio esperado	Tipo de cambio*	Beneficio esperado	Probabilidad de detección	Multa calculada
US\$	S/. / US\$	S/.	%	UIT
689 001,47	3,323	2 289 551,89	100	673,40

\* Promedio interbancario. BCRP el 17 de marzo de 2006  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPÍ

50. Sin embargo, atendiendo al factor de "mercado nuevo", tal como se señaló en el Informe (literal a. del numeral 367), y considerando que el grupo económico Fetrans - Perurail ha realizado acciones conducentes a promocionar el transporte ferroviario en el FSO<sup>12</sup>, corresponde atenuar la multa en un 75% del valor original. Por lo tanto, se debe imponer una multa a la empresa infractora ascendente a 168,35 UIT.
  
51. Cabe resaltar que la utilización del beneficio extraordinario que la empresa infractora esperaba obtener —producto de la realización de su conducta anticompetitiva— para efecto del cálculo de la multa, determina que se cumpla con la utilización de los criterios para la graduación de sanciones contenidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701. En efecto, el concepto de beneficio extraordinario utilizado incorpora, a efectos de determinar la sanción a imponer, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la conducta y su duración.
  
52. De otro lado, al haberse detectado que la estrategia de Fetrans de negarse a alquilar el material tractivo y rodante que se encontraba en su poder a cualquier potencial operador, constituye una infracción a los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, corresponde recomendar a la Comisión que ordene que dicha empresa no puede negarse a contratar injustificadamente con un potencial operador de la ruta del FSO. Cabe precisar que el hecho de que haya otorgado la totalidad de su material tractivo y rodante a su empresa vinculada no es justificación alguna para negarse a contratar con potenciales empresas que quisiesen operar en el FSO.

## V. CONCLUSIONES

Sobre la base del análisis realizado en el presente informe, es posible establecer que:

- (i) Ferrocarril Transandino S.A. ostentó posición de dominio en el año 2003 en el mercado de servicio de arrendamiento o alquiler del material tractivo y rodante con capacidad de operar en el Ferrocarril Sur – Oriente, para que otras empresas (incluyendo a su empresa vinculada)

<sup>12</sup> Según se observa en el Gráfico N° 9 del Informe, los años previos a la concesión presentaron una tendencia decreciente respecto de número de pasajeros transportado en el FSO, la cual se revertió en los años posteriores. Dicho cambio en la tendencia es posible atribuirlo al actuar promocional del grupo económico Fetrans - Perurail, el mismo que tendía como efecto incrementar la demanda con la correspondiente expansión en el excedente del consumidor, lo cual corresponde incorporar como atenuante del actuar anticompetitivo de la empresa infractora.

operen en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el mencionado ferrocarril. Dicha posición de dominio la ostentó con anterioridad a dicho año y aún la mantiene.

- (ii) Ferrocarril Transandino S.A. abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, específicamente consignado en el literal a) del último artículo citado del referido cuerpo legal, al negarse a arrendar el material tractivo y rodante que recibió del Estado peruano, utilizando como pretexto que dicho material ya se encontraba arrendado a Perurail S.A., empresa con la cual conforma un grupo económico; lo que constituye una infracción leve a las normas de defensa de la libre competencia conforme lo prescribe el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701.

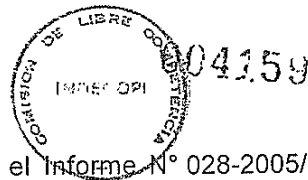
Por lo tanto, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión de Libre Competencia declarar fundada la denuncia incoada de oficio y presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y, en consecuencia, imponer a Ferrocarril Transandino S.A., por cometer una infracción leve una sanción equivalente a ciento sesenta y ocho con treinta y cinco Unidades Impositivas Tributarias (168,35 UIT), de acuerdo a los considerandos señalados en el acápite IV del presente informe.

Atentamente,

Francisco Sigüenas Andrade  
Secretario Técnico Ad Hoc  
Comisión de Libre Competencia

César Higa Silva  
Asistente Legal





1. La Secretaría Técnica incorporó al Expediente el Informe N° 028-2005/GEE, elaborado por la GEE, en el cual se analiza y describe las principales cláusulas del Contrato de Concesión.
2. Mediante escrito del 22 de junio de 2005, Fersimsac presentó sus observaciones al Informe y solicitó que en el supuesto que se declarase fundada la denuncia formulada, la Comisión tipifique la infracción como muy grave.
3. Mediante escrito del 6 de julio de 2005, Fetrans presentó sus observaciones al Informe solicitando su desaprobación y, en consecuencia, se declare infundada la denuncia formulada en contra de su empresa. Asimismo, adjunto al mencionado escrito, remitió un documento conteniendo la opinión preparada por Apoyo Consultoría S.A. (en adelante, Apoyo).
4. En la misma fecha, Fetrans presentó un escrito señalando las medidas que, a su entender, la Comisión debía adoptar para corregir algunos presuntos vicios ocurridos durante el procedimiento y, de ese modo, garantizar su derecho al debido proceso. En su escrito Fetrans Señaló que:
  - (i) La denuncia de Fersimsac no debió ser admitida por no cumplir con los requisitos mínimos establecidos en la Ley, al no señalar las razones por las que considera que Fetrans goza de posición de dominio en el mercado, así como tampoco el producto y el mercado geográfico relevante considerados para definir la mencionada posición de dominio.
  - (ii) Se ha vulnerado su derecho a probar debido a que no se han admitido las pruebas que ha ofrecido, lo que habría originado que no se actúen pruebas que resultan imprescindibles para resolver el procedimiento, por lo que la Secretaría Técnica no habría realizado una valoración conjunta de los medios probatorios.
  - (iii) La Secretaría Técnica infringió el principio de licitud al señalar en el Informe que Fetrans implementaría una estrategia anticompetitiva en el supuesto que nuevos operadores ingresen al mercado.

En razón de los argumentos esgrimidos, Fetrans solicitó, además de las subsanaciones pertinentes, la realización de una audiencia a efectos de que Apoyo exponga su informe, se provea su pedido de inspección, se expida un nuevo Informe Técnico que evalúe las pruebas presentadas y se les conceda el uso de la palabra en un informe oral.

5. Mediante escrito del 12 de julio de 2005, Perurail solicitó a la Comisión su admisión al presente procedimiento al poseer legítimo interés al ser arrendatario del material tractivo y rodante concesionado a Fetrans por el Estado. En ese sentido, solicitó la notificación de todo lo actuado en el procedimiento y que éste se retrotraiga al momento que se presentó la denuncia, a efectos de que pueda ejercer su derecho a probar lo que estime pertinente.



6. El 6 de octubre de 2005, Fetrans presentó el Informe denominado "Comentarios Adicionales sobre el Informe N° 023-2005-INDECOPÍ/ST que propone sancionar a Fetrans por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas", elaborado por Apoyo, a efectos de aportar mayores elementos de juicio.
7. Mediante escrito del 19 de octubre de 2005, Fetrans informó a esta Secretaría Técnica los detalles (lugares y fechas) de la diligencia de inspección ofrecida por su empresa, la cual fue realizada los días 20 y 21 de octubre de 2005.
8. El 26 de octubre de 2005, Fetrans presentó un escrito en el cual adjuntó el Informe denominado "Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente", elaborado por el Área de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, a efectos de aportar mayores elementos de juicio.
9. Mediante escrito del 31 de octubre del 2005, Fersimsac presentó alegatos en razón de la diligencia de inspección realizada en las Estaciones de Wanchaq y San Pedro en el Cusco.
10. Mediante escrito del 4 de noviembre de 2005, Fersimsac solicitó a la Comisión un informe respecto de la legalidad y financiamiento de la diligencia de inspección realizada los días 20 y 21 de octubre de 2005 en las instalaciones de Fetrans por funcionarios de esta Secretaría Técnica. Así solicitó que la Comisión se sirva presentar:

*Una información clara y precisa, sobre que [sic] argumento técnico – legal, se admitió tal inspección ocular [se refiere a la inspección del 20 y 21 de octubre realizada en la ciudad del Cuzco], sobre la viabilidad de cambio de truques de vía ferroviaria estándar a trocha angosta, la misma que a nuestro juicio, lo único que se busca dilatar mas [sic] el tiempo e irresponsablemente desvirtuar el espíritu central de la denuncia, que es ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO, la misma que ya fue probado, mediante una larga investigación e informe final de la Secretaría Técnica.*

Asimismo, Fersimsac solicitó a la Comisión se sirva informarle sobre:

*...quien [sic] ha financiado los costos del viaje y otros gastos de los funcionarios de su representada [se refiere a los funcionarios de la Secretaría Técnica de esta Comisión] y de que [sic] monto estamos hablando, ya que los denunciados se sentían aparentemente con derecho a ordenar y hacer de las suyas en esta diligencia, es más no extraña que su representada nos haya comunicado telefónicamente, mediante nuestra asesora legal prácticamente el mismo día de la Inspección, lo cual considero arbitrario y abuso de autoridad de su parte.*

11. El 7 de noviembre de 2005, la Comisión emitió la Resolución N° 061-2005-INDECOPÍ/CLC por medio de la cual resolvió:

*Primero: Declarar procedente la solicitud formulada por Perurail S.A. mediante escrito del 12 de julio de 2005 a efectos de que se le apersona como tercero con legítimo interés al procedimiento tramitado bajo Expedientes N° 010 y 012-2004/CLC.*



Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

*Segundo: Ordenar a la Secretaría Técnica que corra traslado a Perurail S.A. de la denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. así como de la Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC que admite a trámite la referida denuncia, otorgándole a dicha empresa un plazo de quince (15) días hábiles para que cumpla con presentar sus descargos respectivos.*

*Tercero: Ordenar a la Secretaría Técnica que en el término de treinta (30) días hábiles realice las actuaciones de los medios probatorios que eventualmente proponga Perurail S.A., salvo que esta Comisión considere que la naturaleza de la prueba ofrecida pudiera o pudiese requerir de un mayor plazo para su actuación.*

*Cuarto: Disponer que la presente resolución se notifique a las partes involucradas en el presente procedimiento administrativo.*

12. El 18 de noviembre de 2005, esta Secretaría Técnica realizó requerimientos de información al Ositran y al MTC relativos al procedimiento de autorización de circulación de material tractivo y rodante que hubiese sido modificado de trocha métrica a trocha angosta.
13. El 1 de diciembre de 2005, Fersimsac presentó una carta denominada "Carta Abierta Ferroviaria Reiterativa Final".
14. Mediante escrito del 2 de diciembre de 2005, Perurail solicitó a la Comisión se sirva otorgarles un plazo de 30 días para la actuación de las pruebas ofrecidas y se sirva declarar infundada la denuncia en todos sus extremos. Su contestación se sustentó principalmente en los siguientes argumentos:
  - (i) El contrato de alquiler entre Perurail y Fetrans se ajusta a las normas legales y estipulaciones del contrato de concesión y, por lo tanto, no puede ser modificado ni condicionado.
  - (ii) Indecopi no es competente para determinar las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante entre Fetrans y Perurail, ni para modificar las condiciones existentes.
15. Mediante Oficio N° 807-05-GS-OSITRAN, del 5 de diciembre de 2005, Ositran dio respuesta al requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica a través del Oficio N° 091-2005/CLC-INDECOPI, adjuntando copia del Expediente N° 021-2003-GS-OSITRAN.
16. El 5 de diciembre de 2005, mediante Resolución N° 067-2005-INDECOPI/CLC, la Comisión resolvió efectuar un llamado de atención al representante de Fersimsac, para que en adelante evite la utilización de declaraciones tendenciosas y utilice en sus escritos un lenguaje apropiado que corresponda a una actuación guiada por el respeto mutuo, conforme al Principio de Conducta Procedimental previsto en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.
17. Mediante escrito del 7 de diciembre de 2005, Fetrans formuló alegatos en razón de los escritos presentados por Fersimsac los días 22 de junio, 31 de octubre y 4 de noviembre de 2005.

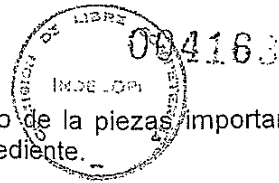


18. Mediante escrito del 3 de enero de 2006, Perurail presentó argumentos adicionales a los señalados en su escrito del 2 de diciembre de 2005 para que sean tomados en cuenta por la Comisión al momento de resolver.
19. Mediante escrito del 9 de enero de 2006, Fetrans adjuntó una serie de comunicaciones y oficios emitidos por el Ositran y el MTC, en los cuales se advertiría que era viable en la práctica ferroviaria la adaptación de material tractivo rodante de trocha estándar a trocha angosta.
20. Mediante escrito del 11 de enero de 2006, Fetrans presentó sus argumentos en razón de la carta presentada por Fersimsac el 1 de diciembre de 2005.
21. Entre el 18 y 20 de enero de 2006, la Secretaría Técnica realizó requerimientos de información a Fersimsac, MTC, Fetrans y Perurail.
22. Mediante Oficio N° 0095-2006-MTC/14, del 31 de enero de 2006, el MTC absolvió el requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica y adjunta copia del Informe N° 008-2006-MTC/14.05.03.
23. El 6 de febrero de 2006, Fetrans presentó un escrito mediante el cual absolvió el requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica mediante Carta N° 018-2006/CLC-INDECOPI.
24. El 7 de febrero de 2006, Perurail presentó un escrito mediante el cual absolvió el requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica mediante Carta N° 010-2006/CLC-INDECOPI.
25. El 10 de marzo de 2006, Perurail presentó un escrito adjuntando medios probatorios relacionados con la disponibilidad de material tractivo y rodante.
26. Mediante escrito de la misma fecha, Fetrans remitió el Contrato de Arrendamiento celebrado con Perurail el 20 de setiembre de 1999, solicitado por esta Secretaría Técnica mediante Carta N° 024-2006/CLC-INDECOPI, del 3 de marzo de 2006.
27. En respuesta a una solicitud realizada por esta Secretaría Técnica, el 14 de marzo de 2006 la GEE emitió el Informe N° 011-2006/GEE sobre la "Investigación en el mercado de ferrocarriles".
28. Mediante Cartas números 033 y 034-2006/CLC-INDECOPI, del 14 de marzo de 2006, dirigidas a Fetrans y Perurail, respectivamente, y Oficio N° 017-2006/CLC-INDECOPI, del 15 de marzo de 2006, dirigido al Ositran, la Secretaría Técnica solicitó copia de todo contrato o proyecto de contrato (que no haya sido remitido con anterioridad) celebrado entre Fetrans y Perurail.

La mencionada solicitud fue respondida por el Ositran el 16 de marzo de 2006, por Fetrans el 20 de marzo de 2006, y por Perurail el 30 de marzo de 2006.

29. Mediante escrito del 4 de mayo de 2006 Fersimsac manifestó que Fetrans habría incurrido en un abuso de posición de dominio al negarse a alquilar el material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO. Asimismo,





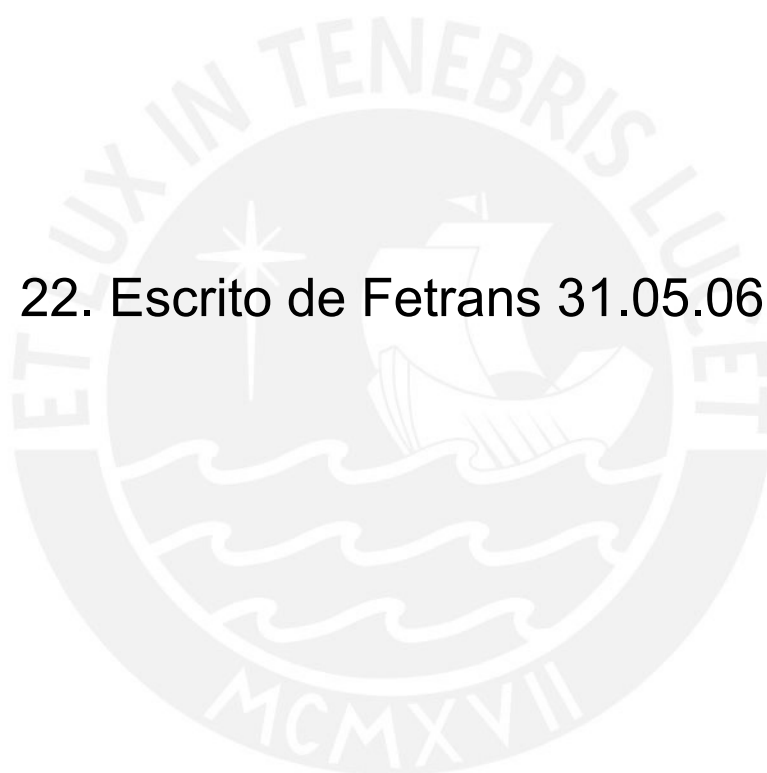
solicitó que "...se levante el secreto peticionado de la piezas importantes del contrato..." y se le remita copia de parte del Expediente.

30. Mediante Oficios números 049 y 053-2006/CLC-INDECOPI, del 16 y 17 de mayo de 2006, respectivamente, la Secretaría Técnica solicitó al señor Jorge León Ballén, Director Ejecutivo Adjunto de PROINVERSION, proporcione información sobre algunos aspectos relacionados a los alcances del modelo adoptado por el Estado en el proceso de otorgamiento de la concesión de los Ferrocarriles Sur y Sur – Oriente. Sobre el particular, mediante Oficio N° 12/2006/DEA/PROINVERSIÓN, del 18 de mayo de 2006, el señor León Ballén manifestó no haber tenido a su cargo el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (ENAFER), no absolviendo por lo tanto las interrogantes formuladas por la Secretaría Técnica (las apreciaciones que pudiesen tener las personas que llevaron a cabo el proceso de otorgamiento de la concesión de los Ferrocarriles Sur y Sur – Oriente no son vinculantes para la autoridad de libre competencia, la cual obviamente analiza los efectos de la conducta de Fetrans para la libre competencia).

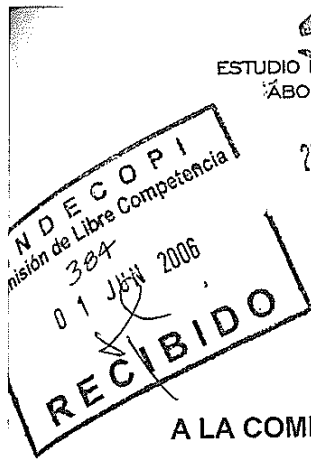


Certificado de Aprobación ISO 9001:2000 N° SQA 705028  
Lloyd's Register Quality Assurance

22. Escrito de Fetrans 31.05.06

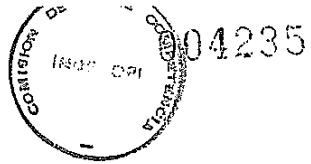






ESTUDIO ECHECOPAR ABOGADOS  
2005 MAY 31 PM 4 19

RECIBIDO  
UNIDAD DE TRAMITE  
DOCUMENTARIO



Expediente N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente No.  
012-2004/CLC)  
Alegatos

059150

**A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:**

**FERROCARRIL TRANSANDINO** (en adelante, "FETRANS"), en el procedimiento iniciado por FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU (en adelante, "FERSIMSAC") sobre presunto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, hemos sido notificados con el Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC, informe complementario al Informe No. 023-2005/CLC-INDECOPI, mediante el cual la Secretaría Técnica Ad Hoc concluye que: (i) FETRANS ostentó posición de dominio en el año 2003 en el mercado de servicio de arrendamiento o alquiler del material tractivo y rodante con capacidad de operar en el Ferrocarril Sur – Oriente (en adelante, "FSO"); y, (ii) FETRANS abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 5, literal a), del Decreto Legislativo No. 701, Ley que dispone la eliminación de prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia; y, (ii) en base a lo anterior, recomienda a la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la "Comisión") declarar fundadas la denuncia de oficio y la presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en adelante, "FERSIMSAC") y, en consecuencia, imponer a FETRANS, por cometer una infracción leve, la sanción equivalente a 168,35 UIT.

1.

Que, de conformidad con el artículo 161° de la Ley No. 27444,<sup>1</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, cumplimos con presentar nuestros alegatos solicitando a la Comisión que desapruebe los Informes expedidos por la Secretaría Técnica y, en consecuencia, declare infundadas las denuncias formuladas en contra de FETRANS, por las consideraciones que a continuación se mencionan.

## I. ARGUMENTOS DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

En su Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC (en adelante, "Informe Complementario"), la Secretaría Técnica, realizando un análisis sesgado del Informe No. 011-2006/GEE, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos, define un mercado relevante sumamente estrecho que no corresponde a la realidad económica y afirma que nuestra empresa tiene posición de dominio.

Para ello, se basa en que no resulta económicamente viable aprovisionarse del material tractivo y rodante para operar en el FSO de un operador distinto a FETRANS, por la forma en la que se otorgó la concesión. Esta conclusión se sustentaría en que, a decir de la Secretaría Técnica, PERURAIL podría disminuir sus precios en un nivel tal que el competidor entrante no podría recuperar sus inversiones, lo que haría inviable su ingreso al mercado.

Asimismo, la Secretaría Técnica señala que el mercado geográfico está constituido por la Región Cusco; sin embargo, no justifica dicha conclusión.

---

<sup>1</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 161.- Alegaciones

161.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

161.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Secretaría Técnica considera que FETRANS ostenta posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante para operar el FSO.

De otro lado, respecto a la supuesta negativa a contratar con FERSIMSAC, la Secretaría Técnica señala que el hecho que se haya alquilado la totalidad del material tractivo y rodante y que éste se encuentre operando en su máxima capacidad no es justificación alguna para que FETRANS se haya negado a alquilar el mencionado material a FERSIMSAC.

Finalmente, la Secretaría Técnica sugiere a la Comisión que imponga a FETRANS una multa equivalente a 168, 35 UIT. Cabe indicar que dicho monto es calculado sobre la base del monto inicialmente fijado en el primer informe de la mencionada Secretaría Técnica que, como se demostrará, ha sido calculado en forma equivocada.

## **II. COMENTARIOS INICIALES SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

En nuestro primer escrito de alegatos llamamos la atención de la Comisión respecto de diversos vicios en la tramitación del presente procedimiento<sup>2</sup>. Así, por ejemplo, hicimos notar que la Secretaría Técnica había solicitado información que supuestamente era relevante para resolver el presente caso y, sin embargo, en forma unilateral, el mencionado órgano instructor había decidido prescindir de dicha información.

Si bien algunos de los vicios han sido subsanados luego de la presentación del escrito que mencionamos; hemos observado una actuación cuestionable de dicho órgano en lo que se refiere al cumplimiento de sus deberes dentro de este procedimiento y el debido

<sup>2</sup> Escrito presentado el 6 de julio de 2005.

trato a las partes. Así, la actuación de la Secretaría Técnica revela una falta de diligencia y cuidado, habiendo incumplido los principios y normas que está obligada a observar en la tramitación de un procedimiento administrativo en resguardo de los derechos de los administrados y en aras de una adecuada instrucción de los hechos materia de denuncia.

Una muestra de lo dicho se puede verificar en la forma y oportunidad como se han notificado diversos documentos que obran en el expediente. Así, podemos mencionar que, contrariamente a lo establecido por el artículo 24° de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>3</sup>, el Oficio No. 807-05-GS-OSITRAN del **1 DE DICIEMBRE DE 2005** recién fue notificado a FETRANS el **24 DE MAYO DE 2006**, es decir, casi medio año después.

En la misma, fecha FETRANS fue notificado con: (i) los escritos presentados por PERURAIL el **6 DE FEBRERO DE 2006** y **9 DE MARZO DE 2006**; y (ii) el escrito de FERSIMSAC de fecha 4 de mayo de 2006.

Otra actuación de la Secretaría que merece nuestro rechazo es que dicho órgano mediante Carta No. 112-2006/CLC-INDECOPI, nos requirió la traducción del contrato de alquiler suscrito por FETRANS y PERURAIL para lo cual ha otorgado cinco (5) días hábiles. Cabe indicar que dicho requerimiento nos fue notificado conjuntamente con el Informe Complementario con lo cual, **FETRANS no sólo debe rebatir los argumentos del mencionado informe en un plazo de cinco días sino que también debe cumplir con absolver el requerimiento de la Secretaría en el mismo plazo.** Si la Secretaría Técnica consideraba necesario que FETRANS presentara la traducción del mencionado contrato, pudo evitarnos fácilmente esta situación de tener que atender dos

<sup>3</sup> Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General  
Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación.  
24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:  
24.1.1. El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación.

requerimientos al mismo tiempo luego de meses de no efectuar las notificaciones que corresponden; para ello le bastaba con requerir dicha información con antelación y no esperar a último momento. Esta actuación sólo refleja la falta de consideración de la Secretaría Técnica hacia los administrados generando inconvenientes que podrían evitarse con la mínima diligencia requerida en estos casos.

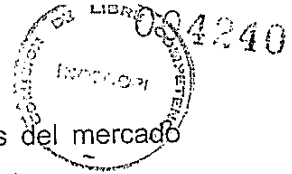
### III. ARBITRARIEDADES Y ERRORES DE LA SECRETARÍA TÉCNICA AL DETERMINAR LA SUPUESTA POSICIÓN DE DOMINIO

Existe consenso en la Doctrina y Jurisprudencia sobre la metodología que debe seguirse para determinar si una empresa ostenta posición de dominio en un mercado específico. En general, se acepta que se requiere analizar el mercado del producto/servicio y el mercado geográfico relevante.

Ahora bien, en la medida que el Informe Complementario supuestamente tenía por objeto analizar las pruebas ofrecidas por las partes para determinar si éstas eran suficientes para modificar las conclusiones a las que arribó la Secretaría Técnica en su Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC (en adelante, "Informe Inicial"), la referida Secretaría debió analizar nuevamente cuál era el mercado del producto/servicio relevante y, además, el mercado geográfico.

No obstante, la Secretaría Técnica realiza un análisis superficial y equivocado del producto relevante y, lo que es peor, asume como cierta la determinación del mercado geográfico realizada en su Informe Inicial, sin tener en cuenta que FETRANS alegó expresamente que, en nuestro país, existen –además del Estado- otras empresas a la que FERSIMSAC pudo acudir para aprovisionarse de material tractivo y rodante.

A continuación demostraremos los graves errores incurridos por la Secretaría Técnica al momento de determinar el producto/servicio



relevante y la inexplicable omisión en el caso del análisis del mercado geográfico. Finalmente, teniendo en cuenta lo anterior, probaremos que FETRANS no cuenta con posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante y, tampoco, en el mercado de alquiler del mencionado material.

### 3.1. Determinación del producto/servicio relevante

#### a. Sobre la posibilidad de ingreso al FSO por parte de nuevos operadores

La Secretaría Técnica, supuestamente en base al Informe de la Gerencia de Estudios Económicos (GEE), ha señalado que, teniendo en cuenta la forma en que se otorgó el material tractivo y rodante de la concesión, no sería económicamente viable aprovisionarse de dicho material de un proveedor distinto a FETRANS. Esto la lleva a reducir el mercado relevante del producto al alquiler del material en el FSO.

El sustento de la Secretaría Técnica para tal conclusión es una mera conjetura pues afirma que, dada la vinculación económica entre FETRANS y PERURAIL, esta última podría efectuar una reducción significativa en el precio del servicio de transporte ante el ingreso de un competidor para sacarlo del mercado.

Esta interpretación no sólo es equivocada sino que no se basa en una correcta lectura del informe de la GEE. Además, da fuerza determinante a una simple especulación sobre conductas futuras siendo contraria a la presunción de licitud prevista en el Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG. Asimismo, dicha interpretación es contraria a la afirmación de la propia Secretaría Técnica de que la demanda en el FSO es inelástica. A continuación, desarrollaremos cada uno de estos puntos.



a.1. El Informe de la GEE

Debemos señalar nuestra disconformidad con la interpretación realizada por la Secretaría Técnica del Informe de la Gerencia de Estudios Económicos. Ello, debido a que en dicho documento se señala claramente que *"Los indicadores de rentabilidad obtenidos permiten afirmar que, si bien la opción de compra de material tractivo y rodante sería económicamente viable, los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler harían que se prefiera esta última opción en lugar de la primera"*<sup>4</sup>.

Como puede apreciarse, la mencionada Gerencia acepta, tal como lo ha manifestado FETRANS a lo largo del procedimiento, que si es económicamente posible el aprovisionamiento del material tractivo a través de la adquisición.

Lo mencionado anteriormente resulta de suma importancia en la medida que tiene estrecha vinculación con el mercado geográfico, tal como se verá en el punto siguiente del presente escrito. Asimismo, reafirma lo demostrado por nosotros, esto es, que FERSIMSAC y cualquier otra empresa que desee ingresar a operar en el FSO tiene la posibilidad real de acceder a las diversas fuentes de aprovisionamiento existentes en el mundo. De acuerdo con dicha Gerencia, esta es una alternativa viable y por ello, al alcance de cualquier entrante que esté dispuesto a hacer las inversiones que requiere la industria. Por tanto, debe ser admitida como parte del análisis del mercado relevante y de la posición de dominio, y no ser excluida de plano como lo hace la Secretaría Técnica.

Por otro lado, con relación a la preferencia o conveniencia económica del alquiler en comparación con la adquisición del material tractivo y

<sup>4</sup> Página 6 del Informe de la Gerencia de Estudios Económicos

rodante, debemos señalar que en general, independientemente del mercado que se analice, una empresa incurrirá, en el corto plazo, en menores costos si alquila un bien que si lo adquiere.

No obstante lo anterior, lo que resulta imposible sostener es que esta diferencia justifique que el Estado, a través de la agencia de competencia, obligue a una empresa compartir el material que explota para facilitar el ingreso de nuevos operadores. En otras palabras, causa extrañeza la forma como se utiliza el Derecho de Competencia para imponer una "obligación de solidaridad" a favor de los competidores con el objeto de que éstos no incurran en los costos naturales del sector.

En efecto, no todos los mercados son iguales, hay algunos a los que será más costoso ingresar. El modelo de economía social de mercado asume que ello es así y no trata de cambiarlo, pues siendo precisamente las exigencias naturales de cada mercado las que se deban tener en cuenta, ello no es perjudicial para la libre competencia ni para la sociedad. Lo que se prohíbe y sanciona es la interferencia en esas condiciones naturales por los agentes que buscan impedir la competencia mediante conductas abusivas o restrictivas. Más allá de ello, la agencia de competencia no puede intervenir y distorsionar esta realidad de los mercados y pretender prohibir conductas no contrarias a la competencia para favorecer a un entrante. Ello con el fin de lograr que exista un competidor más, con el argumento de que siempre dos operadores son mejores que uno. Como sabemos, ello no es cierto y por esto tal intervención no sólo resulta ilegal sino contraproducente.

#### a.2. El uso de presunciones

Pese a que resultaba claro de lo actuado en el proceso y del informe de la GEE que FERSIMSAC o cualquier empresa pueden ingresar a



operar el FSO, la Secretaría Técnica alega sin ningún sustento que la viabilidad económica señalada por la GEE es sólo teórica, pues, a partir de suposiciones y presunciones, considera que en el futuro FETRANS y PERURAIL implementarán una conducta exclusoria, a través de la reducción de precios, que tendrá por objeto eliminar la competencia.

Lo que resulta sumamente grave es que estas suposiciones de la Secretaría Técnica sean el principal argumento de la teoría defendida por dicho órgano instructor respecto a la supuesta posición de dominio de FETRANS.

Adicionalmente, la Secretaría Técnica parte de la premisa que los proveedores sólo pueden obtener más clientes a través de la reducción de precios, prescindiendo, por ejemplo, de elementos tan importantes como la calidad del servicio, los horarios de salida, etc.

No es posible que sólo las especulaciones y conjeturas de la Secretaría Técnica sobre lo que hará en el futuro nuestra empresa sirvan de sustento para determinar una supuesta posición de dominio que no ostenta FETRANS. Además, debemos precisar que la Gerencia de Estudios Económicos ha señalado que en la opción de compra por parte del nuevo entrante, FETRANS y PERURAIL tendrían un margen mayor para reducir sus precios; sin embargo, ello no significa que necesariamente, ante la entrada de un nuevo competidor, se vaya a reducir los precios.

### a.3. La presunción de licitud

Cabe indicar que la Secretaría Técnica no debe olvidar la presunción de licitud consagrada en la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y que por ello está impedida de presumir que,

ante el ingreso de nuevos operadores, FETRANS realizará prácticas exclusorias. La mencionada presunción de licitud señala lo siguiente:

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.

*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

(...)

*9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario."*

Sobre el particular, Morón Urbina<sup>5</sup> señala que:

*"Los efectos de esta presunción sobre el procedimiento administrativo sancionador son los siguientes:*

***Un administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, de una sospecha, por su falta de apersonamiento o de presentación de descargo, por más razonable o lógico que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad. Incluso la presunción de validez del acto administrativo (art. 9), aquí cede a favor del derecho constitucional a la inocencia del administrado.***

(...)

***La presunción sólo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción."*** (Resaltado agregado)

En el presente caso, la Secretaría Técnica no observa el principio antes mencionado, en la medida que considera que los potenciales entrantes no ingresarán al mercado de transporte en el FSO, pues "supone", "considera razonable", pensar que FETRANS y PERURAIL practicarán una política de precios capaz de eliminar la competencia.

<sup>5</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 635



#### a.4. Contradicción de la Secretaría Técnica

Pero como si lo anterior no fuera suficiente, debemos indicar que existe una clara contradicción en el razonamiento de la Secretaría Técnica que es central en su tesis equivocada sobre la supuesta respuesta anticompetitiva de PERURAIL.

En efecto, la Secretaría Técnica<sup>6</sup> señala lo siguiente:

*“Resulta razonable suponer que ante el ingreso de un competidor el precio del servicio de transporte presente una disminución producto del proceso competitivo. Asimismo, **dadas las características del mercado derivadas de la inelasticidad de la demanda del transporte ferroviario en el FSO (ausencia de competencia intermodal e intramodal) y la posibilidad de respuesta comercial del operador establecido (Perurail), es posible inferir que las variaciones, en competencia, potencialmente podrían ser altas, lo cual incluso podría ser superior al 21 %**”*  
(Resaltado agregado)

Si asumimos, como lo hace la Secretaría Técnica, que la demanda de transporte en el FSO es INELÁSTICA no entendemos por qué razón dicha Secretaría cree que existirá una reducción de precios. En efecto, debe recordarse que la inelasticidad implica que aún cuando el precio de un bien o servicio aumente o baje, la cantidad consumida se mantendrá inalterada. Siendo ello así, no existe ninguna razón para suponer que PERURAIL bajará sus precios por cuanto ello no tendría ningún efecto pues, aunque lo hiciera, el nuevo competidor podrá cobrar por el servicio un monto mayor que le posibilitará recuperar sus inversiones por la adquisición de material tractivo y rodante. Al ser la demanda inelástica y al existir limitaciones para que PERURAIL pueda aumentar el número de servicios, siempre existirá un grupo de personas que contratarán con el nuevo competidor por lo que éste no

<sup>6</sup> Página 7 del Informe Complementario elaborado por la Secretaría Técnica

podrá ser excluido del mercado tal como inconsistentemente cree la Secretaría Técnica.

Es más, teniendo en cuenta las premisas que utiliza la Secretaría Técnica (demanda inelástica y ausencia de competencia) deberíamos inferir que el nuevo entrante podrá recuperar sus inversiones fácilmente.

**b. El material no ha sido concesionado a FETRANS a un costo cero**

Si bien en el Informe Complementario, la Secretaría Técnica no señala expresamente, como en el Informe Inicial, que FETRANS recibió del Estado el material tractivo y rodante a un costo cero, sí resalta que la supuesta posición de dominio de FETRANS se encuentra vinculada a la forma en la que esta empresa recibió el referido material.

En efecto, increíblemente dicha Secretaría señala que su razonamiento para sostener la existencia de posición de dominio no se sustenta en que no existan proveedores o no se pueda convertir el material, descartando estos dos aspectos que son determinantes para una correcta definición del mercado relevante y más bien esgrime una "tesis de la inviabilidad económica" basada en las condiciones en que se entregó el material tractivo a nuestra empresa. De esta forma, la Secretaría Técnica se aparta del camino correcto que lleva a concluir que hay alternativas de proveedores y de conversión de material (y por tanto no hay posición de dominio), para desviar la discusión hacia el modelo de la concesión. Pero, lo que es más grave es que, llegada a este punto, tampoco hace un análisis correcto, sino que tergiversa el modelo y la realidad de nuestro grupo económico para arribar a conclusiones equivocadas, conforme explicamos a continuación.



Así, la Secretaría Técnica señala que el argumento de dicho órgano *"no se centra en que no existan proveedores o que no sea posible la conversión de material tractivo y rodante para operar en el FSO, sino en que no es viable económicamente realizar dicha acciones. En otras palabras ni la compra ni la conversión resultan económicamente viables para cualquier operador dadas las condiciones en que se entregó el material tractivo y rodante al grupo económico Fetrans – Perurail. Así, la única posibilidad para ingresar a competir en el mercado de transporte de pasajeros y carga en el FSO es mediante el alquiler de material tractivo y rodante que fue concesionado a Fetrans"* <sup>7</sup>(Resaltado Agregado).

Como lo hemos señalado a lo largo del presente procedimiento, FETRANS ha realizado diversos desembolsos a favor del Estado e inversiones en la infraestructura que no han sido tomadas en cuenta por la Secretaría Técnica y que demuestran que la teoría del costo cero es insostenible.

La teoría utilizada por la Secretaría Técnica busca atribuirle una ventaja a PERURAIL en el servicio de transporte (recibir material sin costo porque FETRANS "no pagó nada por él") la cual supuestamente justificaría ordenar al concesionario que comparta el material con un entrante, a fin de igualar las condiciones. Pero este razonamiento parte de una premisa equivocada, que es ver sólo la supuesta ventaja a PERURAIL, separando artificialmente el material tractivo del conjunto que fue el otorgamiento de la concesión (y todos sus costos, inversiones y obligaciones) y no contraponerle los gastos y las cuantiosas inversiones realizadas por el grupo económico.

Así, la Secretaría Técnica incurre en el grueso error de desconocer los gastos y las inversiones realizadas por FETRANS y PERURAIL como

<sup>7</sup> Paginas 5 y 6 del Informe complementario de la Secretaría Técnica

parte del proceso de concesión de los ferrocarriles. En este punto es totalmente inconsistente, pues no nos da el tratamiento de grupo económico, como sí lo hace al analizar el contrato de alquiler entre FETRANS y PERURAIL. Ello evidencia una falta de equidad y un sesgo en el análisis que invalida las conclusiones sobre el particular. Para ser consistente y actuar con equidad, nos debe considerar como un grupo económico al momento de tomar en cuenta los gastos e inversiones que formaron parte de la entrega en concesión de los ferrocarriles que incluyó la prestación del servicio de transporte por una empresa vinculada "espejo".

Ya hemos señalado que FETRANS ha contraído una obligación de pago al Estado desde el inicio de la concesión hasta marzo 2005 por la suma de S/. 84.8 millones por Retribución. En el mismo periodo, FETRANS ha utilizado el mecanismo de Liberación de Pago de las Retribuciones<sup>8</sup> por S/. 82.8 millones lo cual es fácilmente comprobable, pues el regulador que supervisa el cumplimiento del contrato lleva un control de las inversiones realizadas. De la misma forma, PERURAIL ha adjuntado a su escrito de contestación diversos documentos en los que se acredita que dicha empresa también ha realizado inversiones para mejorar el material tractivo y rodante existente.

Al respecto, Apoyo<sup>9</sup> señala que:

*"En el caso del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, debido a que era necesario realizar importantes inversiones para permitir el óptimo funcionamiento de estos ferrocarriles y que, además, se requería garantizar ingresos fiscales para los próximos años, el gobierno decidió que el pago se realizara mediante un porcentaje de los ingresos del*

<sup>8</sup> El Contrato de Concesión, en la cláusula 10.1, establece como incentivo para la inversión, un mecanismo que permite la liberación de pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial, en mérito a las inversiones que realice en el mantenimiento y rehabilitación de la línea férrea. A través de este mecanismo, durante los primeros cinco años de Concesión, el Concesionario quedará liberado de su obligación de pagar cada S/. 1.00 (Un nuevo sol) que corresponda por las Retribuciones al Estado, por cada S/. 1.00 (Un nuevo sol) que acredite que invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la línea férrea.

<sup>9</sup> Cuarto Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado "Comentarios Adicionales sobre el Informe No 023-2005-INDECOP/ST de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOP que propone sancionar a FETRANS por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas", p. 9.

concesionario durante el periodo de explotación de los activos.

La oferta presentada por Ferrocarril Trasandino ha significado hasta marzo del 2005 el pago de S/ 84.8 millones de nuevos soles. (...)

Por lo tanto, la ST-CLC se equivoca al decir que **PERURAIL recibió el material tractivo y rodante a 'costo cero'**. La valorización del costo y el uso que se les daría a este material están implícitos en la oferta que presentó **FETRANS**" (Resaltado Agregado)

De acuerdo a lo manifestado en los párrafos precedentes, así como de los documentos que han sido ofrecidos en el presente procedimiento queda claro que los costos en los que han incurrido FETRANS por el material tractivo y rodante no son cercanos a cero, tal como afirma la Secretaría Técnica. No obstante, dicho órgano ha hecho caso omiso de nuestras afirmaciones sustentadas con pruebas.

Adicionalmente, tampoco debería perderse de vista que PERURAIL, además de cumplir con el pago por el alquiler de material tractivo y rodante, ha debido asumir el costo por concepto de mantenimiento y reparación del referido material. En este punto, la Universidad del Pacífico<sup>10</sup> ha señalado que:

*"El contrato de alquiler del material tractivo y rodante establece dos tipos de costos para el operador. En primer lugar, este debe pagar al concesionario una tarifa correspondiente al uso de cada equipo, cuyo monto depende de la distancia en kilómetros recorrida por cada uno. En segundo lugar, los gastos de reparación y mantenimiento que requiera dicho material mientras sea utilizado por el operador deben ser realizados por este. (...)"* (Resaltado Agregado)

Siguiendo con su análisis, la mencionada Universidad<sup>11</sup> señala que:

<sup>10</sup> Informe denominado "Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente, elaborado por el Area de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. p. 19.

<sup>11</sup> Informe denominado "Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente, elaborado por el Area de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. p. 20.

*"si se alquilasen estos mismos equipos a una Tercera empresa, el gasto total en que tendría que incurrir excedería ampliamente al pago del alquiler. Así, por ejemplo, una empresa que alquila un autovagón y que paga en promedio 15.7 miles de dólares anuales por concepto de alquiler, debe incurrir en un gasto adicional equivalente a 25.4 miles de dólares por concepto de reparaciones y mantenimiento." (Resaltado Agregado)*

En suma, no es cierto que FETRANS y PERURAIL hayan adquirido el material tractivo y rodante a costo cero. Lo que sucede es que en el contrato de concesión se previó pagos mensuales luego de la concesión por concepto de retribución y no un pago al inicio, lo cual no puede interpretarse como si no se hubiera pagado ningún monto.

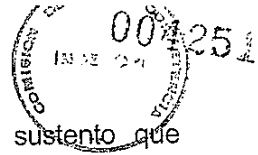
Por lo demás, en la presentación de las ofertas al momento del concurso (fijación de un porcentaje de los ingresos pagaderos como retribución) sí se tomó en cuenta el hecho de que el material tractivo y rodante sería entregado en concesión para su explotación. Como lo ha indicado Apoyo en su tercer informe, ***"las ofertas presentadas por los postores incluían sus propias valorizaciones de los ingresos que obtendrían por la explotación de la infraestructura más lo que obtendría por la explotación del material tractivo y rodante. Resulta evidente que si la concesión hubiese sido únicamente por la infraestructura ferroviaria y no por el material tractivo y rodante, la oferta presentada por los postores hubiese sido distinta. (...)"***<sup>12</sup>.(Resaltado Agregado)

Además, FETRANS paga al Estado una retribución especial por la explotación del material tractivo y rodante, conforme a lo previsto en la cláusula 5.2. del contrato de concesión.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Informe denominado "Opinión Técnica sobre el INFORME No 023-2005-INDECOPI/ST de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI que propone sancionar a FETRANS por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas" elaborado por Apoyo Consultoría S.A. p. 9.

<sup>13</sup> Cláusula Quinta del Contrato de Concesión de FETRANS  
5.2. Retribución Especial. El Concesionario también queda obligado a pagar semestralmente a favor del Concedente la Retribución Especial que equivale al 50% (cincuenta por ciento) de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos por la explotación del Material Tractivo y/o del Material Rodante (...)





Como puede apreciarse, no es posible afirmar con sustento que FETRANS y PERURAIL han recibido del Estado el material tractivo y rodante a un costo cero; sino que, por el contrario, estas empresas han tenido que incurrir en gastos cuantiosos para reparar y mantener el material tractivo y rodante así como pagar la retribución estipulada en el contrato, conceptos que no han sido tomados en cuenta por la Secretaría Técnica al momento de realizar su Informe.

Por otro lado, debemos mencionar que existen, adicionalmente, otras obligaciones que tienen como origen el contrato de concesión del FSO. Ahora bien, como la Secretaría Técnica ha señalado que se debe tratar a FETRANS y a PERURAIL como si fueran una empresa, tendría que incluir en su análisis las obligaciones que la primera ha tenido y tiene que cumplir en observancia del contrato de concesión.

Así, por ejemplo, la Secretaría Técnica, a efectos de determinar la forma en que los bienes fueron concesionados, debería incluir en su análisis los costos (incluso el financiero) en los que ha incurrido FETRANS para obtener la concesión (en este rubro se incluirían, por ejemplo, las garantías otorgadas al Estado Peruano)<sup>14</sup>.

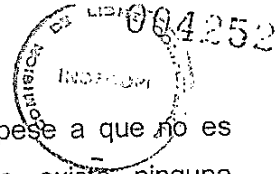
Del mismo modo, debería incluirse una de las obligaciones, que si bien no se encuentra estipulada en el contrato, implican un fuerte desembolso por parte de PERURAIL. Nos referimos al servicio

<sup>14</sup> **Cláusula Vigésimo Primera del Contrato de Concesión de FETRANS**

21.1. *Coberturas.* Desde la Fecha de Cierre y durante la vigencia del presente Contrato, el Concesionario deberá contar obligatoriamente y al menos con los siguientes seguros:

21.1.1. Contra daños y perjuicios a pasajeros y carga, así como por daños a terceros, el que deberá incluir pero no limitarse a daños derivados por polución y contaminación. Las coberturas mínimas para cada supuesto aparecen detalladas en el Anexo No.10 de este Contrato las que, en todo caso, se reajustarán anualmente de acuerdo al índice de precios al consumidor del Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América.

21.1.2. Contra todo riesgo de destrucción parcial de la Infraestructura Vial Ferroviaria en el Area Matriz y de destrucción parcial o total de los Bienes de la Concesión incluidos en los Anexos Nos. 2 y 3 de este Contrato, el cual deberá incluir, pero no limitarse, a destrucción a causa de desastres naturales o terrorismo o sabotaje, hasta por un monto de US\$ 10'000,000.00 (Diez Millones de Dólares de los Estados Unidos de América) por evento o siniestro, excluyendo los deducibles, reajustado anualmente por el índice de precios al consumidor del Estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América. La póliza que se emita para cubrir este riesgo deberá estipular expresamente que, en caso el monto de un siniestro supere los US\$ 20'000,000.00 (Veinte Millones de Dólares de los Estados Unidos de América), de acuerdo a lo fijado por el perito ajustador de la aseguradora, la indemnización deberá ser entregada directamente al Concedente.



denominado "tren social". Este servicio se presta pese a que no es rentable para PERURAIL. Cabe indicar que no existe ninguna obligación a cargo de FETRANS ni de PERURAIL de prestar ese servicio.

PERURAIL presta este servicio como una contribución a los habitantes del Cuzco que sin esta ayuda no podrían movilizarse a sus centros de trabajo.

Sobre el particular, la Secretaría Técnica no ha analizado el posible efecto de "descreme" del mercado.

Al respecto, Apoyo<sup>15</sup> señaló lo siguiente:

***"la [Secretaría Técnica] no ha analizado para posibilidad de que el ingreso de un nuevo operador genere un "descreme" del mercado, en el sentido en que la competencia se centralice en el segmento más rentable del mercado (transporte de turistas) con el consiguiente deterioro del servicio menos rentable (transporte de pasajeros locales)." (El resaltado y agregado son nuestros)***

Como bien lo señala Apoyo, el órgano instructor ha soslayado este aspecto que tiene implicancias directas en el análisis del mercado.

Así, cualquier entrante que obviamente no asumirá esta obligación, estará en clara ventaja respecto de PERURAIL, al no tener que incurrir en los costos de este servicio que, repetimos, no resulta rentable.

Asimismo, sin perjuicio de que consideramos que no es factible que PERURAIL disminuya sus precios ante la entrada de un competidor, como ya lo hemos indicado, si por un momento asumimos que ello es

<sup>15</sup> Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado "Opinión Técnica sobre el INFORME No 023-2005-INDECOPI/ST de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI que propone sancionar a FETRANS por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas". p. 7.

posible, tendría que incluirse en dicho análisis los costos que enfrenta PERURAIL por este servicio de tren social, que restringiría considerablemente cualquier posibilidad de la empresa reducir significativamente los precios.

Como podrá apreciar la Comisión, existen diversas obligaciones que han implicado que FETRANS o PERURAIL realicen desembolsos o asuman gastos que, en forma inexplicable, no han sido considerados en el análisis de la Secretaría Técnica que persiste en su teoría del costo cero.

La Secretaría Técnica, para ser coherente y actuar con equidad, al analizar las supuestas ventajas de PERURAIL frente a un operador entrante debería también considerar y contraponer a ellas todas las inversiones realizadas por "el grupo económico" para determinar objetivamente "la forma como han sido concesionados los bienes". Sólo así se podrá medir el costo real de entrar al mercado que tuvo PERURAIL sin sesgar ni distorsionar los hechos.

**c. No se ha analizado el aprovisionamiento de autovagones**

En el Informe Complementario, la Secretaría Técnica no analizó el aprovisionamiento de Autovagones como opción válida desde el punto de vista técnico y económico.

Cabe indicar que dicha opción ha sido señalada en reiteradas oportunidades por FETRANS ya que ésta tiene la ventaja de reducir el tiempo y la inversión de entrada con relación a la alternativa de adquirir y adaptar locomotoras.

Sobre el particular, debemos señalar que esta opción tampoco fue analizada por la Gerencia de Estudios Económicos que, excusándose

5.

en una supuesta contradicción, no ha comparado los resultados de esta opción con las obtenidos en el supuesto de compra del material tractivo y rodante.

Es importante señalar que la autoridad administrativa debe agotar todos los medios necesarios para esclarecer la verdad<sup>16</sup>, por ello, no es posible que la Secretaría Técnica haya dejado de analizar una opción que, desde nuestro punto de vista, es técnica y económicamente viable.

En todo caso, si la Gerencia de Estudios Económicos requería una precisión respecto a la adquisición de autovagones, la Secretaría Técnica debió solicitar las precisiones del caso y no excusarse en una supuesta contradicción para evitar realizar el análisis de un aspecto crucial para la determinación de la existencia de posición de dominio como es definir las opciones reales con las que cuentan los operadores para entrar al mercado de transporte del FSO.

Finalmente, debe recordarse que en el presente procedimiento se ha acumulado una denuncia de parte y otra de "oficio", por lo tanto, son la administración y FERSIMSAC quienes acusan a FETRANS sobre la supuesta infracción a las normas sobre libre competencia. En tal sentido, a efectos de declararse fundado el presente procedimiento, es deber de la administración y del denunciante demostrar que la conducta denunciada constituye un ilícito administrativo. Así, no debe caber duda sobre la comisión de la infracción por el administrado y, para ello, se requiere que la administración y FERSIMSAC acopien los

<sup>16</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

documentos necesarios para demostrar las imputaciones que realizan, no siendo suficiente excusarse en supuestas contradicciones para dejar de evaluar temas que resultan de suma importancia para la resolución del presente procedimiento. Ello sólo pone de manifiesto un sesgo en el análisis, pues se busca concluir a como dé lugar que nuestra empresa tiene posición de dominio, soslayando o ignorando aspectos de vital importancia que llevan inevitablemente a la conclusión contraria.

**d. Cualquier operador puede reacondicionar el material devuelto por FETRANS**

En su escrito del 10 de marzo de 2006, PERURAIL puso en conocimiento de la Comisión que, de conformidad con lo establecido en numeral 3.11 del Contrato de Concesión del FSO, FETRANS había puesto a disposición del Estado diverso material tractivo y rodante que podía ser reacondicionado por cualquier empresa que desee operar el FSO. Asimismo, PERURAIL precisó que el material devuelto se encontraba en la misma situación que el Estado entregó dicho material al inicio de la concesión y que ello demostraba que cualquier empresa podría invertir en el reacondicionamiento de dicho material.

Al respecto, la Secretaría Técnica<sup>17</sup> señaló que el material tractivo y rodante devuelto no tendría viabilidad económica y/o técnica, afirmando lo siguiente:

*"(...) las conclusiones a las que arriba esta Secretaría Técnica no se ven alteradas por la reciente devolución de material tractivo y rodante al Estado por parte del grupo económico Fetrans – Perurail, toda vez que, como se ha puesto de manifiesto en la documentación adjunta al 'Acta Notarial de Devolución y Recepción', este material se encontraría en estado de obsolescencia o inutilización. Por lo tanto, resulta razonable suponer que dicho material no*

<sup>17</sup> Página 8 del Informe complementario elaborado por la Secretaría Técnica.



*cuenta con viabilidad técnica ni económica para operar en el FSO.*

*(...)*

*Resulta fácil entender que si el grupo económico Fetrans – Perurail ha manifestado que utiliza todo el material tractivo y rodante que les fue otorgado, e incluso necesitaría más, la única explicación de la devolución de parte del material radica en que éste no tendría la viabilidad económica y/o técnica de operación en el FSO"*

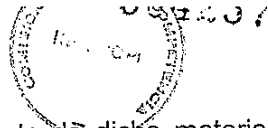
Asimismo, la Secretaría Técnica intenta utilizar dicha devolución en contra nuestra, sin ningún sustento, al señalar que ella corroboraría que no era cierto que PERURAIL utilizaba todo el material:

*"Es posible apreciar la contradicción entre lo manifestado y actuado por el grupo económico Fetrans-Perurail. En efecto, inicialmente señalaban que utilizaban todo el material tractivo y rodante concesionado, inclusive afirmaban que éste no resultaba suficiente para los fines del negocio; posteriormente, devuelven parte del material antes mencionado en estado de obsolescencia o inutilización; sin embargo, señalan que el material devuelto está a disposición de cualquier interesado que desee operar en el FSO. Entonces, si tal como ellos afirmaran, el material tractivo y rodante cocnesionado a Fetrans y operado por Perurail,resultaba insuficiente para satisfacer la demanda ¿ por qué han devuelto parte del material tractivo y rodante?"*

Lo afirmado por la Secretaría Técnica no tiene ninguna lógica.

En cuanto a la supuesta contradicción anotada, el que PERURAIL necesite y utilice todo el material operativo disponible no implica que FETRANS no pueda desechar aquel que no necesita PERURAIL, material que nunca se usó. En lugar de invertir en éste para utilizarlo, PERURAIL optó por adquirir su propio material, al considerarla una alternativa más conveniente que invertir en el material concesionado que finalmente sería devuelto al Estado.

Tampoco es cierto que el material devuelto carezca de toda utilidad económica o viabilidad técnica. Al realizar esta afirmación la Secretaría



ha actuado con ligereza, por cuanto buena parte de dicho material, como indicamos a continuación, está en condiciones de ser operado con una inversión mínima.

Como la Comisión podrá apreciar, lo único que resulta fácil entender es que la Secretaría Técnica ha optado por el camino más fácil y que implica menos esfuerzo. En efecto, llama poderosamente la atención que la Secretaría Técnica llegue a conclusiones a partir de suposiciones y no se haya tomado el trabajo de analizar si efectivamente es factible que el material devuelto sea reparado y puesto en operación a un costo razonable y en un corto plazo.

Así, por ejemplo, nuestros funcionarios estiman que el material que puede ser puesto en funcionamiento por un entrante en un plazo y costo razonable –teniendo en cuenta el sector en el que nos encontramos- es aquél que no tiene observaciones en las actas de devolución.

Siguiendo esta evaluación técnica, podemos afirmar que está disponible para cualquier operador, el siguiente material:

- 1 Locomotora;
- 3 coches segunda;
- 9 plataformas con baranda;
- Más de 100 bodegas (aluminio, acero y madera);
- 22 tanques;
- 1 coche médico; y,
- 2 Hooper;

Como puede apreciarse, si la Secretaría Técnica hubiera realizado su labor de instrucción a cabalidad, podría haber concluido que existe material disponible y que éste puede ser reparado por cualquier

operador sin necesidad de aprovecharse de las inversiones realizadas por PERURAIL y FETRANS.

**A modo de conclusión** sobre este punto debemos señalar que **no existe sustento alguno para limitar el mercado relevante del producto al alquiler de material tractivo y rodante**, sino que éste debe incluir la compra de material nuevo o usado, comprendiendo además la adquisición de autovagones (que tienen costo menor) y las posibilidades de conversión de material de trocha más ancha, así como el material devuelto al Estado. La Secretaría ha ignorado y/o descartado estas alternativas sin el menor análisis, actuando con ligereza, lo que invalida totalmente sus conclusiones sobre la materia.

### 3.2. Análisis del mercado geográfico

A lo largo del presente procedimiento se ha demostrado que existen diversas formas de aprovisionamiento de material tractivo y rodante que no implican costos prohibitivos. Las fuentes de aprovisionamiento se encuentran en el país y en diversos lugares del mundo. Esta situación nos debería llevar a concluir que el mercado geográfico es lo suficientemente amplio como para descartar la posición de dominio de FETRANS. Esa conclusión ha sido corroborada por las dos consultoras económicas de mayor prestigio en el país: Apoyo Consultoría S.A. y el Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico.

No obstante lo anterior, en el Informe Complementario, al realizar la determinación del mercado geográfico y pese a que existían serios cuestionamientos de nuestra parte basados en pruebas concretas, la Secretaría Técnica ha señalado, en forma arbitraria que el mercado geográfico en el presente procedimiento es el Departamento (Región ) del Cuzco.





La omisión de la Secretaría Técnica es inexplicable, pues FETRANS ha señalado que existe material tractivo y rodante en el Ferrocarril del Centro que hace posible que FERSIMSAC o cualquier otra empresa acuda al concesionario de dicho ferrocarril a solicitar el material que requiere para operar.

Lamentablemente, la Secretaría Técnica ha pasado por alto dicho argumento y sólo se ha limitado a señalar que el mercado geográfico está circunscrito al FSO.

Al respecto, la Universidad del Pacífico ha señalado que *"un nuevo operador podría alquilar los equipos que recibió en concesión el operador del ferrocarril Lima – Huancayo"*<sup>18</sup>. Por su parte, Apoyo afirmó que *"El Tren Macho, por ejemplo, cuenta con 3 locomotoras, 20 coches de pasajeros, 69 de carga y un autovagón. Asimismo, el Ferrocarril Central cuenta al menos por concesión con 20 locomotoras, 816 vagones, 18 coches de pasajeros y 2 de equipaje"*<sup>19</sup>.

No es posible entender por qué la Secretaría Técnica no considera ambos ferrocarriles como posibilidades reales de aprovisionamiento ya que, dada su cercanía al FSO, los costos de transporte no pueden ser considerados como prohibitivos.

En resumen, aún cuando se considere que el producto relevante es el alquiler de material tractivo y rodante, lo cual negamos enfáticamente, se debió considerar los lugares donde se encuentran el "Tren Macho" y el Ferrocarril del Centro como parte del mercado geográfico relevante, pues

<sup>18</sup> Informe denominado *"Análisis de la Presunta Posición de Dominio en el Mercado de Servicios de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante en el Ferrocarril Sur Oriente"*, elaborado por el Area de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. p. 13.

<sup>19</sup> Cuarto Informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado *"Comentarios Adicionales sobre el Informe No 023-2005-INDECOP/ST de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOP que propone sancionar a FETRANS por la realización de supuestas prácticas anticompetitivas"*. p. 14

en dichos lugares también existe material tractivo y rodante que FERSIMSAC podría alquilar.

### 3.3. Inexistencia de posición de dominio en el mercado relevante

La Comisión podrá advertir que, a lo largo del presente procedimiento, FETRANS ha cumplido con demostrar la viabilidad técnica y económica de aprovisionarse de material tractivo y rodante para operar el FSO.

Por un lado, cuando la tesis inicial de la Secretaría Técnica estaba referida a la supuesta singularidad de la trocha del FSO, FETRANS demostró que era posible realizar la conversión del material a través del cambio de truques. Ello fue corroborado con la inspección llevada a cabo en la ciudad del Cusco.

Con ello, las posibilidades de un nuevo entrante eran diversas, pues existen múltiples empresas especializadas que comercializan este material a nivel mundial. Para demostrar que los costos de transporte no eran prohibitivos FETRANS demostró que PERURAIL había adquirido material tractivo y rodante del exterior, con lo cual se hacía insostenible la posición de la Secretaría Técnica.

Consciente de ello, la Secretaría Técnica modificó su tesis inicial y presentó la teoría del costo cero que, al igual que en el caso anterior, ha sido rebatida por los sólidos argumentos de FETRANS y el material probatorio presentado. En efecto, pese a que la Secretaría Técnica no lo quiere reconocer, FETRANS ha demostrado que –siguiendo la lógica del “Grupo Económico” y el principio de primacía de la realidad- las inversiones realizadas son cuantiosas y no cero, como lo sostiene la referida secretaría.

5.

Ahora bien, teniendo en cuenta que para la Secretaría Técnica el hecho que supuestamente otorga posición de dominio a FETRANS es la forma como habría recibido el material, que supuestamente le permitió entregar el material a PERURAIL sin costo (lo que a su criterio le da una ventaja) y habiéndose constatado que el ingreso al mercado del grupo económico FETRANS – PERURAIL implicó un desembolso importante por parte de FETRANS, debemos descartar que ésta ostente posición de dominio.

Por otra parte, la Comisión tiene que advertir que no sólo existen diversas fuentes para adquirir material tractivo, tal como lo acepta la Gerencia de Estudios Económicos sino que, adicionalmente, en el país, el denominado "Tren Macho" y el Ferrocarril del Centro deben ser tomados en cuenta, pues en ambos lugares hay material tractivo y rodante que puede ser utilizado en el FSO.

En tal sentido, incluso en el negado e hipotético caso que se considere el alquiler como servicio relevante, el mercado geográfico no estaría limitado a la Región Cusco sino que tendría que incluirse las regiones de Lima, Junín y Huancavelica.

Teniendo en cuenta la ubicación de las fuentes de aprovisionamiento y la diversidad de opciones con las que cuentan las empresas que deseen ingresar a operar el FSO, se ha demostrado que FETRANS no ostenta posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante ni tampoco en el mercado de alquiler del referido material.

#### IV. SOBRE LA SUPUESTA NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR

La Secretaría Técnica en su informe complementario señala que FETRANS se ha negado injustificadamente a alquilar el material tractivo y rodante que le fue concesionado por el Estado.



A decir de dicho órgano<sup>20</sup>:

*"la justificación de Fetrans se sustenta en que ella tenía un contrato con Perurail y, por lo tanto, no podía alquilar su material tractivo y rodante a otras empresas, Esta conducta imposibilita que pueda existir competencia en el transporte de carga y pasajeros en la ruta del FSO y, más bien, consolida un monopolio en este mercado, lo cual obviamente afecta el principio de libre competencia. Sin embargo, Fetrans no presenta argumento alguno que indique cuáles son los beneficios que reporta su conducta para la competencia, los consumidores y, en general, para el interés económico general, ciñendo su defensa tan sólo (sic) en el ejercicio de su libertad contractual, sin tener en cuenta que todos los derechos y libertades se deben ejercer en concordancia con los principios y valores que informan a nuestro ordenamiento jurídico, siendo el principio de libre competencia uno de los principios rectores de nuestro sistema económico constitucionalizado"*

Como podrá apreciar la Comisión, la Secretaría Técnica considera que son los particulares, en este caso FETRANS, quienes tienen que probar los beneficios de su actuación. Ello, sin embargo, no tiene ningún sustento jurídico.

Debe recordarse que, siendo éste un procedimiento sancionador, es la administración la que tiene la carga de probar que la conducta denunciada es nociva para la competencia. En otras palabras, corresponde a la Secretaría Técnica acreditar que FETRANS supuestamente se ha negado injustificadamente a alquilar el material tractivo y rodante únicamente con el objeto de impedir el acceso de un nuevo competidor. FETRANS no debe probar la licitud de sus actos, pues salvo resolución condenatoria, se presume que dicha empresa actúa dentro de los márgenes establecidas por la ley.

De otro lado, la Secretaría Técnica<sup>21</sup> incurre en grave error cuando señala que *"En este caso, la denunciada manifestó que no podía contratar con*

<sup>20</sup> Página 21 del Informe Complementario elaborado por la Secretaría Técnica.

Fersimsac dado que no contaba con material tractivo y rodante, toda vez que éste había sido arrendado en su integridad a su empresa vinculada Perurail. (...)" .

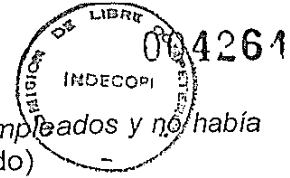
Al respecto, debemos precisar que FETRANS ha señalado en reiteradas oportunidades que el mencionado material se encuentra siendo utilizado en toda su capacidad por PERURAIL. FETRANS no se limitó a alegar la existencia de un contrato con PERURAIL como justificación sino que afirmó que el material estaba siendo utilizado a toda su capacidad y que ello imposibilitaba que se entregara a otro operador. Es decir, la justificación de la supuesta negativa no está limitada al contrato suscrito entre FETRANS y PERURAIL (lo que podría explicar, aunque no justificar, un análisis como el que hace la Secretaría Técnica de considerar al contrato un "pretexto", una "figura legal" ficticia) sino que **además señaló que esta última utiliza el material en toda su capacidad, lo que se ha acreditado fehacientemente en el procedimiento.**

Sobre este punto, Apoyo<sup>22</sup> ha señalado, en su segundo informe, lo siguiente:

*"(...) la mayor parte del tiempo, el 100% de las locomotoras estaban siendo operadas por PERURAIL. Además, se observa que en algunos momentos el grado de utilización de las locomotoras disminuyó, sin embargo, ello ocurrió sólo por algunos periodos cortos de tiempo. En los dos años analizados [2003-2004] no existe ningún período largo de tiempo en el cual al menos una locomotora no estuviera siendo utilizada para prestar servicios de transporte, de norma tal que pudiera haber sido alquilada a otro nuevo operador. En efecto, el periodo más largo por el cual al menos una locomotora estuvo disponible diez días. En el caso de los autovagones, la situación es similar. Como se desprende del cuadro siguiente, el 77% de las veces (566 de 731) más del 80% de los autovagones se encontraba prestando el servicio de transporte. Asimismo el 56% de las*

<sup>21</sup> Página 21 del Informe Complementario elaborado por la Secretaría Técnica.

<sup>22</sup> Segundo informe elaborado por Apoyo Consultoría denominado "Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas." . p. 27



*veces todos los autovagones fueron empleados y no había ninguno disponible." (Resaltado Agregado)*

Como puede apreciarse, FETRANS no contaba ni cuenta con material tractivo y rodante disponible para alquilar a terceros dado que la totalidad de dicho material está siendo utilizado para la prestación de servicios en el FSO.

No es posible, como al parecer lo pretendería la Secretaría Técnica, que se obligue a compartir el material tractivo y rodante afectando las operaciones de PERURAIL. En el presente caso, no existe material ocioso –como lo señala la referida Secretaría- motivo por el cual, la supuesta negativa de FETRANS sería justificada y, por tanto, no sancionable.

Sobre el particular, es importante tener en cuenta que no será sancionable la negativa a contratar si es que la empresa que posee dicho bien utiliza ésta al máximo de su capacidad (no cuenta con disponibilidad). Así lo ha reconocido expresamente la Secretaría Técnica en el numeral 172 de su informe inicial cuando puso el siguiente ejemplo: "*(...) si la empresa 'A' se niega a vender el mismo producto a la empresa 'B' debido a que ya tiene su producción comprometida con la empresa 'C', tal podría ser también una justificación válida*" (subrayado agregado)<sup>23</sup>. Ello es correcto, porque ninguna ley de competencia puede obligar a una empresa a perjudicarse a sí misma – dejar de producir ella – para favorecer a un tercero. En casos como el ejemplo citado, la justificación debe ser admitida por la agencia de competencia, de no hacerlo se convertirá en un agente distribuidor de riqueza, lo que claramente no es.

Es importante señalar que, en su Informe Inicial la Secretaría Técnica afirmó que no era posible que FERSIMSAC alquile el material tractivo y rodante del concesionario del Ferrocarril Centro en tanto que éste se encontraba usando dicho material<sup>24</sup>. Es decir, sí encontraba justificación a

<sup>23</sup> Página 48 del Informe No. 035-2004-INDECOPI/ST-CLC elaborado por la Secretaría Técnica.

<sup>24</sup> Página 80 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

una posible negativa por parte del concesionario del Ferrocarril Centro. No obstante, evidenciando un trato discriminatorio y una falta de equidad, en el presente caso no analiza la justificación dada por FETRANS y sólo se limita a cuestionar la suscripción del contrato entre dicha empresa y PERURAIL.

Finalmente, la Secretaría Técnica, incurre en otro grueso error ya que señala que FETRANS debería alquilar el material tractivo y rodante para permitir la competencia, pues ello habría sido lo que se pensó al momento de otorgar la concesión del FSO. Al respecto, la Secretaría Técnica señala que:

*"Ello además no se coincide con el hecho de que el Estado reguló el acceso a la vía férrea pues se consideró que en este segmento no era posible la competencia. A efectos de evitar un abuso por parte de la empresa monopólica, el Estado reguló el acceso a la vía férrea y las tarifas que podía cobrar la empresa monopólica. Si eso es así, no se entiende que el Estado pueda permitir que exista un monopolio en el transporte de carga y pasajeros en el FDO, que es un servicio que afecta de modo más directo a los consumidores, siendo la protección de éstos el fin de toda economía social de mercado" (Resaltado Agregado)*

Lo afirmado por la Secretaría Técnica no tiene ningún sustento jurídico, pues si bien es cierto que en el segmento de transporte es posible la competencia ello no nos lleva a concluir que FETRANS deba alquilar a cualquier empresa el material tractivo y rodante que opera en su máxima capacidad.

Asimismo, no debe olvidarse que el Estado previó un esquema regulatorio que tenía por objeto que el concesionario (FETRANS) brinde las facilidades esenciales a los operadores del segmento de transporte. En efecto, el contrato de concesión estableció el acceso obligatorio a la vía férrea únicamente y nada dice sobre la supuesta obligación de alquilar el material precisamente porque asumía que el monopolio en el transporte era imposible, al existir alternativas de aprovisionamiento de material



disponibles para cualquier entrante que quisiera competir con el Operador del concesionario. Para este modelo, bastaba pues con asegurar el acceso de los operadores a la infraestructura para que la competencia en el mercado de transporte fuese viable. Posteriormente, bajo la misma lógica el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA) de OSITRAN estableció una regulación general señalando aquellos recursos considerados como esenciales que deben ser puestos a disposición de las empresas que deseen prestar el servicio de transporte ferroviario. Dentro de estos bienes no se encuentra el material tractivo y rodante. Nuevamente, ello es así porque se asume que no es factible un monopolio respecto del material, al existir fuentes alternativas de aprovisionamiento lo que no ocurre en el caso de infraestructura esencial como las vías férreas.

En otras palabras, la regulación a la que hace referencia la Secretaría Técnica no obliga a FETRANS a alquilar a FERSIMSAC el material tractivo y rodante, pues estos bienes no son considerados como facilidades esenciales y, por ello, su duplicación es posible técnica y económicamente.

En consecuencia, la argumentación de la Secretaría para intentar sostener lo contrario es un contrasentido y no debe ser tomada en cuenta por la Comisión.

De otro lado, coincidimos con que la protección de los consumidores es el fin de una economía social de mercado y por ello nos reafirmamos en que posiciones como las adoptadas por la Secretaría Técnica afectan, a largo plazo, a los consumidores.

Al respecto, es ilustrativo lo que afirma Breyer quien manifiesta lo siguiente:



*"Aun la más simple obligación de compartir instalaciones impuestas requiere la supervisión por parte de un tercero de los términos y condiciones bajo las cuales se implementa dicha obligación. Más aún, el deber de abrir las instalaciones puede disminuir los incentivos del propietario a invertir, mejorar y mantener su propiedad a través de la neutralización de las ventajas que significaría el goce particular de los frutos del valor agregado por las inversiones, investigación o el trabajo. Cuando uno se adentra mas allá que del mero deber de compartir y administrar los elementos de red desagregados esos problemas pueden tornarse más severos. No resulta práctico, por ejemplo, exigir a una empresa de ferrocarril compartir sus locomotoras, combustible, y empleados. Ninguno puede garantizar que las empresas realizarán las inversiones necesarias para producir innovaciones de tecnológicas de complejidad si las ventajas competitivas de dichas inversiones serán disipadas a través del requerimiento de compartirlas." (Resaltado y subrayado agregado)<sup>25</sup>*

De la misma opinión es Glen O. Robinson<sup>26</sup> quien señala:

*"Así como la compartición forzada puede socavar los incentivos para invertir de la empresa a la que se le ordena compartir, quizás ella socava aún más el incentivo de las empresas solicitantes de la compartición para invertir en sus propias facilidades."<sup>27</sup>*

Como bien señalan los autores mencionados, obligar a una empresa a compartir sus activos con los competidores, aún cuando no sea imposible su duplicación, creará desincentivos a la inversión que, a largo plazo, afectará a los consumidores. Dicha afectación será más patente en este caso debido a que los nuevos entrantes sólo se limitarán a solicitar el

<sup>25</sup> Even the simplest kind of compelled sharing, say, requiring a railroad to share bridges, tunnels, or track, means that someone must oversee the terms and conditions of that sharing. Moreover, a sharing requirement may diminish the original owner's incentive to keep up or to improve the property by depriving the owner of the fruits of value-creating investment, research, or labor. And as one moves beyond the sharing of readily separable and administrable physical facilities, say, to the sharing of research facilities, firm management, or technical capacities, these problems can become more severe. One would not ordinarily believe it practical, for example, to require a railroad to share its locomotives, fuel, or workforce. Nor can one guarantee that firms will undertake the investment necessary to produce complex technological innovations knowing that any competitive advantage deriving from those innovations will be dissipated by the sharing requirement.

<sup>26</sup> Glen O. Robinson On refusal to deal with rivals EN: Cornell Law Review, Volume 87, July 2002 Number 5 (p.1223)

<sup>27</sup> "Just as forced sharing may undermine the investment incentives of the firm ordered to share, perhaps it undermines even more the incentive of the firms seeking to share to invest in their own facilities."

alquiler del material y no invertirán en la adquisición de material nuevo o en reparar el que se encuentra alquilado. Puede decirse incluso que ello favorece una conducta oportunista (*hit and run*) al incentivar a los entrantes a alquilar el material, no dar el mantenimiento adecuado ni hacer las reparaciones necesarias y luego de descremar el mercado, salir de éste sin ningún costo y con cuantiosas ganancias a expensas de un tercero que corrió con todas las inversiones y gastos.

Por otra parte, si PERURAIL es obligado a compartir el material tractivo y rodante tampoco tendrá incentivos para invertir en el mejoramiento de dicho material y, menos aún, en la adquisición de material nuevo.

Como puede apreciarse, el resultado de una decisión sin sustento puede afectar seriamente a quienes supuestamente deberían ser protegidos, pues, se originará un déficit de material y reducción del servicio denominado tren social (por el “descreme” previsible del mercado).

## V. RESPECTO A LA SANCIÓN QUE SUGIERE LA SECRETARÍA TÉCNICA

### 5.1. El tiempo que pudo operar FERSIMSAC

La Secretaría Técnica ha señalado en sus dos Informes que los criterios para determinar el monto de la multa aplicable en caso de declararse que efectivamente FETRANS cometió una infracción leve, debían tener estrecha relación con los beneficios que ha obtenido FETRANS en virtud del tiempo que FERSIMSAC podría estar operando. Así, en el Informe Inicial de la Secretaría Técnica<sup>28</sup>, corroborado en este punto por el Informe Complementario, se señala que dicha empresa hubiera estado en condiciones de operar por aproximadamente seis meses. Este cálculo es incorrecto, conforme explicamos a continuación.

<sup>28</sup> Ver páginas 117 y 120 de dicho informe.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que, mediante Resolución Directoral No. 9-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002, se otorgó Permiso de Operación Ferroviaria a la empresa FERSIMSAC y mediante Resolución No. 3-2003-CD/OSITRAN de fecha 11 de junio de 2003, se OSITRAN otorgó el acceso temporal solicitado por la empresa FERSIMSAC. Por tanto, desde esta última fecha, FERSIMSAC pudo entrar a prestar servicios al FSO.

Ahora bien, para efectos de determinar la fecha hasta la cual pudo operar FERSIMSAC, debe considerarse que el 14 de junio de 2003, FETRANS solicitó una medida cautelar en el Poder Judicial a fin de que se suspendieran los efectos del mandato de acceso temporal dictado por OSITRAN, medida que fue concedida el 17 de junio de 2003. Si bien posteriormente la Resolución que concedió la medida cautelar fue declarada nula, surtió efectos hasta el 16 de setiembre de 2005, toda vez que la apelación que se presentó contra la mencionada Resolución fue concedida sin efectos suspensivos mediante la Resolución del No. 5 del 4 de febrero de 2005, y resuelta mediante Resolución No. 2 de la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo notificada el 16 de setiembre de 2005. Hay que anotar que luego del 16 de setiembre de 2005, FERSIMSAC no podía operar por haber caducado su permiso de operación.

En consecuencia, si bien FERSIMSAC se encontraba en condiciones de prestar servicios de transporte desde el 11 de junio de 2003, no pudo hacerlo sin hasta el 17 de junio del mismo año, fecha del concesorio de la medida cautelar mencionada.

De lo expuesto, se puede concluir que el tiempo estimado que FERSIMSAC pudo operar **es de tan sólo seis días**, es decir, desde el 11 de junio de 2003 hasta el 17 de junio del mismo año. Ello debería

llevar a la Secretaría a reducir sustancialmente la base de cálculo de la multa.

## 5.2. Sobre el cálculo de los supuestos beneficios obtenidos

De otro lado, debemos señalar que, en su Informe Inicial la Secretaría Técnica sugirió a la Comisión que imponga a FETRANS una multa equivalente a 203,9 UIT<sup>29</sup>. Ante ello, FETRANS alertó a la Comisión que, al momento de establecer la supuesta sanción la Secretaría Técnica había incurrido en diversos errores siendo el más evidente la equiparación del concepto de ingreso con el de beneficio<sup>30</sup>.

En efecto, la Secretaría Técnica no determinó el supuesto beneficio extraordinario sino que ha calculado un hipotético ingreso de FETRANS. No puede hablarse de beneficios si es que, en el análisis, no se ha tomado en cuenta también los egresos en los que incurriría el "grupo económico".

En tal sentido, FETRANS demostró que el monto inicial señalado por la Secretaría Técnica había sido calculado en forma equivocada. Nos remitimos a lo ya indicado en el referido escrito sobre los errores de cálculo de dicho monto.

No obstante el evidente error de la Secretaría Técnica, dicho órgano se reafirma en el monto inicial (673, 4 UIT) que supuestamente debería imponerse a FETRANS. Si bien, luego de aplicar los factores atenuantes y agravantes a dicho monto la mencionada Secretaría llega a la conclusión que debería sancionarse a FETRANS con una multa equivalente a 168, 35 UIT, lo cierto es que el monto inicial ha sido determinado en forma equivocada.

<sup>29</sup> Página 130 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

<sup>30</sup> Punto III del escrito de FETRANS presentado el 6 de Julio de 2005.

Teniendo en cuenta que la Secretaría Técnica determina el monto que supuestamente debería corresponder como sanción a FETRANS utilizando un monto inicial calculado con evidentes errores, consideramos que la Comisión no debe tomar en cuenta dicha sugerencia, pues, el monto sugerido es, a todas luces, desproporcionado e irracional.

**POR TANTO:**

**A UD. SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:** Que, se declare infundada la denuncia interpuesta contra FETRANS.

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, de conformidad con los artículos 32 y 44 del reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, reiteramos nuestra solicitud para que se nos conceda el uso de la palabra a fin de realizar un informe oral para exponer nuestros argumentos de defensa.

Asimismo, teniendo en cuenta la complejidad del asunto y los diversos temas que se discuten en el presente procedimiento por más de dos años, solicitamos que la Comisión nos otorgue un tiempo razonable que nos permita exponer los fundamentos económicos como jurídicos que sustentan nuestra posición.

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:**

Que, adjuntamos copias simples del presente escrito.

Lima, 31 de mayo de 2006

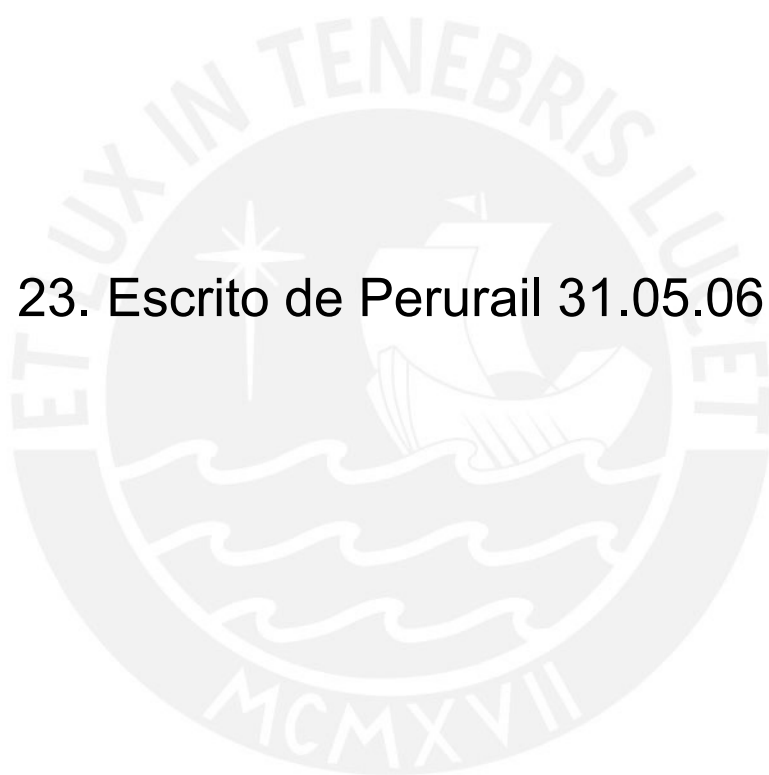


TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echecopar García S.Civ.R.L

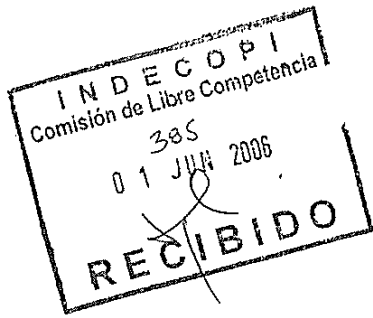
TTM/PSP-nba



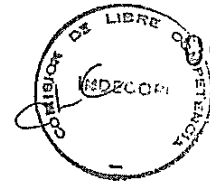
PERCY SAMANIEGO PIMENTEL  
ABOGADO  
C.A.L. 36742  
Estudio Luis Echecopar García



23. Escrito de Perurail 31.05.06



INDECOPI



004272

2006 MAY 31 PM 4 17  
Expediente: 10-2004-CLC  
(Acumulado al Expediente 12-2004-CLC)  
Sumilla: ~~RECIBIDO~~ Presenta Alegatos  
UNIDAD DE GESTIÓN  
DOCUMENTARIO

A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DE INDECOPI:

159145

PERÚ RAIL S.A. (en adelante, PERURAIL), debidamente representada por su abogado, Jorge Velarde Santa María, con DNI No. 07790027, en el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio y a partir de la denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en lo sucesivo, FERSIMSAC) contra Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, FETRANS) por supuesta infracción al Decreto Legislativo No. 701, atentamente decimos:

Que, mediante Notificación No. 156-2006/CLC-INDECOPI, el 24 de mayo de 2006 recibimos copia del Informe No. 13-2006-INDECOPI/ST-CLC de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, el Informe), que recomendó declarar fundada la denuncia iniciada de oficio y presentada por FERSIMSAC, y en consecuencia, imponer a FETRANS una sanción equivalente a ciento sesenta y ocho con treinta y cinco Unidades Impositivas Tributarias (168,35 UIT) por haber incurrido, supuestamente, en una infracción leve. Asimismo, en la referida notificación, se nos concede un plazo de cinco (5) días útiles para presentar nuestros alegatos, comentarios u observaciones al Informe.

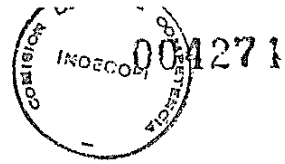
Sobre el particular, manifestamos nuestro desacuerdo con el Informe y reiteramos los argumentos que hemos venido sosteniendo y que no han sido respondidos satisfactoriamente por la Secretaría Técnica, los cuales consisten básicamente en:

- a) Que el Contrato de Concesión de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oeste incluyó el otorgamiento del íntegro del material tractivo y rodante al Concesionario y la obligación de que este material fuera explotado por una

empresa vinculada al Concesionario que se dedicara, precisamente, a prestar los servicios de transporte de carga y pasajeros. Por lo tanto, la existencia de PERURAIL y el uso que ésta hace del material tractivo y rodante otorgado en concesión, constituyen el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de una obligación establecidos en el Contrato de Concesión, como lo han corroborado los funcionarios de PROINVERSIÓN.

- b) Que, por lo tanto, al suscribir FETRANS y PERURAIL un contrato de alquiler sobre el material tractivo y rodante otorgado en concesión, no sólo estaban ejerciendo un legítimo derecho, sino que cumplían con una obligación impuesta por el Estado en el Contrato de Concesión. Por lo tanto, la vigencia y respeto de este contrato de alquiler no puede ser calificado como una trasgresión al marco legal; máxime si el material arrendado venía siendo usado casi en su totalidad por PERURAIL para el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión.
- c) Que el modelo de concesión de los ferrocarriles, al establecer el mencionado esquema de operación verticalmente vinculada, privilegió la recuperación de la infraestructura ferroviaria y la consiguiente mejora en la calidad y seguridad del servicio de transporte. Asimismo, contempló que la competencia se daría mediante el ingreso al mercado de nuevos operadores de servicios de transporte. Con este propósito, estableció la obligación del Concesionario de brindar acceso no discriminatorio a las vías férreas. En cambio, no estableció, ni de forma directa ni indirecta, la obligación de brindar acceso al material tractivo y rodante otorgado en concesión (lo cual hubiera sido contradictorio con el derecho y la obligación de que el operador vinculado explote tal material, que sí fue expresamente contemplado en el mismo contrato).





- d) Que las mencionada condiciones del Contrato de Concesión no pueden ser modificadas o alteradas por ningún órgano del Estado, por encontrarse contenidas en un documento que tiene la naturaleza de Contrato Ley.
- e) Que, a efectos de permitir la competencia, no resultaba necesario que el Contrato de Concesión estableciera la obligación de brindar acceso al material tractivo y rodante concesionado, toda vez que existen otras fuentes alternativas de aprovisionamiento de dicho material. Estas fuentes alternativas han sido utilizadas por PERURAIL, tal como ha sido demostrado a lo largo del procedimiento, por lo que nuestra experiencia corrobora la viabilidad de estas alternativas, las cuales incluso han sido preferidas por nuestra empresa frente a la opción de utilizar el material otorgado en concesión, el cual se encontraba en mal estado, requiriendo de fuertes inversiones para ser reacondicionado y poder operar con los estándares de calidad y seguridad exigidos en el Contrato de Concesión.
- f) Que, en consecuencia, el Informe se equivoca cuando señala que la alternativa de compra de material tractivo y rodante no resulta viable. Esta afirmación no sólo se contradice con la realidad (ya que PERURAIL viene utilizando la alternativa de compra de manera exitosa), sino que contiene varios errores manifiestos:
- (i) no valora adecuadamente las conclusiones del informe de la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, el Informe GEE), el cual señala claramente que la compra sí es una alternativa viable;
  - (ii) al evaluar la alternativa del arrendamiento, basándose en el Informe GEE, no considera una serie de costos, omitidos en dicho informe, en los que ha tenido que incurrir PERURAIL y que no le permitirían reducir los precios al nivel que estima el Informe;



- (iii) se basa en una ficción, al suponer que PERURAIL (empresa cuyo comportamiento no es materia de cuestionamiento en el presente procedimiento) adoptará una conducta estratégica anticompetitiva; y
- (iv) continúa basándose en una ficción cuando concluye que la supuesta estrategia anticompetitiva de PERURAIL tendrá éxito, sin tomar en consideración la inelasticidad de la demanda, la importancia de los horarios y otros elementos que tendrían ser analizados en cualquier informe que sirva como fundamento para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva sancionable.

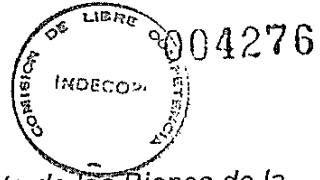
A continuación fundamentamos algunos de los aspectos mencionados en los numerales precedentes, enfatizando especialmente aquellos que no han sido desarrollados a lo largo de este procedimiento, así como aquellos en los cuales el Informe incurre en contradicciones, errores u omisiones.

#### 1. El Contrato de Concesión de los Ferrocarriles del Sur y Sur Oeste

Como se ha demostrado extensamente en el presente procedimiento, el Contrato de Concesión de los Ferrocarriles del Sur y Sur Oeste, así como las respectivas Bases de la licitación pública convocada por la COPRI (ahora PROINVERSIÓN), establecieron de forma expresa el derecho del Concesionario de explotar, sin limitación alguna, todo el material tractivo y rodante otorgado como parte de los Bienes de la Concesión.

Asimismo, las condiciones de la concesión contemplaron la obligación para el ganador de la buena pro de crear una sociedad espejo, conformada por los mismos accionistas del Concesionario, para que se dedique, precisamente, a prestar servicios de transporte con el material otorgado en concesión.

Al respecto, son particularmente ilustrativas las cláusulas 6.1 y 6.2 del Contrato de Concesión, las cuales establecen que "*La explotación de la*



*Concesión se realizará mediante el aprovechamiento de los Bienes de la Concesión (entre los cuales se incluye expresamente al material tractivo y rodante)” y que el Contrato de Concesión “es título suficiente para que el Concesionario pueda explotar los Bienes de la Concesión”. De esta manera, vuelve a demostrarse el derecho de FETRANS de explotar todo el material tractivo y rodante otorgado en concesión, sin limitaciones.*

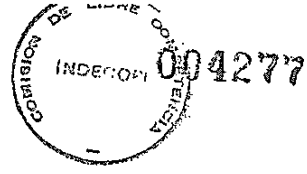
Asimismo, la manera en que este material se explotaría, a través del operador vinculado al Concesionario, quedó determinada por lo establecido en la Circular No. 73, la cual fue categórica y contundente, al precisar que:

*“A la Fecha de Cierre, el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditar el Concesionario que ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea, deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario, de forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participaciones con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales”.*

Así nació PERURAIL, como resultado de una obligación impuesta por el Contrato de Concesión (al cual se integró la Circular No. 73).

Queda claro, entonces, que el Concesionario (FETRANS) y la sociedad espejo operadora de los servicios de transporte ferroviario creada por éste (PERURAIL), no sólo tenían el derecho de explotar todos los Bienes de la Concesión, tal como éstos fueron definidos en el propio Contrato de Concesión, esto es, incluyendo el material tractivo y rodante; sino que también tenían la obligación de hacerlo.

En efecto, además de la operación de las vías férreas, el Concesionario asumió también la responsabilidad de garantizar la prestación efectiva y eficiente de los servicios de transporte, de acuerdo con los estándares de calidad y seguridad más exigentes.



2. El contrato de alquiler de FETRANS a PERURAIL

En el mencionado contexto, la celebración de un contrato de alquiler entre FETRANS y PERURAIL para que esta última utilice todo el material tractivo y rodante a efectos de brindar el servicio de transporte de carga y pasajeros era la manera de viabilizar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del Contrato de Concesión relativas al servicio de transporte. Se trata del ejercicio de un legítimo derecho que, al mismo tiempo, representa la manera de cumplir con una obligación legal. Este contrato, por lo tanto, es plenamente legal y, por consiguiente, exigible por ambas partes.

El hecho que las empresas PERURAIL y FETRANS sean vinculadas no significa que los contratos suscritos entre ellas dejen de ser exigibles. Como lo hemos demostrado extensamente en el presente procedimiento, el contrato de alquiler entre FETRANS y PERURAIL, que son dos personas jurídicas distintas, **es un contrato cuya intangibilidad se encuentra protegida por nuestro marco legal, desde la Constitución, por lo que debe ser estrictamente respetado por ambas partes y por el Estado.**

Ante esta situación, era imposible que FETRANS alquilara material tractivo y rodante a FERSIMSAC porque todo el material que podía servir para el servicio de transporte de carga o pasajeros lo tenía alquilado a PERURAIL en virtud a un contrato que no podía ser vulnerado. Por lo tanto, **la negativa de FETRANS se encuentra plenamente justificada.**

La misma Secretaría Técnica ha reconocido la existencia, legalidad y validez del contrato de alquiler entre FETRANS y PERURAIL, al señalar expresamente en el Informe que *"el ilícito transgresor de las normas de defensa de la libre competencia no es la celebración del contrato de alquiler"* (subrayado añadido). A partir de este reconocimiento, no entendemos cómo la Secretaría Técnica luego manifiesta, de manera contradictoria, que

FETRANS ha utilizado dicho contrato "como pretexto para evitar alquilar a otra empresa el material tractivo y rodante".

Si el contrato de alquiler es real y válido, entonces es necesariamente exigible, tal como lo disponen la Constitución y las más elementales normas de derecho civil. Por lo tanto, **NO ES UN PRETEXTO**, sino que su existencia, en efecto, impedía a FETRANS entregar el material tractivo y rodante a otra empresa. En consecuencia, queda corroborado que la negativa de FETRANS no fue injustificada, sino que se amparó en la existencia de un contrato que la propia Secretaría Técnica ha reconocido como válido y legal.

A pesar de ello, la Secretaría Técnica recomienda en su Informe que se sancione a FETRANS por haberse negado a incumplir el contrato de alquiler que tenía con nuestra empresa, PERURAIL. Para la Secretaría Técnica, entonces, el comportamiento adecuado hubiera sido que FETRANS tome unilateralmente una parte del material tractivo y rodante alquilado a PERURAIL para entregárselo a otra empresa. La Secretaría Técnica sostiene que ello es posible porque FETRANS "controlaba las decisiones de su vinculada (PERURAIL)"; sin embargo, no brindar sustento legal alguno que permita sostener que las vinculadas sí pueden vulnerar los contratos suscritos entre ellas, mediante la toma de control de una sobre la otra.

Como puede verse, la pretensión de la Secretaría Técnica no sólo carece de sustento legal, sino que resulta contraria a la ley, al implicar directamente el incumplimiento de un contrato válidamente suscrito y plenamente vigente.

Lo anterior resulta más grave en el contexto mencionado, en el cual el referido contrato de alquiler permitía a PERURAIL utilizar eficientemente todo el material tractivo y rodante, lo cual, a su vez, posibilitaba que FETRANS diera cumplimiento a las obligaciones contenidas en su Contrato de Concesión, asegurando una prestación continua, confiable y de calidad.

Con relación a este tema, cabe destacar, por último, que la devolución de material tractivo y rodante al Estado responde a un esfuerzo por optimizar el uso de este material. Se trata de un objetivo que se ha podido alcanzar con el transcurso del tiempo, debido a la renovación progresiva del material por parte de PERURAIL, la cual ha ido adquiriendo material propio, en vista que se trata de una alternativa económicamente más conveniente que la de rehabilitar y mantener en buen estado el material tractivo y rodante antiguo que había sido recibido en concesión por FETRANS. De esta forma, luego de una evaluación cuidadosa, se optó por reemplazar parte del material tractivo y rodante entregado en concesión, en lugar de invertir en rehabilitarlo, lo cual permitió devolver parte de dicho material al Estado.

Nos parece sorprendente que la Secretaría Técnica utilice este esfuerzo de eficiencia para desvirtuar nuestros argumentos. Aclaramos, en tal sentido, que, de acuerdo con lo explicado en el párrafo precedente, la devolución de parte del material tractivo y rodante concesionado no resulta contradictorio ni desvirtúa lo demostrado por el informe de Apoyo Consultoría respecto al uso que se venía dando a dicho material con el objeto de cumplir las obligaciones del Contrato de Concesión relativas a los servicios de transporte.

### 3. Los derechos del Concesionario y las garantías del Contrato Ley

El derecho del Concesionario a explotar el material tractivo y rodante que forma parte de los Bienes de la Concesión, como hemos visto en el numeral 1 precedente, no se encuentra limitado; por el contrario, constituye parte del objeto de la concesión que el FETRANS tiene derecho a explotar por haber resultado ganador de la buena pro.

Esta inexistencia de limitaciones o restricciones a la explotación del material tractivo y rodante no se debió a una omisión o equivocación del Estado, sino

↵

que responde a un objetivo claro: lograr que, a partir del otorgamiento de una concesión verticalmente vinculada, toda la infraestructura vial, incluyendo las vías férreas y el material tractivo y rodante, sea rehabilitado por el consorcio ganador de la buena pro, a efectos de prestar un servicio con mejores estándares de seguridad y calidad, en beneficio de la sociedad. Este fue el objetivo prioritario de la concesión, no generar competencia. No obstante, los mecanismos para generar competencia también fueron garantizados.

Los beneficios alcanzados con este esquema de concesión son evidentes, a pesar de que la Secretaría Técnica sostenga que "*Fetrans no presenta argumento alguno que indique cuáles son los beneficios que reporta su conducta para la competencia*". La mejora en los servicios, tanto en lo relativo a variedad de precios y horarios, como en términos de calidad, confiabilidad y seguridad, son evidentes para cualquier ciudadano peruano; y el impacto positivo que estas mejoras tienen en el turismo resulta igualmente evidente. No obstante, adjuntamos como Anexo 1 las estadísticas de accidentes de los trenes desde el año 2000, que demuestran los altos estándares de seguridad que ofrece PERURAIL. Asimismo, adjuntamos como Anexo 2 las fotografías del material tractivo y rodante que ha sido rehabilitado. Por último, presentamos como Anexo 3 un listado de las actividades que ha desarrollado PERURAIL para mejorar los estándares de seguridad y calidad del servicio de transporte, entre los que se encuentran el entrenamiento de personal en situaciones difíciles y el control de vendedores de alimentos.

Todos estos beneficios no hubieran sido posibles si FETRANS y PERURAIL no hubieran recibido la concesión como operadores verticalmente vinculados (lo cual implicaba que el operador vinculado al Concesionario explotara el material tractivo y rodante de la concesión). En efecto, PERURAIL no hubiera efectuado todas las inversiones que ha realizado si no hubiera contado con el material proporcionado en la concesión y con la seguridad de que podía explotarlo por un tiempo mínimo razonable que justificara dicha inversión. En

otras palabras, los beneficios en calidad y seguridad que ha traído la concesión no se hubieran dado de no haberse suscrito el contrato de alquiler que, de conformidad con el marco del Contrato de Concesión, permitió a PERURAIL explotar el material tractivo y rodante otorgado en concesión.

Así, el esquema de concesión elegido para los ferrocarriles del centro, sur y sur oriente, así como los derechos del Concesionario a explotar el material tractivo que emanan de dicho esquema y que se encuentran expresamente recogidos en el Contrato de Concesión, han quedado demostrados a lo largo de este procedimiento con los informes económicos y los escritos presentados tanto por PERURAIL como por FETRANS.

En vista de la claridad de las estipulaciones del Contrato de Concesión, el Informe de la Secretaría Técnica no insiste esta vez en el error en que se incurrió en el anterior Informe No. 023-2005-INDECOPI/ST-CLC (en adelante, el Informe Previo), en el que se realizó una interpretación del Contrato de Concesión suscrito por FETRANS a partir de la cual se concluyó equivocadamente que, de conformidad con el Contrato de Concesión, FETRANS tenía la obligación de alquilar el material tractivo y rodante otorgado en concesión a cualquiera que se lo solicitara.

Si bien en su Informe actual la Secretaría Técnica corrige el mencionado error, comete otra equivocación al optar por ignorar lo estipulado en el Contrato de Concesión. Como se ha explicado, dicho Contrato establece el derecho y la obligación de FETRANS de explotar todo el material tractivo y rodante a través de su empresa espejo, PERURAIL, la cual fue creada para dedicarse, justamente, a prestar los servicios de transporte.

A pesar de estas estipulaciones, al sugerir que se sancione a FETRANS por haber actuado de conformidad con su Contrato de Concesión, la Secretaría Técnica efectúa una recomendación que vulnera directamente los derechos



del Concesionario contenidos en su Contrato de Concesión, el cual se encuentra protegido por su calidad de Contrato Ley.

Como se sabe, la Comisión de Libre Competencia, al igual que cualquier otro órgano del Estado, carece de facultades para emitir una resolución que represente una modificación unilateral de las condiciones en las cuales FETRANS asumió la concesión del Ferrocarril del Sur Oeste y a partir de las cuales PERURAIL fue creada; toda vez que es el propio Estado quien le ha garantizado a FETRANS el pleno respeto a los términos de su concesión, mediante la suscripción de un Contrato Ley.

La naturaleza de Contrato Ley del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur Oeste también ha sido demostrada en el presente procedimiento, así como las implicancias que dicha naturaleza tiene para ambas partes, por lo que no resulta necesario abundar en dicho tema.

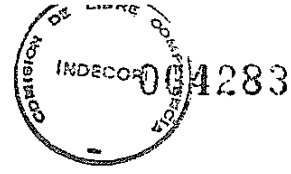
En todo caso, la Secretaría Técnica tendría que considerar este argumento de PERURAIL para efectos de cualquier recomendación y, más aún, para la emisión de un acto administrativo que afecte a nuestra empresa<sup>1</sup>.

4. La compra de material tractivo y rodante como alternativa económicamente viable

La viabilidad de la compra del material tractivo y rodante ha quedado demostrada con la experiencia de PERURAIL que, como hemos mencionado antes, ha realizado una evaluación económica financiera que le ha permitido concluir que resulta más conveniente adquirir material tractivo y rodante frente a la alternativa de seguir rehabilitando y manteniendo en óptimas condiciones el material antiguo que fue entregado en concesión.

---

<sup>1</sup> En aplicación del artículo 6° de la Ley 27444, la resoluciones de la administración deben encontrarse debidamente motivadas; ello constituye, además, parte del debido procedimiento.



En efecto, inicialmente PERURAIL tuvo que realizar importantes inversiones para rehabilitar y acondicionar el material tractivo y rodante otorgado como parte de los Bienes de la Concesión, a efectos de mantener la continuidad del servicio, brindando un transporte con calidad y seguridad. Sin embargo, el mantenimiento de dicho material en buenas condiciones resulta altamente costoso y no constituye la mejor opción de inversión.

Es por ello que, en lugar de seguir invirtiendo en un material ajeno, PERURAIL evaluó otras alternativas de acceso a material tractivo y rodante. Estas otras alternativas, consistentes en la compra de dicho material, le resultaron económicamente más convenientes que el alquiler debido a varias razones, entre las que podemos destacar:

- (i) que la inversión total (rehabilitación, adecuación y mantenimiento) en el caso del alquiler resultaba muy alta en comparación con la opción de compra, debido al mal estado en que se encontraba el material;
- (ii) que las altas inversiones en el material alquilado no quedarían en beneficio de PERURAIL, sino que quedaría en poder del Estado por ser el propietario de dichos bienes, lo cual impide a PERURAIL recuperar parte de su inversión mediante la reventa de este material; y
- (iii) que, consecuentemente con lo anterior, las inversiones realizadas para adquirir material, al ser éste de propiedad de PERURAIL, podrían ser parcialmente recuperadas mediante la posterior venta de ese material.

La veracidad de lo señalado precedentemente queda corroborada con las decisiones adoptadas y llevadas a cabo por PERURAIL. La Comisión debe ser conciente que las decisiones de negocio que toma una empresa como PERURAIL se encuentran orientadas a obtener el mayor beneficio económico, como cualquier otro agente del mercado. En tal sentido, PERURAIL no podría optar por adquirir material tractivo y rodante,

devolviendo parte del otorgado en concesión, si la alternativa de la compra no fuera efectivamente más rentable y beneficiosa para la empresa.

Sin embargo, ninguno de los elementos mencionados en los numerales (i) a (iii) precedentes ha sido tomado en cuenta por el Informe GEE; y menos aún por la Secretaría Técnica. Por esa razón, el Informe concluye equivocadamente que la alternativa de compra no resulta viable.

Lo primero que destaca de la conclusión de la Secretaría Técnica es su contradicción con el Informe GEE, el cual concluye que "*si bien la opción de compra de material tractivo y rodante sería económicamente viable (...), los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler (...) haría que se prefiera esta última opción en lugar de la primera*" (resaltado añadido). Como podrá entender la Comisión, el que una opción sea "preferible" a otra NO convierte a la primera en inviable, como equivocadamente deduce la Secretaría Técnica; por ello es que el Informe GEE no se refiere a la inviabilidad, sino que, por el contrario, reconoce que la compra es viable.

Sin embargo, estamos en desacuerdo con el Informe GEE cuando alude a la supuesta preferencia que tendría un entrante por la opción de alquiler. Nuestro desacuerdo queda demostrado con las decisiones de negocio adoptadas por PERURAIL, que ha preferido comprar.

Son varios los errores u omisiones que llevan al Informe GEE a concluir que la opción de alquiler es preferible a la de compra. En efecto, el Informe GEE sobre estima la rentabilidad de la opción de alquiler del material tractivo y rodante otorgado en concesión, porque no ha tomado en cuenta los costos en los que debió incurrir PERURAIL (hasta ahora, la única que ha entrado al mercado) para operar dicho material.

Entre los costos omitidos más destacados se encuentran los costos de inversión en rehabilitar, adecuar, acondicionar y convertir en utilizables, los bienes entregado por el Concedente (como ejemplo, pueden verse las fotos que adjuntamos como Anexo 2). Evidentemente, la Secretaría Técnica no pretenderá que un nuevo entrante, llámese FERSIMSAC o cualquier otro, se beneficie con las inversiones efectuadas por PERURAIL en el material tractivo y rodante, ya que ello sería claramente discriminatorio y, por lo tanto, constituiría una situación contraria a las normas de libre competencia. Un nuevo entrante tendría que recibir el material en las mismas condiciones que lo recibió PERURAIL y tendría que efectuar similares inversiones; de lo contrario, los costos que tendría que recuperar PERURAIL serían más altos que los del nuevo entrante, lo cual colocaría a PERURAIL en una situación artificialmente desventajosa frente a este último para efectos de la competencia. De considerarse las inversiones en rehabilitación y reacondicionamiento, como corresponde, la alternativa de alquiler resultaría bastante más costosa y, por consiguiente, menos rentable.

Adicionalmente, en el caso concreto de PERURAIL, ésta tiene que asumir los costos del tren social, que opera con un precio por debajo de su costo, lo cual implica cargar con mayores costos a los demás servicios.

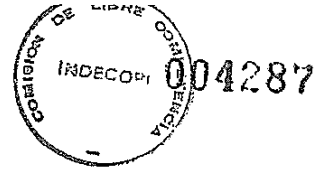
Asimismo, nuestra empresa ha tenido que asumir una serie de costos que el Informe GEE (y, por consiguiente, el Informe de la Secretaría Técnica) ha omitido considerar. Es el caso, por ejemplo de los costos que tuvo que enfrentar PERURAIL para entrar al mercado. Debe recordarse que esta empresa era parte del Concesionario cuando se adjudicó la buena pro. Por lo tanto, todos los costos que representó presentarse a la licitación pública y ganarla constituyen costos de entrada que PERURAIL tuvo que afrontar y que, sin duda, reducen su rentabilidad frente a la calculada por el Informe GEE. No debe olvidarse que la obtención de la buena pro fue lo que permitió

que PERURAIL adquiriese el derecho a operar trenes en el ferrocarril de sur oeste y a explotar el material tractivo y rodante correspondiente.

Esta subestimación de los costos de PERURAIL y la consecuente sobre estimación de su rentabilidad reducen también la capacidad que tendría PERURAIL de recurrir a eventuales conductas estratégicas anticompetitivas. En efecto, en la medida que los costos de PERURAIL son más altos que los calculados por el Informe GEE, su capacidad de reducir los precios ante la eventual entrada de otro operador no es la que dicho informe señala.

En este extremo, tanto el Informe de la Secretaría Técnica como el Informe GEE se equivocan, en primer lugar porque parte de una suposición que no es posible comprobar y menos sancionar, en la medida que no haya ocurrido. Esto es mucho más claro si se toma en cuenta que la conducta anticompetitiva que el Informe supone que va a ocurrir ni siquiera sería realizada por FETRANS, sino por PERURAIL, empresa que no ha sido cuestionada en este procedimiento y cuyo comportamiento no podría ser materia de sanción. En otras palabras, la Secretaría está proponiendo sancionar por abuso de posición de dominio a FETRANS porque supone que una empresa distinta, PERURAIL, podría incurrir en conductas anticompetitivas en el futuro. Esta recomendación, pues, carece de sentido y no tiene sustento legal alguno.

Pero, además, los referidos informes se equivocan porque, como hemos adelantado, sobre estiman la capacidad de PERURAIL de incurrir en conductas anticompetitivas. Para PERURAIL (independientemente de que no tenemos intenciones de incurrir en prácticas anticompetitivas) simplemente no sería posible reducir los precios en el nivel que señala el Informe GEE porque ello no le permitiría cubrir sus costos.



Como ya hemos explicado, el Informe GEE no ha tomado en cuenta los costos de inversión en rehabilitación y reacondicionamiento de material en los cuales ha incurrido PERURAIL; y tampoco ha considerado el referido Informe GEE los costos que significaron para PERURAIL entrar al mercado.

Adicionalmente, el Informe GEE no ha considerado que PERURAIL compra buena parte del material tractivo y rodante que actualmente utiliza y que, según los cálculos del mismo Informe de la GEE, representan mayor costo.

En consecuencia, el supuesto para que la opción de compra deje de ser viable contenido en el Informe GEE, consistente en una reducción de los precios de PERURAIL en un 6,82%, sencillamente no se daría, porque los costos de PERURAIL no se lo permitirían. Por lo tanto, al no verificarse el supuesto, tampoco se genera la consecuencia prevista.

En efecto, recordemos lo que señala el Informe GEE: *"Así, en un escenario de disminución de precios de 6,82% desde el primer año (manteniendo los precios durante el resto del período de proyección), la opción de compra deja de ser viable"*. En la medida que, como hemos señalado, los precios no podrían reducirse en un 6,82%, la opción de compra no dejaría de ser viable.

Por último, el Informe GEE desestima una serie de elementos adicionales que resultan muy importantes a efectos de implementar una estrategia anticompetitiva con éxito. Es el caso de los horarios de los trenes: como se sabe, existen horarios que los usuarios prefieren y que no muestran elasticidad frente al precio. Así, por ejemplo, si el operador entrante logra acceder a los horarios más solicitados por los turistas, a pesar de que PERURAIL bajara sus precios significativamente, no lograría atraer a la mayoría de los usuarios; es decir su estrategia no tendría éxito. Y, evidentemente, nadie incurriría en una estrategia que representa costos (reducción de precios) y que no será exitosa.



004288

Queda así demostrado que, a efectos de evaluar una supuesta estrategia anticompetitiva futura, INDECOPI no puede tomar en cuenta solamente las variables de precio, porque su análisis es incompleto y no permite tomar decisiones sobre dicha base. La Comisión, por lo tanto, no debe tomar en cuenta las conclusiones a las que ha llegado la Secretaría Técnica o el Informe GEE basándose en un análisis incompleto de la situación.

No es posible concluir que FETRANS tiene posición de dominio sencillamente porque se asume que PERURAIL adoptará una estrategia anticompetitiva, que ni siquiera ha sido correctamente evaluada.

Por todas las razones expuestas, consideramos que las conclusiones y recomendaciones de la Secretaría Técnica carecen del sustento técnico, económico y legal adecuado, por lo que la Comisión debe descartarlas.

**POR TANTO:**

Solicitamos a la Comisión tener presente lo expuesto y declarar infundada la denuncia materia del presente procedimiento.

**OTROSÍ DECIMOS:** Que, adjuntamos como anexos lo siguiente:

- Anexo 1: Las estadísticas de accidentes de los trenes desde el año 2000.
- Anexo 2: Las fotografías del material tractivo y rodante rehabilitado.
- Anexo 3: Listado de las actividades que ha desarrollado PERURAIL para mejorar los estándares de seguridad y calidad del servicio.

Lima, 31 de mayo de 2006

MARIA DEL ROSARIO QUIROGA G.  
ABOGADA  
C.A.L. 39855



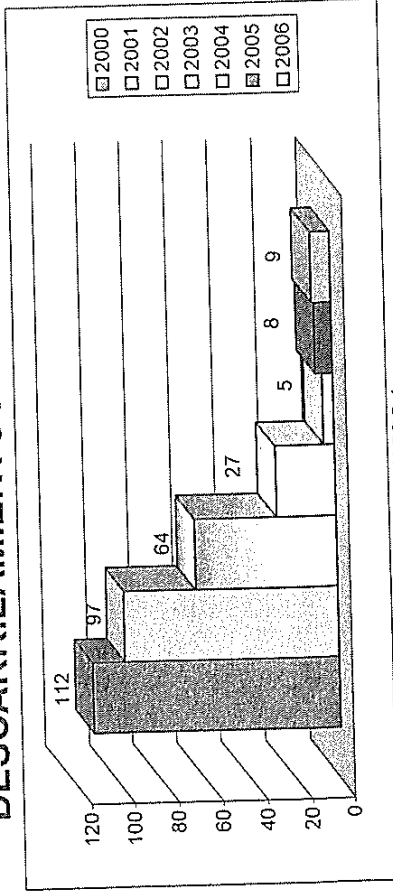
004289

# ANEXO 1



## Cuadro Comparativo de Descarrilamientos

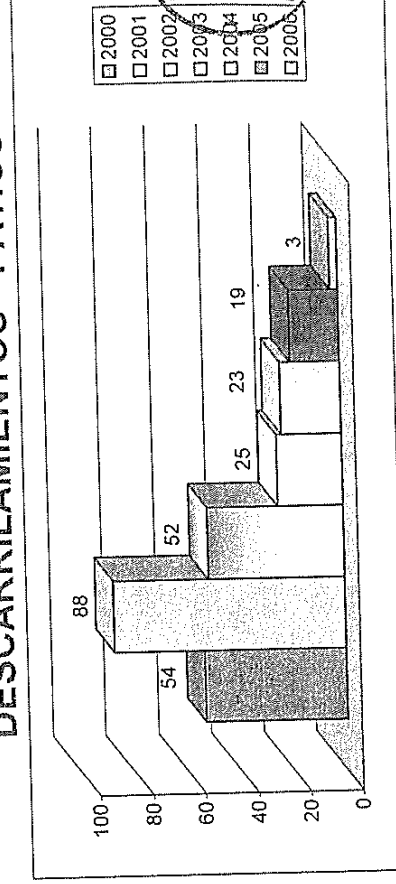
### DESCARRILAMIENTOS - VIA PRINCIPAL



CUADRO 1

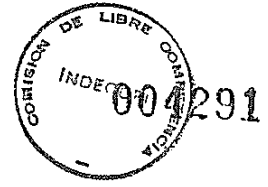
Linea Principal	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ENE		12	15	7	2	1	0	3
FEB		15	17	3	3	0	1	5
MAR		18	14	13	1	1	1	1
ABR		5	7	7	6	0	0	0
MAY		5	5	2	2	1	1	0
JUN		8	4	7	4	0	0	0
JUL		10	6	1	0	1	0	0
AGO		8	6	1	1	0	1	0
SEP	0	10	5	7	2	0	1	0
OCT	6	5	5	9	2	1	1	0
NOV	4	5	6	5	2	0	0	0
DIC	7	11	7	2	2	0	2	0

### DESCARRILAMIENTOS - PATIOS

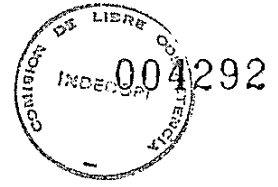


CUADRO 2

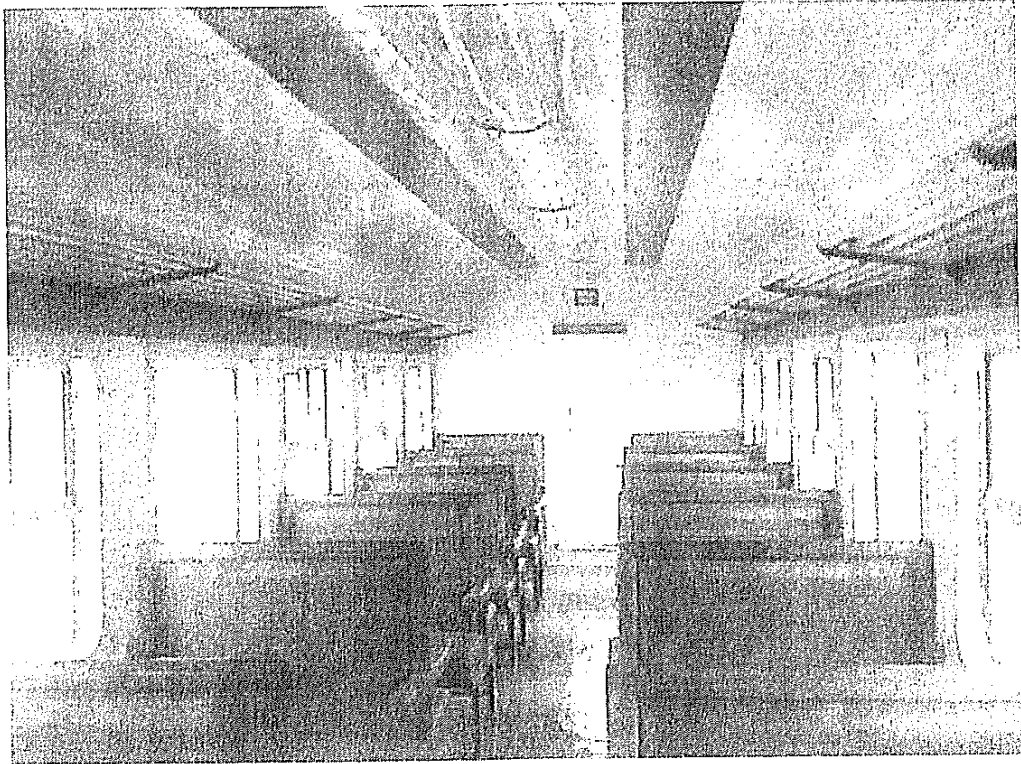
Patios	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
ENE		9	9	10	1	2	2	0
FEB		1	5	4	3	0	0	2
MAR		3	13	6	5	3	0	1
ABR		1	4	4	1	4	2	0
MAY		3	5	3	1	3	2	0
JUN		2	4	0	3	2	2	0
JUL		8	8	4	2	2	1	0
AGO		4	6	6	2	1	2	0
SEP	1	7	9	4	1	1	3	0
OCT	2	10	11	5	3	1	1	0
NOV	2	2	7	5	1	3	2	0
DIC	2	4	7	1	2	1	2	0



# ANEXO 2



Antes



Después

COMISION DE  
INDECOPI 004293

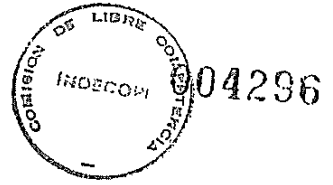


Después



INDECOPI  
004295





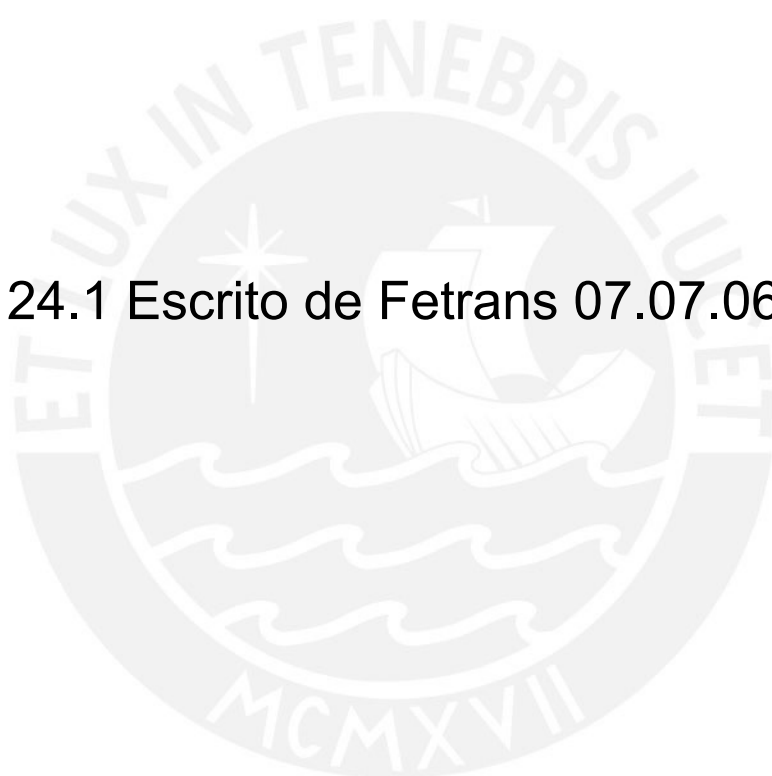
# ANEXO 3

ITEM	ACTIVIDAD	STATUS
1	NUEVOS SERVICIOS HIGIENICOS EN LOS COCHES (falla poner los tanques de retencion)	PROYECTO EJECUTADO
2	ENTRENAMIENTO PERSONAL JV R.HUMANAS Y SITUACIONES DIFICILES Se hizo los cursos al personal de JV por especialista en RRHH	PROYECTO EJECUTADO
3	REPRESENTANTE DE SERVICIO AL PASAJERO MAPI para resolver problemas del tren local (Sr C. Peña )	PROYECTO EJECUTADO
4	REPRESENTANTE DE RRPP - EN AGUAS CALIENTES	PROYECTO EJECUTADO
5	CONTROL DE VENDEDORAS DE ALIMENTOS AL TL Ya tienen uniforme Tienen Carnet de sanidad al día Ya tienen credenciales	PROYECTO EJECUTADO
6	REACONDICIONAMIENTO DE LOS COCHES DEL TREN LOCAL TOTAL 11 COCHES 06 COCHES TERMINADOS 05 COCHES POR TERMINAR (SEGÚN PROGRAMACION EL ULTIMO SE TERMINA EL 30/05/06)	PROYECTO EN EJECUCION
7	MEJORAMIENTO ILUMINACION Y VENTILACION DE COCHES por sistema de grupo electrogeno ( ya se estan instalando en un coche) prueba programada para el 15/02/06 las pruebas estan a cargo de Mecanica	PROYECTO EN EJECUCION

INDECO  
004297



24.1 Escrito de Fetrans 07.07.06



ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA  
ABOGADOS  
INDECOPI  
Comisión de Libre Competencia

AB2  
07 JUL 2006  
**RECIBIDO**

003 JUL 6 PM 4 13

UNIDAD DE REGISTRO

DOC. 010

Expediente N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente No.  
012-2004/CLC)  
Adjunta Informe

072833

A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:

**FERROCARRIL TRANSANDINO** (en adelante, "FETRANS"), en el procedimiento iniciado por **FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU** (en adelante, "FERSIMSAC") sobre presunto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, con la finalidad de aportar mayores elementos para ser considerados por la Comisión al momento de resolver, adjuntamos al presente escrito el Informe denominado "Opinión Técnica sobre los Informes No. 013-20067-INDECOPI/ST-CLC y No. 011-2006/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos y de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia", elaborado por Apoyo Consultoría S.A. (en adelante, "Apoyo").

Sin perjuicio que la Comisión realice su propia valoración de dicho informe, consideramos importante resaltar algunos aspectos mencionados por Apoyo.

- 1. El análisis financiero de la Gerencia de Estudios Económicos adolece de errores que la invalidan**

En su informe, Apoyo considera que el análisis realizado por la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, "GEE") en su informe N° 011-2006/GEE adolece de al menos dos defectos graves que lo invalidan como herramienta para definir el mercado relevante. Los defectos detectados por Apoyo son los siguientes:

a. **La GEE no consideró el pago que el Grupo Económico (FETRANS- PERURAIL) realiza por operar el material tractivo y rodante**

En opinión de Apoyo, la oferta del grupo económico en el concurso respectivo incluía la valorización de los ingresos que obtendría de explotar tanto la infraestructura vial ferroviaria como el material tractivo y rodante. Así, Apoyo señala que resulta evidente que si la concesión hubiese sido únicamente por la infraestructura y no por el material tractivo y rodante, la oferta presentada por el grupo económico y por los otros postores hubiera sido menor.

Corrigiendo los errores incurridos por la GEE, y teniendo en cuenta la valorización que FETRANS y PERURAIL hicieron en 1999, Apoyo realiza una estimación del monto anual que FETRANS tendría que cobrar a un tercero por el alquiler del material tractivo y rodante, de forma tal que recupere el monto que paga y pagará al Estado peruano. Según Apoyo, estos valores debieron ser considerados en el flujo económico de la opción de ingreso por alquiler elaborado por la Secretaría Técnica.

b. **No se considera la inversión que PERURAIL ha realizado**

Apoyo pone en evidencia el error en el que incurre la Secretaría Técnica al no incluir, dentro de sus cálculos, las inversiones que ha asumido PERURAIL y que, entre el período comprendido entre los años 2000-2004, son superiores a los doce millones de soles.

Es importante reiterar que, contrariamente a lo que sostiene la Secretaría Técnica, los pagos realizados por FETRANS a favor del Estado, no son los únicos desembolsos que deben tenerse en cuenta sino que, adicionalmente, resulta necesario que la Secretaría Técnica tome en cuenta el precio pagado por el alquiler del material tractivo y



rodante y, adicionalmente, la amortización de las inversiones y los costos en los cuales PERURAIL ha incurrido.

## Conclusiones

Apoyo considera que la opción de alquiler de material tractivo y rodante han sido sobrestimada por la Secretaría Técnica y la GEE. De otro lado, corrigiendo los defectos señalados, Apoyo realiza nuevos cálculos de los indicadores de rentabilidad concluyendo que la opción de ingreso al mercado adquiriendo material tractivo y rodante tiene un VAN mayor a las opción de alquiler.

## 2. LA OPCIÓN DE INGRESO CON AUTOVAGONES TENÍA POR OBJETO DEMOSTRAR EL ACCESO DE UN INVERSIONISTA CON RESTRICCIONES DE CAPITAL

En su informe, la GEE acusó una supuesta contradicción en lo afirmado por Apoyo respecto de la posibilidad de ingresar al mercado con autovagones que, según la GEE, impediría la comparación de indicadores de rentabilidad. No existe tal contradicción, ni Apoyo pretendió efectuar la comparación a la que alude la GEE. Ello por cuanto el modelo con autovagones no fue diseñado para compararlo con las opciones de compra o alquiler del material sino para sostener la viabilidad del ingreso al mercado con una inversión baja. Sobre el particular, Apoyo ha señalado que:

*“De acuerdo con los Informes N° 055-2004/GEE y N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI, una de las principales barreras a la entrada al mercado de transporte de pasajeros y carga en el Ferrocarril Sur Oriente era la cuantiosa inversión inicial que se requería para adquirir material tractivo y rodante. En este contexto, para ilustrar por qué este argumento de la ST-CLC y de la GEE no era adecuado, APOYO Consultoría, con información proporcionada por FETRANS, desarrolló el modelo de ingreso al mercado considerando una opción de baja inversión como es la adquisición de autovagones. Como se demostró en el Plan de Negocios presentado, el ingreso de un operador al*

*mercado con una inversión relativamente baja (US\$ 1 millón) para la adquisición de autovagones es factible y rentable. Por lo tanto, no es el objetivo de esta forma de ingreso compararla con las opciones de compra o alquiler de material tractivo y rodante (1 locomotora, 4 coches y 2 autovagones), sino demostrar que, incluso si el inversionista cuenta con restricciones de capital, su ingreso es factible".*

Como puede apreciarse, no es cierto que exista alguna contradicción en lo señalado por Apoyo en sus anteriores informes sino que, como lo señala dicha empresa auditora, el objetivo de presentar el modelo con autovagones era demostrar que, incluso con restricciones en el capital, era posible la entrada al FSO.

Por tanto, no existe ninguna objeción que invalide el modelo postulado por Apoyo como sostuvo la GEE.

En consecuencia, la Comisión debe tener en cuenta que la opción de compra de autovagones es viable, haciendo imposible que se defina el mercado relevante únicamente en términos de alquiler del material concesionado a FETRANS. Por ello, no es posible que FETRANS ostente una posición de dominio, si es factible la entrada con una inversión reducida.

**3. La Secretaría Técnica no ha tenido en cuenta material tractivo y rodante disponible que no se encuentra en posesión de FETRANS**

Tal como lo ha mencionado FETRANS en diversas oportunidades, Apoyo ha señalado que existe material que podría ser alquilado por cualquier empresa y que se encuentra en el denominado "Tren Macho" y en el Ferrocarril Central. Si la Secretaría Técnica hubiera tenido en cuenta el material tractivo disponible en el país, hubiera concluido que FETRANS no cuenta con posición de dominio incluso en el mercado de alquiler del referido material.



4. **PERURAIL, ante la entrada de un nuevo competidor, no podrá reducir estratégicamente sus precios**

Apoyo cuestiona la afirmación de la Secretaría Técnica respecto a la supuesta posibilidad de una actuación estratégica de PERURAIL consistente en una reducción de precios hasta alcanzar un nivel próximo a los costos marginales, con el objeto de forzar al entrante a una reducción de precios y, luego, originar su salida del mercado.

Apoyo considera que lo afirmado es incorrecto debido a que la Secretaría Técnica no ha tenido en cuenta la regulación del sector y tampoco las características del negocio en que opera PERURAIL y la demanda que enfrenta este operador.

Respecto a la regulación, Apoyo señala que OSITRAN podría observar un posible contrato de alquiler entre PERURAIL y FETRANS en el que se reduzcan los precios si es que considera que podría tener efectos perjudiciales en el mercado.

De otro lado, respecto a las características del negocio, Apoyo afirma que es poco probable que PERURAIL opte por reducir la tarifa social que cobra por dar servicio a los pobladores, pues dicha tarifa ya se encuentra por debajo de sus costos. En tal sentido, la única tarifa que podría reducir sería la que corresponde al servicio de transporte de turistas; sin embargo, en opinión de Apoyo, esta opción no sería financieramente viable.

5. **En el negado supuesto de considerarse que FETRANS ostenta posición de dominio, la negativa estaría justificada**

Al igual que FETRANS, Apoyo considera que, en el supuesto que se considere que FETRANS ostenta posición de dominio, la negativa de alquiler se encontraría debidamente justificada. Ello debido a que

actualmente se viene utilizando todo el material disponible siendo ésta una justificación que debe tenerse en cuenta al momento resolver.

**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:** Que, se declare infundada la denuncia interpuesta contra FETRANS.

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, de conformidad con el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 807<sup>1</sup>, Ley sobre Organización y Funciones del Indecopi, **SOLICITAMOS QUE LA COMISIÓN DECLARE COMO INFORMACIÓN RESERVADA LA CONSIGNADA EN LOS CUADROS Nos. 1 AL 7 DEL INFORME DENOMINADO “OPINIÓN TÉCNICA SOBRE LOS INFORMES No. 013-20067-INDECOPI/ST-CLC y No. 011-2006/GEE DE LA GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS Y DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA”**, para lo cual estamos adjuntando dos versiones de dicho informe: una confidencial y otra no confidencial.

Nuestra solicitud se sustenta en que la información, cuya reserva se solicita, constituye secreto comercial en tanto que está referida a aspectos comerciales que no deben ser conocidos por terceros pues ello generaría un perjuicio irreparable a nuestra empresa. En efecto, las cifras contenidas en la versión confidencial del Informe le otorgarían una ventaja a cualquier potencial entrante al mercado, cuando son fruto de la experiencia y esfuerzo de FETRANS y, además, contienen cifras relacionadas con la valoración realizada por nuestra empresa, el estado de ganancia y pérdidas del servicio de transporte en el FSO, flujos de caja, precio pagado por PERURAIL a FETRANS por el alquiler de material, etc.

<sup>1</sup> Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi

Artículo 6.- La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad.

Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los miembros y personal encargados del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio.

Al respecto, en los Lineamientos sobre Información Confidencial de la Comisión de Libre Competencia se señala que: *"Se considera secreto comercial aquella información cuya importancia para el desarrollo de las actividades empresariales obliga a las firmas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa. Tal es el caso de los aspectos relativos a la estrategia competitiva, datos relacionados a la estructura de costos, término de negociación y condiciones contractuales acordados, etc."*

Finalmente, cumplimos con adjuntar al presente escrito un resumen no confidencial de la información cuya reserva se solicita.

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos al presente, los siguientes documentos:

1. Un sobre cerrado con la versión confidencial del Informe denominado "Opinión Técnica sobre los Informes No. 013-20067-INDECOPI/Secretaría Técnica-CLC y No. 011-2006/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos y de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia" elaborado por Apoyo. (Anexo 1-A)
2. La versión no confidencial del Informe denominado "Opinión Técnica sobre los Informes No. 013-20067-INDECOPI/Secretaría Técnica-CLC y No. 011-2006/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos y de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia" elaborado por Apoyo. (Anexo 1-B)
3. Un resumen no confidencial de los documentos cuya reserva se solicita. (Anexo 1-C)

**TERCER OTROSI DECIMOS:** Que, de conformidad con los artículos 32 y 44 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, reiteramos nuestra solicitud para que se nos conceda el uso de la palabra a fin de realizar un informe oral para exponer nuestros argumentos de defensa.

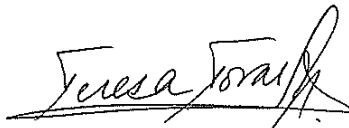


00130011

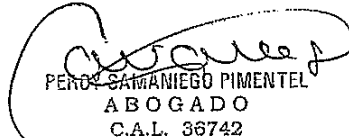
Asimismo, teniendo en cuenta la complejidad del asunto y los diversos temas que se discuten en el presente procedimiento por más de dos años, solicitamos que la Comisión nos otorgue un tiempo razonable que nos permita exponer los fundamentos económicos como jurídicos que sustentan nuestra posición.

**CUARTO OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copia del presente escrito y sus recaudos.

Lima, 6 de julio de 2006

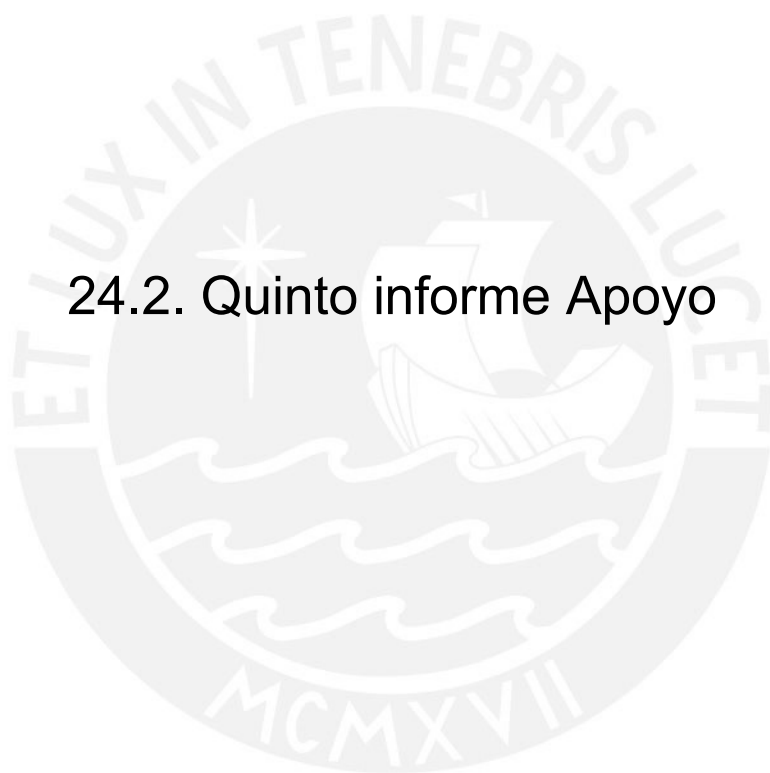


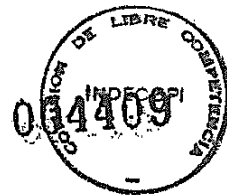
TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echecopar Garcia S.Civ.R.L



PEDRO SAMANIEGO PIMENTEL  
ABOGADO  
C.A.L. 36742  
Estudio Luis Echecopar Garcia

## 24.2. Quinto informe Apoyo





**Opinión Técnica sobre los informes N° 013-2006-  
INDECOPI/ST-CLC y N° 011-2006/GEE de la Gerencia de  
Estudios Económicos y de la Secretaría Técnica de la  
Comisión de Libre Competencia del INDECOPI**

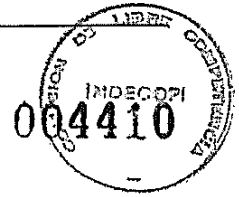
**Quinto Informe**

**Informe preparado para  
Ferrocarril Trasandino S.A.**



**APOYO  
CONSULTORIA**

**Lima, Junio del 2006**



## INDICE

1. Antecedentes .....	2
2. Cuestión en discusión.....	2
3. Análisis .....	4
4. Conclusiones .....	18

## 1. Antecedentes:

Ferrocarril Trasandino (FETRANS) solicitó a APOYO Consultoría emitir una opinión técnica sobre los informes N° 013-2006-INDECOPI/ST-CLC y N° 011-2006/GEE en los cuales se basa la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia para concluir que FETRANS ha abusado de su posición de dominio y para solicitar a la Comisión de Libre Competencia que sancione a esta empresa con una multa de 168,35 UIT.

## 2. Cuestión en discusión:

La ST - CLC del INDECOPI, sostiene que FETRANS habría cometido un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada, al negarse a arrendar el material tractivo y rodante que recibió del Estado peruano, utilizando como pretexto que dicho material ya se encontraba arrendado a PERURAIL S.A., empresa con la cual conforma un grupo económico.

El análisis de la CLC se sustenta en los siguientes argumentos:

1. Si bien la opción de compra de material tractivo y rodante resulta económicamente viable, los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler llevarían (según un modelo económico elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI- GEE) a que los inversionistas prefieran esta última opción en lugar de la primera.
2. En el escenario de entrada de un operador vía compra de material tractivo y rodante, la empresa establecida (que alquiló el material tractivo y rodante) tendría un margen mucho mayor para adoptar comportamientos estratégicos y afectar las condiciones de competencia en el mercado y los resultados de la empresa entrante.
3. Un comportamiento estratégico del operador establecido podría suponer una disminución de precios del servicio de transporte de pasajeros hasta alcanzar un nivel próximo a los costos marginales, con lo que se forzaría al operador entrante a bajar también sus precios. En esta situación, el operador que ingresó al mercado alquilando material tractivo y rodante podría soportar una caída del 20% de los precios del mercado, mientras que el que ingresó

adquiriendo material sólo podría resistir una del 6.82%. Por lo tanto, la posible variación estratégica en el precio del servicio de transporte ante el ingreso de un competidor haría que no sea económicamente razonable entrar al mercado operando un material tractivo y rodante distinto al otorgado a FETRANS.

4. Adicionalmente, en tanto FETRANS y PERURAIL son empresas vinculadas, no existiría un límite inferior de cobro por alquiler de material tractivo y rodante de FETRANS a PERURAIL (es posible que estas empresas establezcan nuevas condiciones de alquiler de material en un nivel mucho más bajo que el que actualmente existe), lo que le daría a PERURAIL un margen mucho mayor para reducir sus precios y evitar la entrada de un nuevo competidor al mercado
5. Por lo otro lado, la Secretaría concluye que la opción de ingreso al mercado adquiriendo autovagones planteada por APOYO Consultoría y FETRANS en escritos anteriores no es comparable con la opción de ingreso alquilando material tractivo y rodante, por la diferencia en el VAN de estas dos opciones.
6. De esta forma, en tanto la única forma de ingreso económicamente viable al mercado de transporte de pasajeros en la ruta del FSO es el alquiler del material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS, esta empresa ostenta de una posición de dominio en el mercado relevante.
7. La negativa de FETRANS de alquilar material tractivo y rodante a FERSIMSAC o a cualquier otro potencial entrante, aduciendo haber alquilado el integro de dicho material a su empresa vinculada PERURAIL, no constituiría una justificación válida de acuerdo a las normas de libre competencia, más aún si se considera que al ser ambas empresas (FETRANS y PERURAIL) del mismo grupo económico, la resolución o modificación del contrato de arrendamiento sería factible a un bajo costo.
8. Por lo tanto, FETRANS habría infringido las normas de libre competencia al abusar de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada en virtud de lo cual la Secretaría Técnica ha solicitado a la Comisión de Libre Competencia que se sancione a esta empresa con una multa igual a 168,35 UIT.

### 3. Análisis:

En opinión de APOYO Consultoría, los argumentos considerados por la ST-CLC para sugerir la existencia de un caso abuso de posición de dominio en la ruta ferroviaria Sur-Oriente no son válidos por las siguientes razones:

#### **3.1 No es cierto que la opción de entrada alquilando el material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS sea significativamente más rentable que la opción de ingreso adquiriendo dicho material:**

La ST-CLC del INDECOPI define el mercado relevante como el de *alquiler de material tractivo y rodante en la región Cusco*, excluyendo explícitamente a la compra de dicho material como una opción para el ingreso de otro operador a la ruta ferroviaria Sur-Oriente. La ST-CLC basa su análisis en la comparación de los indicadores financieros que tendría un entrante al mercado de transporte de carga y pasajeros en la ruta ferroviaria Sur-Oriente bajo dos alternativas: (i) que el material tractivo y rodante es alquilado en condiciones similares a las del actual operador PERURAIL y (ii) que el material tractivo y rodante es adquirido en el mercado internacional.

En opinión de APOYO Consultoría, el análisis financiero de la GEE y de la ST-CLC, específicamente el Flujo de caja Proyectado de la opción de alquiler de material tractivo y rodante, adolece de al menos dos defectos graves que lo invalidan como herramienta para definir el mercado relevante:

- No considera el pago que el grupo económico conformado por FETRANS y PERURAIL viene realizando al Estado por el derecho de operar el material tractivo y rodante.
- No se consideran los elevados montos de inversión que PERURAIL ha debido realizar en el material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS, para que éste pueda ser operado adecuadamente y según los requerimiento de calidad establecidos en el Contrato de Concesión.

El detalle de cada uno de estos gastos se resume a continuación:

a. Pago por la Concesión:

Como se ha señalado en otras oportunidades, la presente controversia se refiere a una concesión que le otorgaba al postor que se hiciera acreedor de la buena pro el derecho a explotar la infraestructura del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente y además le otorgaba derecho a explotar el material tractivo y rodante.

Ni las Bases de la concesión ni el Contrato respectivo señalaban limitaciones sobre la titularidad del operador del material tractivo y rodante, y este esquema fue tomado en cuenta por todos los postores. Por lo tanto, las ofertas que éstos presentaron respondían a distintas valorizaciones del precio y el uso de la infraestructura y el material tractivo y rodante.

FETRANS y PERURAIL son empresas vinculadas y que pertenecen a un mismo grupo económico. Por esta razón, la oferta que realizó al momento del concurso para la concesión llevaba implícito un valor para el material tractivo y rodante.

Por esta razón, la oferta presentada por FETRANS y PERURAIL, así como la de los demás postores, incluía su valorización de los ingresos que obtendrían por la explotación de la infraestructura más lo que obtendrían por la explotación del material tractivo y rodante. Resulta evidente que si la concesión hubiese sido únicamente por la infraestructura ferroviaria y no por la explotación del material tractivo y rodante, la oferta presentada por los postores hubiera sido distinta (menor). Esta diferencia es igual al precio que el concesionario paga por el material tractivo y rodante.

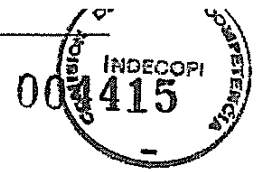
Empleando información de la valorización que FETRANS y PERURAIL hicieron de la concesión del Ferrocarril Sur Oriente y del Ferrocarril del Sur en 1999, APOYO Consultoría ha intentado aproximar cuál es el valor que estas empresas le dieron al material tractivo y rodante concesionado, valor que, por definición, debe ser igual al flujo de ingresos que pueden generar estos activos.

La estimación realizada se muestra en el Cuadro N° 1.



---

Cuadro N° 1



CONFIDENCIAL

Descontando este flujo de caja a una tasa de descuento de 17%<sup>1</sup> y estableciendo un rango conservador para el VAN de +- 10%, se obtiene el siguiente resultado:

Cuadro N° 2

CONFIDENCIAL

Cuadro N° 3

CONFIDENCIAL

---

<sup>1</sup> Tasa utilizada en la valorización de APOYO Consultoría en diciembre de 1999.

En tanto este valor corresponde al total de material tractivo y rodante que fue concesionado a FETRANS, se ha intentado aproximar, de forma muy general, un rango del valor que este grupo económico otorgó implícitamente a cada unidad de activo concesionado, de acuerdo a la siguiente ponderación:

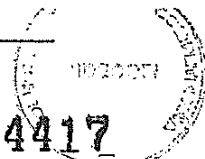
**Cuadro N° 4**

**CONFIDENCIAL**

Con estos valores ha sido posible estimar rangos precio de alquiler del material tractivo y rodante. Los resultados de este cálculo se presentan a continuación<sup>2</sup>:

---

<sup>2</sup> En tanto el cálculo de alquiler se realizó para un plazo de sesenta años, no se consideró un valor de rescate para los activos.



## CONFIDENCIAL

De esta forma, resulta claro que en caso FETRANS tuviera que alquilar a un tercero parte del material tractivo y rodante que le fue concesionado, debería cobrar tarifas anuales por alquiler cercanas a las señaladas en el Cuadro N° 5, de forma que recupere el monto que paga (y que deberá seguir pagando) al Estado Peruano. Por lo tanto, estos valores deberían ser considerados en el flujo económico de la opción de ingreso por alquiler elaborado por la ST-CLC del INDECOPI.

### b. Inversiones

FETRANS cobra a su vinculada PERURAIL tarifas US \$ / Km - Vagón (Cuadro N° 6) por el material tractivo y rodante que le fue otorgado en concesión. Este monto ha sido interpretado erróneamente por la ST-CLC como el único costo en el cual incurriría un tercer operador si lograra entrar al mercado alquilando material tractivo y rodante de FETRANS.

## CONFIDENCIAL

Sin embargo, el valor real que PERURAIL paga en la práctica por operar el material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS tiene dos componentes, además del pago que FETRANS hace al Estado y que fue señalado en el punto anterior: el precio de alquiler estipulado en un contrato privado entre esas dos empresas (Cuadro N° 5), y la amortización de las inversiones y los costos en los cuales PERURAIL ha incurrido y sigue incurriendo en inversión y mantenimiento del material. Estos costos para el periodo 2000-2004 se detallan en el Cuadro N° 7.

## CONFIDENCIAL

De esta forma, entre el 2000 y el 2004 PERURAIL ha invertido más de 12 millones de soles para tener operativo el material tractivo y rodante que opera en el Ferrocarril Sur Oriente. Este costo es adicional a los 3 millones de soles aproximadamente que PERURAIL ha pagado a FETRANS en el mismo periodo por concepto de alquiler de este material y adicional al pago que el grupo empresarial al cual pertenece PERURAIL viene haciendo por la concesión (como se explicó en el punto anterior, el pago por el material tractivo y rodante se encuentra dentro de la oferta económica que FETRANS presentó en el concurso de concesión).

Cuando la ST-CLC considera como el costo de alquilar material tractivo y rodante sólo el pago que PERURAIL hace a FETRANS, implícitamente está considerando menos del 20% del costo real en el que ha incurrido PERURAIL por usar material tractivo y rodante alquilado, y un porcentaje bastante menor si se considera el costo en el que ha incurrido el grupo empresarial.

Al corregir estas omisiones en el flujo elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI se obtienen los siguientes resultados (Cuadro N° 8 y Cuadro N° 9):

### Cuadro N° 8

**POTENCIAL ENTRANTE - OPCIÓN DE ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE**  
 (Primer Escenario - Mayores precios de Alquiler)  
 (\$/ miles)

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8	Año 9	Año 10
<b>Inversión 1/</b>	-1,838										
<b>Ingresos</b>		17,957	18,908	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161
Mercado		30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%
Visitantes a Machu Picchu (miles)		584	652	661	661	661	661	661	661	661	661
Pasajeros (miles)		1,891	1,992	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018
Tarifa		31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65
<b>Costos</b>		12,513	12,356	12,935	12,935	12,935	12,935	12,935	12,935	12,935	12,935
Kilometros Recorridos (miles)		575	611	649	649	649	649	649	649	649	649
Alquiler		2,425	1,723	1,723	1,723	1,723	1,723	1,723	1,723	1,723	1,723
Locomotora 2/		878	624	624	624	624	624	624	624	624	624
Coche 3/		767	546	546	546	546	546	546	546	546	546
Autovagones 4/		780	553	553	553	553	553	553	553	553	553
Inversiones en mejoras y reparación		458	458	458	458	458	458	458	458	458	458
Locomotora 5/		167	167	167	167	167	167	167	167	167	167
Coche 6/		70	70	70	70	70	70	70	70	70	70
Autovagones 7/		221	221	221	221	221	221	221	221	221	221
Costos de Alquiler, mejoras y reparaciones		2,883	2,181	2,181	2,181	2,181	2,181	2,181	2,181	2,181	2,181
Costos de Mantenimiento		2,013	2,138	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271
Seguros 8/		875	875	875	875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la Vía		6,743	7,162	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608
Impuestos 8/		2,498	2,620	2,522	2,522	2,522	2,522	2,522	2,522	2,522	2,522
<b>Flujo de Caja Económico</b>		-1,838	2,946	3,932	3,705	3,705	3,705	3,705	3,705	3,705	3,705

1/ Se consideró la compra de Infraestructura, muebles, equipos, etc. (\$/)  
 2/ Se consideró que la locomotora recorre todos los kilómetros.  
 3/ Se considera un uso de los coches de 70%.  
 4/ Se considera que los autovagones realizan la mitad del recorrido de las locomotoras  
 5/ Se consideró el promedio anual por locomotora empleada en el FSO en que PERURAIL ha incurrido en el periodo 2000-2004.  
 6/ Se consideró el promedio anual por coche empleado en el FSO en que PERURAIL ha incurrido en el periodo 2000-2004.  
 7/ Se consideró el promedio anual por autovagón empleado en el FSO en que PERURAIL ha incurrido en el periodo 2000-2004.  
 8/ Se mantiene el supuesto del gasto en seguros realizado por la GEE.

Elaboración: APOYO Consultoría

## Cuadro N° 9

POTENCIAL ENTRANTE - OPCIÓN DE ALQUILER DE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE  
(Segundo Escenario - Menores precios de Alquiler)  
(S/. miles)

	Año 0	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8	Año 9	Año 10
<b>Inversión 1/</b>	<b>-1,838</b>										
<b>Ingresos</b>	17,957	18,908	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161	19,161
Mercado	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%	30%
Visitantes a Machu Picchu (miles)	584	652	661	661	661	661	661	661	661	661	661
Pasajeros (miles)	1,891	1,992	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018	2,018
Tarifa	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65	31.65
<b>Costos</b>	12,068	12,613	13,191	13,191	13,191	13,191	13,191	13,191	13,191	13,191	13,191
Kilometros Recorridos (miles)	575	611	649	649	649	649	649	649	649	649	649
Alquiler	1,979	1,979	1,979	1,979	1,979	1,979	1,979	1,979	1,979	1,979	1,979
Locomotora 2/	718	718	718	718	718	718	718	718	718	718	718
Coche 3/	624	624	624	624	624	624	624	624	624	624	624
Autovagones 4/	637	637	637	637	637	637	637	637	637	637	637
Inversiones en mejoras y reparación	458	458	458	458	458	458	458	458	458	458	458
Locomotora 5/	167	167	167	167	167	167	167	167	167	167	167
Coche 6/	70	70	70	70	70	70	70	70	70	70	70
Autovagones 7/	221	221	221	221	221	221	221	221	221	221	221
Costos de Alquiler, mejoras y reparaciones	2,437	2,437	2,437	2,437	2,437	2,437	2,437	2,437	2,437	2,437	2,437
Costos de Mantenimiento	2,013	2,138	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271	2,271
Seguros 8/	875	875	875	875	875	875	875	875	875	875	875
Acceso a la Vía	6,743	7,162	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608	7,608
Impuestos	2,498	2,498	2,498	2,498	2,498	2,498	2,498	2,498	2,498	2,498	2,498
<b>Flujo de Caja Económico</b>	<b>-1,838</b>	<b>3,391</b>	<b>3,798</b>	<b>3,472</b>	<b>3,472</b>	<b>3,472</b>	<b>3,472</b>	<b>3,472</b>	<b>3,472</b>	<b>3,472</b>	<b>3,472</b>

1/ Se consideró la compra de infraestructura, muebles, equipos, etc. (S/.)

2/ Se consideró que la locomotora recorre todos los kilómetros.

3/ Se considera un uso de los coches de 70%.

4/ Se considera que los autovagones realizan la mitad del recorrido de las locomotoras

5/ Se consideró el promedio anual por locomotora empleada en el FSO en que PERURAIL ha incurrido en el periodo 2000-2004.

6/ Se consideró el promedio anual por coche empleado en el FSO en que PERURAIL ha incurrido en el periodo 2000-2004.

7/ Se consideró el promedio anual por autovagón empleado en el FSO en que PERURAIL ha incurrido en el periodo 2000-2004.

8/ Se mantiene el supuesto del gasto en seguros realizado por la GEE.

Elaboración: APOYO Consultoría

Los indicadores financieros de estos cálculos se resumen a continuación:

## Cuadro N° 10

INDICADORES DE RENTABILIDAD - ALQUILER  
(Miles de S/.)

Indicadores	Período			
	Primer Escenario		Segundo Escenario	
	7 años	10 años	7 años	10 años
Valor Actual Neto (VAN) Económico	11,997	15,259	14,195	17,967
Tasa Interna de Retorno (TIR) Económica	164.2%	164.4%	190.0%	190.1%

Elaboración: APOYO Consultoría

Lo que determina que el cálculo realizado por la GEE y por la ST-CLC sobreestima la rentabilidad de la opción de ingreso al mercado alquilando el material tractivo y rodante que le fue concesionado a FETRANS.

Cabe mencionar, además, que una comparación más precisa de la rentabilidad de estas dos opciones de ingreso, específicamente de la opción relacionada con adquirir material tractivo y rodante, debería contemplar, tal como señaló APOYO

Consultoría<sup>3</sup>, el valor residual del material adquirido, el cual equivale a la perpetuidad del último año del flujo sin considerar crecimiento. Como demostramos en nuestro informe, este ajuste determina que la opción de ingreso al mercado adquiriendo material tractivo y rodante tenga un VAN de S/.34,1 millones. Este VAN es mayor al de las opciones de ingreso que contemplan alquilar material tractivo y rodante que fueron señaladas en el Cuadro N° 10 e incluso mayor al VAN estimado por la GEE del INDECOPI en el Informe N° 011-2006/GEE.

### 3.2 Opción de ingreso con autovagones en una alternativa válida:

La Gerencia de Estudios Económicos afirmó, sin mayor análisis, que la opción de ingreso de una empresa al mercado adquiriendo autovagones para transportar pasajeros no era una opción viable. Al respecto, únicamente señaló que:

- “ 18. Finalmente, es preciso señalar que en opinión de APOYO existiría una tercera opción para la entrada de un operador en el FSO, la misma que consiste en la adquisición de autovagones en vez de locomotoras. De acuerdo a ello, asumiendo un horizonte de diez años y otros supuestos de operación (que no se explican en qué consisten), APOYO estima que se tendría una TIR de 28.4% y un VAN de S/.2,9 millones.*
- 19. Sin embargo, el (sic) TIR estimando no sería comparable con los obtenidos en las opciones de compra o alquiler antes señalados. Esto es así, pues si bien se observa que el (sic) TIR de la opción de compra de autovagones (28.4%) resulta mayor que la opción de compra de locomotoras considerada inicialmente (20%), no ocurre lo mismo en el caso del VAN, el mismo que en la opción de compra de autovagones (S/. 2,9 millones) resulta menor al de la compra de locomotoras (S/. 5,8 millones). La contradicción existente, por lo tanto no hace comparables los indicadores de rentabilidad respectivos, y por lo tanto uno respecto del otro....”*

<sup>3</sup> Ver el informe “Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas” de Mayo del 200.

En opinión de APOYO Consultoría, la conclusión a la que llega la Gerencia de Estudios Económicos y luego la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia parte de un inadecuado entendimiento del modelo planteado.

De acuerdo con los Informes N° 055-2004/GEE y N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI, una de las principales barreras a la entrada al mercado de transporte de pasajeros y carga en el Ferrocarril Sur Oriente era la cuantiosa inversión inicial que se requería para adquirir material tractivo y rodante. En este contexto, para ilustrar por qué este argumento de la ST-CLC y de la GEE no era adecuado, APOYO Consultoría, con información proporcionada por FETRANS, desarrolló el modelo de ingreso al mercado considerando una opción de baja inversión como es la adquisición de autovagones. Como se demostró en el Plan de Negocios presentado, el ingreso de un operador al mercado con una inversión relativamente baja (US\$ 1 millón) para la adquisición de autovagones es factible y rentable.

Por lo tanto, no es el objetivo de esta forma de ingreso compararla con las opciones de compra o alquiler de material tractivo y rodante (1 locomotora, 4 coches y 2 autovagones), sino demostrar que, incluso si el inversionista cuenta con restricciones de capital, su ingreso es factible.

Cabe mencionar que en caso que el inversionista no presente restricciones de capital, resulta lógico pensar que éste invertirá el máximo de su capital disponible en la adquisición de material tractivo y rodante o en la adquisición de autovagones, con lo cual la inconsistencia a la que hace referencia INDECOPI (diferente inversión inicial) dejaría de existir y las opciones serían comparables.

### **3.3 Existe material tractivo y rodante para un ancho de trocha de 914 mm en el Perú:**

El aprovisionamiento de material tractivo y rodante material tractivo mediante el alquiler del material que le ha sido entregado en concesión a otros ferrocarriles en el Perú también debería considerarse dentro del mercado relevante. Ello, en



tanto este material puede ser adaptado y usado en el Ferrocarril Sur Oriente.

Usar este material implica además bajos costos de traslado por el material.

Al respecto, consideramos importante destacar el caso del Tren Macho<sup>4</sup>, cuyo ancho de trocha también es de 9144mm y cuenta con 3 locomotoras, 20 coches de pasajeros, 69 de carga y un autovagón<sup>5</sup>. Asimismo, el Ferrocarril Central cuenta al menos por concesión con 20 locomotoras, 816 vagones, 18 coches de pasajeros y 2 de equipaje<sup>6</sup>.

### **3.4 No es cierto que PERURAIL tenga la posibilidad de reducir estratégicamente sus precios ante la posible entrada de un nuevo competidor**

INDECOPI afirma que PERURAIL podría estratégicamente disminuir los precios de los servicios de transporte de pasajeros hasta alcanzar un nivel próximo a los costos marginales, con lo que se forzaría al operador entrante a bajar también sus precios. En este contexto, en tanto PERURAIL está vinculado con FETRANS, podría reducir sus costos (costo de alquiler del material) fácilmente, soportando una caída de más del 20% de sus tarifas, mientras el que el operador que ingresó adquiriendo material sólo podría resistir una caída en precios del 6.82%.

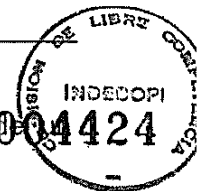
De esta forma, la posibilidad de que PERURAIL pueda adoptar una estrategia de reducción de precios sin perjudicarse, para evitar la entrada al mercado de un nuevo competidor, implica, en opinión de INDECOPI, que la opción de ingreso al mercado adquiriendo material tractivo y rodante no sea económicamente válida y, por lo tanto, se excluye esta posibilidad del mercado relevante y se concluye que FETRANS tiene posición de dominio.

En opinión de APOYO Consultoría, la conclusión de INDECOPI es incorrecta pues en este análisis no se ha considerado la regulación del sector; las características del negocio que opera PERURAIL y tampoco la demanda que enfrenta este operador. Todos estos elementos previenen que PERURAIL

<sup>4</sup> Tren que une las ciudades de Huancayo con Huancavelica.

<sup>5</sup> Información disponible en <http://www.agenciaperu.com/investigacion/2005/ago/trenmacho.htm>

<sup>6</sup> Fuente: Cepri Data Room – Contrato de Concesión, Datos a Junio de 1998.



podría reducir estratégicamente sus tarifas ante la posible entrada de un competidor:

*a. La Regulación:*

La ST-CLC afirma que en tanto PERURAIL y FETRANS son empresas vinculadas, éstas pueden fácilmente reducir las respectivas tarifas de forma estratégica en su contrato de alquiler de material tractivo y rodante, ante la amenaza de entrada de un nuevo competidor.

Esta afirmación no es cierta, pues la ST-CLC no considera que este nuevo contrato de alquiler podría ser observado por OSITRAN. Al respecto, es posible suponer que el regulador no aceptará una disminución en las tarifas de alquiler del material tractivo y rodante sin antes realizar un análisis profundo de las razones de este cambio. Ello en tanto, esta disminución de tarifas implicaría un menor ingreso para el Estado, el cual recibe un porcentaje de los ingresos por el alquiler del material, y además, porque este cambio en tarifas podría efectivamente responder a una estrategia comercial de la empresa que perjudique a los usuarios o a sus competidores.

Cabe mencionar, además, que en ocasiones anteriores OSITRAN ya ha observado contratos firmados entre PERURAIL y FETRANS. Específicamente se opuso a que el contrato de alquiler del material tractivo y rodante fuera por diez años pues consideraba que este período era demasiado extenso.

Por lo tanto, INDECOPI al afirmar que FETRANS y PERURAIL pueden variar a su conveniencia las tarifas de alquiler del material tractivo y rodante, está asumiendo que OSITRAN no será capaz de cumplir con su función reguladora y fiscalizadora de este mercado, lo cual, en opinión de APOYO Consultoría, resulta al menos cuestionable.

*b. Las características del negocio que opera PERURAIL:*

Cuando INDECOPI asume que PERURAIL podrá reducir estratégicamente sus precios no ha considerado la estructura del negocio que opera

PERURAIL, caracterizado por la presencia de un subsidio cruzado que forma parte del diseño de la concesión. Al respecto, esta empresa brinda dos servicios de transporte de pasajeros claramente diferenciados, transporte de turistas (Servicios Vistadome y Backpacker) y transporte de pobladores (Servicio Social), donde el servicio social se encuentra subsidiado por el Vistadome y el Backpacker.

En este contexto, resulta poco probable que PERURAIL opte por disminuir la tarifa social, pues ésta se encuentra ya por debajo de sus costos (subsidiada)<sup>7</sup>. De esta forma, si PERURAIL desea reducir estratégicamente sus precios, la única opción que le quedaría sería reducir las tarifas de los servicios brindados a los turistas. Sin embargo, esta última opción puede no ser financieramente viable, en tanto los precios pagados por los turistas deben subsidiar el servicio social.

De esta forma, en tanto para reducir la tarifa promedio total, las tarifas de los servicios brindados a turistas tendrían que reducirse en forma más que proporcional, no es cierto que PERURAIL pueda fácilmente disminuir o manipular estas tarifas sin poner en riesgo la estabilidad financiera de la empresa.

### **3.5 La negativa de FETRANS se encuentra justificada por razones comerciales, tal como ha sido sustentado en documentos anteriores**

Finalmente, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia ha señalado que la única justificación que FETRANS ha expuesto para negarse a alquilar el material tractivo y rodante que le fue concesionado a una tercera empresa es que sostiene un contrato con PERURAIL.

Esta afirmación tampoco es correcta, pues, independientemente a la discusión legal relacionada con este contrato, en documentos anteriores, APOYO Consultoría ha demostrado que si bien FETRANS alquiló el íntegro del material tractivo y rodante que le fue concesionado a su empresa vinculada PERURAIL, el incremento de la demanda de transporte de pasajeros de la ruta Cusco

<sup>7</sup> Además, resulta poco probable que un nuevo operador esté interesado en brindar voluntariamente este servicio, pues significa un costo para la empresa. Por lo tanto no es razonable suponer que PERURAIL debería disminuir estas tarifas.

Machu Picchu ha llevado a que el material originalmente concesionado resulte insuficiente. Por esta razón, PERURAIL actualmente no sólo viene utilizando la totalidad del material concesionado para la ruta del Ferrocarril Sur Oriente, sino que además se ha visto en la necesidad de adaptar material tractivo y rodante del Ferrocarril del Sur e incluso, adquirir (y adaptar) equipo importado<sup>8</sup>. Siendo que no existe material tractivo y rodante disponible, concluimos que FETRANS no se ha negado injustificadamente a prestar en alquiler material tractivo y rodante, toda vez que dicha empresa (a través de su vinculada PERURAIL) viene utilizando a plena capacidad los equipos disponibles.

---

<sup>8</sup> Cabe mencionar que el material concesionado y que fue devuelto no se ha considerado en este cálculo.

#### 4. Conclusiones:

Las conclusiones a las que llega la ST-CLC respecto a la existencia de un abuso de posición de dominio en el mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente se sustentan en un inadecuado análisis económico del caso que no toma en cuenta la posibilidad que tiene un entrante potencial al mercado de transporte ferroviario en la ruta Sur-Oriente de adquirir material tractivo y rodante.

En opinión de APOYO Consultoría, la CLC en su análisis incurre en los siguientes errores:

En primer lugar, la ST-CLC excluye la posibilidad que tiene un entrante potencial de adquirir el material tractivo y rodante y restringe la definición del producto relevante únicamente al alquiler de material tractivo y rodante. Para ello, la ST-CLC compara la rentabilidad de ingresar al mercado alquilando material tractivo y rodante con la opción de entrar al mercado adquiriendo este material un mercado secundario. Al respecto, la comparación de estas opciones presenta los siguientes errores:

- Sobre-estima la rentabilidad de la opción de ingresar a operar alquilando el material que le fue concesionado a FETRANS, pues no considera las inversiones que PERURAIL ha debido realizar para tener este material operativo y poder cumplir con los requisitos técnicos contemplados en el contrato de concesión y tampoco considera el pago que FETRANS vienen haciendo al Estado para que su vinculada PERURAIL pueda operar el material tractivo y rodante.
- No evalúa adecuadamente la factibilidad económica de la alternativa de entrada con compra de autovagones, opción que requiere una inversión mucho menor y por lo tanto implica un menor riesgo para el inversionista.
- No evalúa adecuadamente las posibilidades de PERURAIL para disminuir estratégicamente sus precios ante la posible entrada. Como ha sido discutido en este documento, debido a la regulación de este sector y las características de la operación de PERURAIL, ello no es posible.

En segundo lugar, la ST-CLC limita el ámbito geográfico del mercado relevante sólo a la región del Cusco, desconociendo la existencia de material tractivo y rodante para un ancho de trocha angosto en otros países del mundo e incluso en otros ferrocarriles dentro de Perú

000428

Finalmente, aún ajustándonos a la hipótesis de que el mercado relevante estuviera constituido solamente por el alquiler del material tractivo y rodante hoy existente en el Cusco, ni FETRANS ni PERURAIL tienen material tractivo y rodante disponible para ser alquilado a terceros, toda vez que el material existente viene siendo utilizado a plena capacidad. Incluso, la empresa ha debido de adquirir (y adaptar) material para poder abastecer la creciente demanda. En este contexto, resulta claro que la supuesta negativa no tiene la intención anticompetitiva de impedir la entrada de un competidor y se justifica por razones de índole comercial, al no existir material disponible para el alquiler.



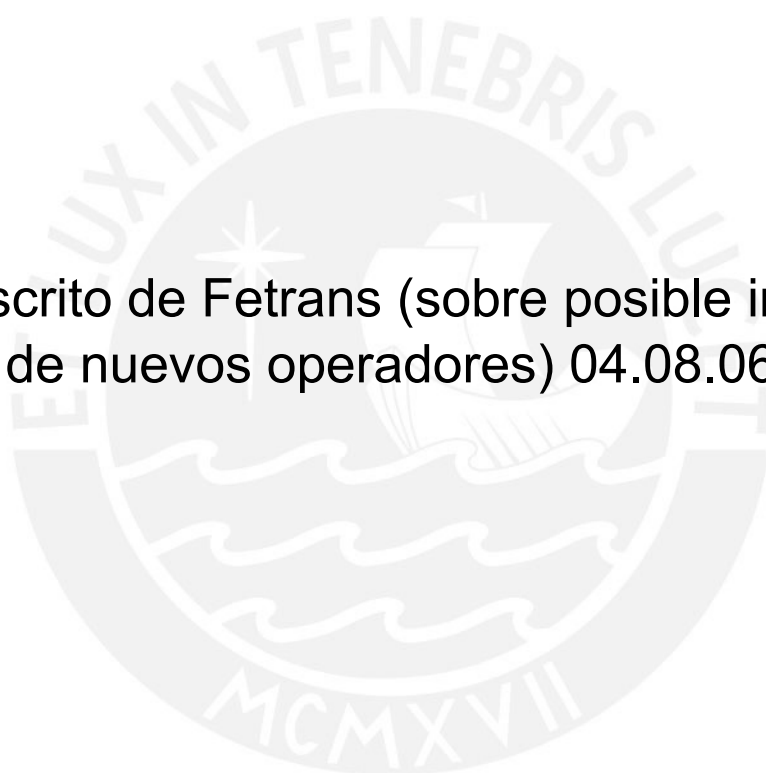
## RESUMEN NO CONFIDENCIAL

En el cuadro No 1 del Informe se presenta el Estado de Ganancias y Pérdidas del servicio de Transporte de pasajeros en el FSO. Por su parte, en el cuadro No. 2 se consigna el flujo de caja. En el siguiente cuadro, se indica la valoración de la concesión del Ferrocarril Sur y Sur Oriente.

En el cuadro No. 4, se señala el valor otorgado por FETRANS y PERURAIL al material tractivo concesionado. En el cuadro No. 5 se estima el precio del alquiler de material tractivo que cobraría FETRANS a una empresa distinta a PERURAIL. Por último, en los cuadros No. 6 y 7 se menciona el precio del alquiler pagado por PERURAIL a FETRANS y las inversiones realizadas por PERURAIL en el período 2000-2004.

Y.

25. Escrito de Fetrans (sobre posible ingreso de nuevos operadores) 04.08.06





ESTUDIO LUIS ECHECOPAR GARCÍA  
ABOGADOS  
INDECOPI  
Comisión de Libre Competencia  
544  
04 AGO 2006  
**RECIBIDO**

2006 AGO 3 PM 4 20

COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA  
INDECOPI  
00435

Expediente N° 010-2004/CLC  
(Acumulado al Expediente No.  
012-2004/CLC)  
Adjunta carta

CLC

RECIBIDO  
UNIDAD DE TRÁMITE  
DOCUMENTARIO

A LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI:

83063

**FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (en adelante, "FETRANS")**, en el procedimiento iniciado por FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU (en adelante, "FERSIMSAC") por supuesto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, con la finalidad de aportar mayores elementos para ser considerados al momento de resolver, adjuntamos al presente escrito la Carta No. 118-GL-2006/FETRANS y el Oficio No. 114-2005-PD-OSITRAN.

Teniendo en consideración que en el reciente Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC la Secretaría Técnica recomienda sancionar a FETRANS por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a contratar, basándose en la premisa que la conversión del material tractivo y rodante de trocha ancha a trocha angosta no es económicamente viable, resultan de suma importancia para desvirtuar lo dicho por la Secretaría, los documentos que adjuntamos al presente escrito.

Desde la perspectiva de la Secretaría Técnica, la mencionada conversión sería tan costosa que no es considerada un opción para un potencial operador que esté analizando ingresar al mercado. Por ello, la Secretaría Técnica erróneamente concluye que FETRANS ostenta posición de dominio en el mercado de transporte de pasajeros y cargas en el Ferrocarril Sur Oriente (en adelante, "FSO"), dado que define el servicio relevante como el alquiler de material tractivo y rodante, descartando la posibilidad de comprar material tractivo y rodante de trocha ancha y adoptarla a trocha angosta. En efecto, en el Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC la Secretaría consideró que "(...) *la única posibilidad para ingresar a competir en el mercado de transporte de pasajeros y*

carga en el FSO es mediante el alquiler del material tractivo y rodante que fue concesionado a Fetrans<sup>1</sup>.

Al respecto, cabe destacar que nosotros hemos sostenido a lo largo del presente procedimiento que el servicio relevante sí debe incluir la alternativa de la compra y conversión del material tractivo y rodante, en tanto resulta viable para un potencial operador. Asimismo, hemos presentado sendos informes elaborados por Apoyo Consultoría S.A. y el Área de Economía de la Regulación del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico que sustentan la misma conclusión: que sí es posible, viable y beneficioso para un operador, comprar el material tractivo y rodante para ingresar a operar el FSO, por lo que no es indispensable que alquile el material tractivo y rodante otorgado en concesión a FETRANS, y que se encuentra presentemente alquilado a PERURAIL S.A.

Ante ello, resulta necesario poner en conocimiento de la Comisión que recientemente tuvimos información que existe una empresa de capitales españoles y alemanes que se encuentra en conversaciones con el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, "MTC"), con la finalidad de solicitar el ingreso al FSO como operador, contando con material tractivo y rodante propio. Dicha noticia ha sido confirmada por el mismo MTC, siendo que en los próximos meses la empresa mencionada, de cumplir con los requisitos señalados en el Reglamento Marco de Acceso y con obtener la autorización del MTC, ingresaría al mercado de transporte de pasajeros y carga del FSO como operador ferroviario.

Debemos destacar que este interés mostrado por un potencial operador, interés confirmado por el MTC, muestra que la premisa de la que parte la Secretaría Técnica para determinar el servicio relevante, resulta poco sustentable. Ello, en tanto existe en la realidad un operador que se encuentra interesado en ingresar al FSO, con su propio material tractivo y rodante. Es decir, la opción de comprar dicho material sí es viable, por lo que el servicio relevante no debe restringirse sólo al alquiler del material tractivo y rodante, quedando claro

<sup>1</sup> Página 6 del Informe No. 013-2006-INDECOPI/ST-CLC.

entonces que FETRANS no ostenta posición de dominio en el mercado de transporte de pasajeros y carga del FSO.

**POR TANTO:**

**A LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA SOLICITAMOS:** Que, se declare infundada la denuncia interpuesta contra FETRANS.

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos al presente, los siguientes documentos:

- 1. Copia de la Carta No. 118-GL-2006/FETRANS, de fecha 26 de julio de 2006. (Anexo 1-A)
- 2. Copia del Oficio No. 114-2006-PD/OSITRAN, de fecha 01 de agosto de 2006. (Anexo 1-B)

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copia del presente escrito y sus recaudos.

Lima, 03 de agosto de 2006

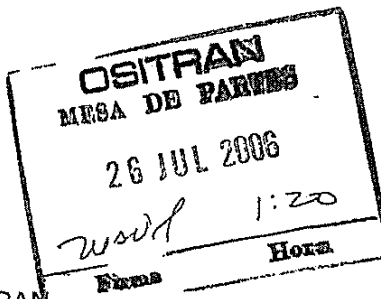
MTG-PSP/JHR

*Maria del Carmen Toval Gil*  
 MARIA DEL CARMEN TOVAL GIL  
 ABOGADA  
 Reg. CAL. N°. 11138

Carta N° 118-GL-2006/FETRANS

Lima, 26 de julio de 2006.

Señor  
**Alejandro Chang Chiang**  
Presidente del Consejo Directivo – OSITRAN  
Presente.-



Atención:

*Sra. Teresa  
Tovar*

*2 pagu*

004438

Ref. Nuevo Operador

**TSA**



De nuestra consideración:

Por medio de la presente tenemos el agrado de dirigirnos a usted a fin de saludarlo y a la vez solicitar vuestra confirmación sobre el tema de la referencia.

Hace unos días hemos conversado con el Sr. Carlos Canales, Gerente General de una empresa de capitales españoles y alemanes cuya actividad principal es la operación de ferrocarriles.

Dicho representante nos informó que entre los meses de septiembre y octubre estarán solicitando ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones la emisión del Permiso de Operaciones que les permita prestar servicios de transporte ferroviario en el Ferrocarril del Sur Oriente, para lo cual manifestaron que cuentan con material tractivo y rodante propio.

Asimismo, nos informaron que ya habían sostenido reuniones tanto con OSITRAN como con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de manifestar su intención de ingresar a operar en nuestro país.

Conforme a ello, y en nuestra calidad de concesionarios de los ferrocarriles del Sur y Sur Oriente, solicitamos a través de la presente nos confirmen la veracidad de dicha información referida al próximo ingreso de este operador ferroviario en el ferrocarril del Sur Oriente, a que manifiestan contar con material tractivo y rodante propio, y a cualquier otra información que consideren relevante y que en nuestra condición de concesionarios de los ferrocarriles del Sur y Sur Oriente debamos conocer.

Sin otro en particular, quedamos de ustedes.

**p. FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.**  
Rómulo Guidino Loredó  
Gerente General



Oficio N° 114-2006-PD-OSITRAN

*Sos. R. Guidino*

*ESP  
Go*

004439

Lima, 01 agosto de 2006

Señor  
**Rómulo Guidino Loredo**  
Gerente General  
Fetrans  
Presente.-

**FERROGARRIL  
TRANSANDINO S. A.**

02 AGO 2006

15:05

Asunto: Nuevo Operador

Ref.: Su carta N° 118-GL-2006/FETRANS

De mi consideración:

Me es grato dirigirle el presente en relación a su carta de la referencia mediante el cual solicitan la información sobre una reunión sostenida entre mi representada y el señor Carlos Canales.

Al respecto, se le confirma que efectivamente se ha tenido dicha reunión y el señor Canales informó de su interés para ser operador de ferrocarril en el tramo de Cusco Machupicchu y solicitó información respecto a las condiciones de acceso a la vía.

En dicha reunión se le indicó que de acuerdo al Contrato de Concesión se permite el ingreso de un nuevo operador. Para ello se aplica el Reglamento Marco de Acceso y el requisito para contar con el acceso es la de contar con la autorización del Ministerio de Transportes y Comunicaciones como operador ferroviario.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

**ALEJANDRO CHANG CHIANG**  
Presidente

Reg. 7105

Av. República de Panamá N° 3659 - 3663  
Urb. El Palomar - San Isidro  
Tel.: (511) 440-5115  
Fax: (511) 421-4739



**Gobierno  
del Perú**

26. Resolución No. 064-2006-INDECOPI CLC



# Resolución

N° 064-2006-INDECOPI/CLC

Lima, 4 de setiembre de 2006

**VISTOS:**

Los Informes números 023-2005-INDECOPI/ST-CLC y 013-2006-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005 y 23 de mayo de 2006, respectivamente, expedidos por la Secretaría Técnica de esta Comisión; las observaciones a los informes antes señalados, remitidos por las empresas Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A. y Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C.; las audiencias públicas de informe oral del 8 de febrero y 17 de julio de 2006; en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio y por denuncia de parte en contra de Ferrocarril Trasandino S.A. por un presunto abuso de posición de dominio; y,

**CONSIDERANDO:****I. ANTECEDENTES****1.1. Expediente N° 012-2004/CLC**

1. Mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN, del 1 de agosto de 2003, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en lo sucesivo, el Ositran) remitió al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi) copia de los Informes números 074-03-GS-O3-OSITRAN, 177-03-GS-C3-OSITRAN y 019-03-GAL-OSITRAN, y solicitó opinión respecto de una posible infracción a las normas de libre competencia en la que habría incurrido Ferrocarril Transandino S.A. (en lo sucesivo, Fetrans), empresa concesionaria del Ferrocarril Sur - Oriente (en lo sucesivo, el FSO).
2. Mediante Informe N° 055-2004/GEE, del 18 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en lo sucesivo, la GEE) concluyó y recomendó lo siguiente:
  - (i) En el tramo del FSO la competencia intermodal es bastante limitada<sup>1</sup>.
  - (ii) Existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el FSO; sin embargo, en la práctica se observa que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos cuatro (4) años.

<sup>1</sup> La competencia intermodal se da cuando existen medios alternos para realizar el servicio de transporte; por ejemplo, existe competencia intermodal entre el transporte férreo, por carreteras, aéreo y acuático.

*Tercero:* Notificar la presente resolución y las versiones públicas de los Informes números 035-2004-INDECOPI/CLC y 055-2004/GEE a las empresas Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A. y Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C., al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transportes de Uso Público – OSITRAN y a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

*Cuarto:* Encargar a la Secretaría Técnica efectuar las acciones necesarias para que la presente resolución y las versiones públicas de los Informes números 035-2004-INDECOPI/CLC y 055-2004/GEE se publiquen en la página web del Indecopi por el periodo de dos semanas.

## 1.2. Expediente N° 010-2004/CLC

5. Mediante escrito del 27 de agosto de 2004, Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (en lo sucesivo, Fersimsac) denunció a Fetrans por abuso de posición de dominio, y por haberle causado un serio perjuicio económico al haberse negado reiteradas veces a atender su solicitud de alquiler de material tractivo y rodante entregado por el Estado como parte de los bienes de la concesión del FSO.
6. Mediante Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC, del 17 de noviembre de 2004, esta Comisión resolvió admitir a trámite la denuncia de Fersimsac y acumular los Expedientes números 010 y 012-2004/CLC, en los siguientes términos:

*Primero:* Admitir a trámite la denuncia presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. contra la empresa Ferrocarril Transandino S.A., de acuerdo a los siguientes términos:

- (i) Por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante adjudicado a dicha empresa en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para su operación en la línea férrea del Ferrocarril Sur – Oriente.
- (ii) Que tales hechos configuran supuestos de infracción contemplados en los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, relativos a la negativa injustificada de satisfacer demandas de adquisición de productos o servicios y al trato discriminatorio en la prestación de servicios equivalentes.
- (iii) Que tales supuestos de infracción son susceptibles de ser sancionados conforme a lo previsto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

*Segundo:* Acumular el presente procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 010-2004/CLC al procedimiento administrativo iniciado de oficio contra Ferrocarril Transandino S.A., tramitado bajo el Expediente N° 012-2004/CLC.

7. El 13 de junio de 2005, la Secretaría Técnica expidió el Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC (en lo sucesivo, el Informe I), en el cual recomendó a esta Comisión declarar fundada la denuncia en contra de Fetrans e imponerle una multa por haber realizado un abuso de posición de dominio al negarse a arrendar a Fersimsac el material tractivo y rodante que recibió del Estado peruano, en los siguientes términos:



- (i) *Ferrocarril Transandino S.A. ostentó posición de dominio en el año 2003 en el mercado de servicios de arrendamiento o alquiler del material tractivo y rodante concesionado a costo cero a su favor por parte del Estado peruano para que otras empresas (incluyendo a su empresa vinculada) operen en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril del Sur – Oriente. Dicha posición de dominio la ostentó con anterioridad a dicho año y aún la mantiene.*
- (ii) *Ferrocarril Transandino S.A. abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato (o trato discriminatorio) de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, al negarse a arrendar a Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador) el material tractivo y rodante que recibió a costo cero del Estado peruano, utilizando como pretexto que dicho material ya se encontraba arrendado a Perurail S.A., empresa con la cual conforma un grupo económico; lo que constituye una infracción leve a las normas de defensa de la libre competencia conforme lo prescribe el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.*
- (iii) *Por lo tanto, se recomienda a la Comisión de Libre Competencia declarar fundada la denuncia incoada de oficio y presentada de parte por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y, en consecuencia, imponer a Ferrocarril Transandino S.A. por cometer una infracción leve una sanción equivalente a doscientas y tres coma nueve Unidades Impositivas Tributarias (203,9 UIT), de acuerdo a los considerandos señalados en el acápite IV del presente informe.*

(...)

8. Con posterioridad a la expedición del Informe I se realizaron, entre otras, las siguientes actuaciones:

- (i) Las partes enviaron diversas observaciones con relación a la definición del mercado relevante (el servicio y el mercado geográfico relevante), las actuaciones de Fetrans y lo sostenido por la Secretaría Técnica.
- (ii) La Secretaría Técnica realizó acciones conducentes a esclarecer los hechos materia de investigación, para lo cual llevó a cabo una visita de inspección a las instalaciones de Fetrans, en la ciudad de Cusco; solicitó información complementaria a la GEE<sup>3</sup>, el Ositran y el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en lo sucesivo, el MTC); entre otros.
- (iii) Finalmente, y entre otras actuaciones, la Comisión resolvió incorporar a Perurail S.A. (en lo sucesivo, Perurail) como tercero con legítimo interés<sup>4</sup>, y realizar una audiencia de informe oral<sup>5</sup>.



<sup>3</sup> Por lo cual la GEE emitió el Informe N° 011-2006/GEE, del 14 de marzo de 2006, complementario al Informe N° 055-2004/GEE.

<sup>4</sup> Mediante escrito del 12 de julio de 2005, Perurail solicitó a esta Comisión que se incorpore como parte en el procedimiento tramitado bajo Expedientes N° 010 y 012-2004/CLC (acumulados). Mediante Resolución N° 065-2005-INDECOPI/CLC, del 7 de noviembre de 2005, la Comisión dispuso incorporar a Perurail como tercero con legítimo interés al presente procedimiento.

<sup>5</sup> El 8 de febrero de 2006.

9. El 23 de mayo de 2006, la Secretaría Técnica expidió el Informe N° 011-2006-INDECOPI/ST-CLC (en adelante, el Informe II), complementario al Informe I, el cual arribó a las siguientes conclusiones:

- (i) *Ferrocarril Transandino S.A. ostentó posición de dominio en el año 2003 en el mercado de servicio de arrendamiento o alquiler del material tractivo y rodante con capacidad de operar en el Ferrocarril Sur –Oriente, para que otras empresas (incluyendo a su empresa vinculada) operen en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el mencionado ferrocarril. Dicha posición de dominio la ostentó con anterioridad a dicho año y aún la mantiene.*
- (ii) *Ferrocarril Transandino S.A. abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo N° 701, específicamente consignado en el literal a) del último artículo citado del referido cuerpo legal, al negarse a arrendar el material tractivo y rodante que recibió del Estado peruano, utilizando como pretexto 'que dicho material ya se encontraba arrendado a Perurail S.A., empresa con la cual conforma un grupo económico; lo que constituye una infracción leve a las normas de defensa de la libre competencia conforme lo prescribe el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701.*

*Por lo tanto, esta Secretaría Técnica recomienda a la Comisión de Libre Competencia declarar fundada la denuncia incoada de oficio y presentada por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. y, en consecuencia, imponer a Ferrocarril Transandino S.A., por cometer una infracción leve una sanción equivalente a ciento sesenta y ocho con treinta y cinco Unidades Impositivas Tributarias (168,35 UIT), de acuerdo a los considerandos señalados en el acápite IV del presente informe.*

10. Posteriormente, Fetrans formuló sus observaciones al Informe II, señalando:

- (i) El informe de la GEE acepta que es económicamente viable el aprovisionamiento del material tractivo y rodante a través de la adquisición, sin llegar a establecer una reducción en el precio del servicio de transporte por parte de Perurail ante el ingreso de un competidor. Lo contrario contravendría la presunción de licitud prevista en la LPAG.
- (ii) Una presunta reducción en el precio del servicio de transporte por parte de Perurail no se condice con la existencia de inelasticidad en la demanda.
- (iii) Las inversiones y desembolsos realizados por Fetrans a favor del Estado contradicen la teoría de costo cero para la adjudicación. El grupo económico que incluye a Fetrans y Perurail también asume el costo de mantenimiento y reparación del referido material.
- (iv) El Contrato de Concesión previó pagos mensuales luego de la concesión y no un pago inicial, por lo tanto, no se puede considerar como un costo cero la adjudicación.
- (v) Debería incluirse dentro del costo de la adjudicación al servicio prestado por Perurail denominado "tren social", pues no es rentable y no existe ninguna obligación para su prestación.
- (vi) El uso de autovagones constituye una alternativa viable de ingreso al mercado.

 B°  
-CLC

- (vii) Fetrans ha puesto a disposición del Estado diverso material tractivo y rodante que podría ser reacondicionado y utilizado para prestar servicio de transporte en el FSO.
- (viii) Perurail ha considerado más conveniente adquirir su propio material a invertir en el material concesionado, parte del cual fue devuelto al Estado, sin ser cierto que lo devuelto carezca de utilidad económica o viabilidad técnica.
- (ix) El mercado relevante debe incluir la compra de material y rodante (incluyendo autovagones), nuevo o usado, en el mercado local o internacional; la posibilidad de conversión de material a trocha agosta; y, el material devuelto al Estado.
- (x) La justificación de la supuesta negativa por parte de Fetrans no está limitada al contrato de alquiler suscrito entre Fetrans y Perurail, sino además, a la utilización de todo el material por parte de Perurail.
- (xi) Si Perurail fuera obligado a compartir el material tractivo y rodante, carecerá de incentivos para invertir en mejoras o en la adquisición de nuevo material.
- (xii) Fersimsac sólo se encontró en condiciones de prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO en junio de 2003, por un periodo sólo de seis días.
- (xiii) No se ha determinado el supuesto beneficio extraordinario de Fetrans sino se ha calculado un hipotético ingreso, debería considerarse también los egresos en los que incurre el grupo económico.

11. Asimismo, Perurail presentó sus observaciones al Informe II, señalando que:

- (i) El Contrato de Concesión estableció de forma expresa el derecho del concesionario de explotar el Material, contemplando la obligación de crear una *sociedad espejo*, a efectos de prestar el servicio de transporte, lo que determinó la constitución de Perurail.
- (ii) La suscripción del contrato de alquiler sobre el Material entre Fetrans y Perurail se realizó en ejercicio de un legítimo derecho y como resultado de una imposición derivada del Contrato de Concesión.
- (iii) La negativa de Fetrans se encuentra plenamente justificada pues debía respetar el contrato de alquiler con Perurail, por el cual se otorgó a esta última el íntegro del Material disponible.
- (iv) El modelo de concesión, al permitir la operación verticalmente vinculada, privilegió la recuperación de la infraestructura ferroviaria, y la mejora en la calidad y seguridad del servicio de transporte, al estímulo de la competencia, sin establecer en forma directa o indirecta la obligación de brindar acceso al Material concesionado.
- (v) El Contrato de Concesión posee naturaleza de contrato ley. Por lo tanto, no puede ser modificado o alterado por ningún órgano del Estado.

B  
/C

(vi) Existen fuentes alternativas de aprovisionamiento de material tractivo y rodante, las cuales han sido utilizadas por Perurail, corroborando su viabilidad.

(vii) No se puede establecer que Fetrans posee posición de dominio en base al supuesto que Perurail adoptará una estrategia anticompetitiva de reducción de precios.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

12. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, a partir del análisis conjunto de los medios probatorios recabados durante la etapa de instrucción, del razonamiento esbozado por la Secretaría Técnica y de los alegatos formulados por las partes, es posible determinar la existencia de un abuso de posición de dominio en los términos previstos en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, por parte de Fetrans al haberse negado injustificadamente o al haber realizado un trato discriminatorio en el alquiler del material tractivo y rodante en el FSO, otorgado por el Estado peruano en virtud del Contrato de Concesión, según lo establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

## III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN.

13. Del análisis conjunto de los medios probatorios que obran en el Expediente, mediante Informes I y II, la Secretaría Técnica concluyó, entre otros puntos, lo siguiente:

- Fetrans ostentó posición de dominio en el año 2003 en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO<sup>6</sup>;
- Fetrans abusó de dicha posición al haberse negado injustificadamente a arrendar a Fersimsac (o a cualquier otro potencial operador) el material tractivo y rodante que recibió del Estado peruano,
- Recomendar a esta Comisión declarar fundada la denuncia e imponer una multa.<sup>7</sup>

14. Posteriormente a la emisión de los Informes, las partes han aportado distintos medios probatorios al Expediente, los que contendrían información adicional que coadyuvaría, a su entender, a una mejor comprensión de la práctica denunciada.

Dichos medios probatorios estarían principalmente orientados a acreditar lo siguiente:

- El costo por la adjudicación de la concesión para el grupo económico Fetrans – Perurail sería distinto de cero;
- Fetrans no ostentaría posición de dominio, pues el mercado relevante sería más amplio que el definido, debiendo incluir la compra como alternativa de aprovisionamiento, de proveedores locales y del exterior;
- Se contraviene el principio de licitud al establecer que el grupo económico Fetrans – Perurail podría realizar una estrategia anticompetitiva de reducción de precios (inelasticidad de demanda);

<sup>6</sup> Para mayor precisión ver numerales 7 y 9 de la presente resolución.

<sup>7</sup> El Informe I también sugiere medidas para garantizar el acceso real que debería tener cualquier potencial operador al material tractivo y rodante concesionado a Fetrans por el Estado peruano. Dichas medidas sugieren distintos escenarios en los cuales un potencial operador podría tener acceso real al referido material.

- La negativa se encuentra justificada no sólo por la existencia de un contrato de alquiler entre Fetrans y Perurail, sino además porque Perurail haría uso de todo el material arrendado;
- Se ha sobrestimado el periodo en el cual Fersimsac podría haber prestado servicio;
  - No se ha determinado el presunto beneficio extraordinario de Fetrans sino un hipotético ingreso;
  - El modelo regulatorio privilegió la mejora en la calidad del servicio al impulso de la competencia; y,
  - El Contrato de Concesión, al tener naturaleza de contrato ley, no puede ser modificado por ningún órgano del Estado.

15. Debe indicarse que de la revisión del expediente, esta Comisión considera que los hechos denunciados constituyen una negativa de trato y no una discriminación, tal como en su momento fue señalado por la Secretaría Técnica, motivo por el cual se procederá a analizar si dicha negativa se encuentra o no justificada.

### 3.1. La posición de dominio

16. En los informes de la Secretaría Técnica se concluyó que el servicio relevante estaría definido por el alquiler del Material, con capacidad de operar en el FSO, descartando de ese modo como posibilidad real de aprovisionamiento la compra de dicho material, tanto de trocha angosta (914 mm), como de trocha ancha o estándar para su adaptación a trocha angosta (esto último por cuanto ello implicaría un desembolso adicional por parte del potencial entrante).

17. Dicha definición se basó fundamentalmente en que: (i) la compra del material tractivo y rodante significaría una desventaja para el operador entrante frente a la opción del alquiler, esta última menos costosa<sup>8</sup>; y, (ii) el grupo económico del cual Fetrans y Perurail forman parte<sup>9</sup> recibió los bienes de la concesión (entre los que se incluye el material tractivo y rodante) sin realizar ningún desembolso inicial, lo que le otorgaría ventaja respecto de cualquier potencial operador.

18. Los Informes no se centran en que no existan proveedores, o que no sea posible la conversión técnica de material tractivo y rodante para operar en el FSO, sino en que no es viable económicamente optar por dichas alternativas. En efecto, de la revisión del expediente se desprende que sí resulta viable técnicamente comprar o reconvertir material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros. Es por ello que los Informes de la GEE y de la Secretaría Técnica no se centran en determinar la viabilidad de dichos aspectos, sino en que cualquiera de esas posibilidades no resulta viable económicamente.

19. Con relación al mercado geográfico, los Informes señalaron que éste se encontraría delimitado al territorio del gobierno regional del Cusco<sup>10</sup>, toda vez que no existirían alternativas económicamente viables de aprovisionamiento distintas al material otorgado a Fetrans, motivo por el cual el mercado relevante quedaría restringido al material tractivo y rodante que opera en el FSO, el cual se encuentra en poder de Fetrans.


<sup>8</sup> Para mayor información véase los numerales 209 al 221 del Informe I.

<sup>9</sup> Para mayor información véase el acápite 3.3.1. del Informe I.

<sup>10</sup> Para mayor información véase los numerales 237 y siguientes del Informe I.

20. Asimismo, los Informes indicaron que, en virtud del Contrato de Concesión, Fetrans sería la única empresa que interviene en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante ubicado en la región del Cusco con capacidad de operar en el FSO. Este hecho, sumado a la presencia de altas barreras a la entrada, permitió inferir válidamente que esta empresa goza de posición de dominio en el mercado relevante; es decir, que posee la capacidad de establecer condiciones comerciales sin preocuparse porque su demanda se vea afectada.
21. Por su parte, Fetrans ha presentado múltiples observaciones a lo señalado en los Informes, basando sus argumentos en la posibilidad técnica y económica de aprovisionarse de material tractivo y rodante de proveedores capaces de ofrecer opciones de material, nuevo o usado, con capacidad de operar en el FSO.
22. Asimismo, ha señalado que existe la posibilidad técnica y económica de convertir material tractivo y rodante de distinto ancho de trocha a uno con capacidad de operar en el FSO; por lo tanto, el mercado relevante no habría sido correctamente definido; en consecuencia, Fetrans no tendría posición de dominio. Para evidenciar sus argumentos ha remitido listados de potenciales proveedores de material tractivo y rodante, estudios de mercado, así como ha mostrado haber convertido material tractivo y rodante de trocha ancha a trocha angosta (914 mm.).
23. Cabe indicar que los informes de la Secretaría Técnica antes mencionados señalan que ni la compra ni la conversión del material resultarían económicamente viables para cualquier potencial operador dadas las condiciones en que se entregó el material tractivo y rodante al grupo económico que conforman Fetrans y Perurail y las posibles estrategias que podría llevar a cabo este grupo económico ante la entrada de un nuevo competidor<sup>11</sup>.
24. Sobre dicha afirmación, Fetrans ha presentado diversos estudios en los cuales intenta demostrar que sí resultarían económicamente viables las alternativas por ella señaladas. Al respecto, la GEE ha señalado que el análisis presentado por Fetrans presenta una importante omisión al no considerar la opción de alquiler como fuente de aprovisionamiento, siendo esta opción de alquiler más rentable que la opción de compra.
25. En conclusión, para esta Comisión no está en discusión la posibilidad de compra de material tractivo o rodante, o su conversión, sino que el grupo económico que incluye a Fetrans y Perurail goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante de propiedad del Estado peruano que opera en el FSO.
26. Asimismo, esta Comisión considera que los contratos de alquiler del material tractivo y rodante entre Fetrans y Perurail (empresas pertenecientes al mismo grupo económico), sin que medie un procedimiento competitivo al respecto, restringen fuertemente la competencia en el mercado de servicios de transporte de carga y pasajeros en el FSO.

Bo  
CLC



### 3.2. El presunto abuso de la posición de dominio

<sup>11</sup> Como por ejemplo, bajar el precio del alquiler del material tractivo y rodante a su empresa vinculada Perurail.



27. Habiéndose determinado que Fetrans goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante de propiedad del Estado peruano que opera en el FSO corresponde analizar a continuación si la conducta investigada constituyó un abuso de posición de dominio en el mercado relevante, en las modalidades de negativa injustificada de contratar o trato discriminatorio.

**(i) La negativa de alquiler**

28. La negativa de Fetrans de otorgar en alquiler a Fersimsac el material con capacidad para operar en el FSO se encuentra debidamente acreditada en el Informe I<sup>2</sup>, sin que Fetrans lo haya negado. Al respecto, en dicho informe se señaló que:

*"... Fersimsac formuló un pedido expreso a Fetrans con [sic] fin de que ésta le alquile el Material otorgado en concesión, solicitando incluso información sobre las condiciones comerciales en las que se venía alquilando el referido Material a Perurail. Asimismo, con relación a dicha solicitud, se aprecia también la negativa por parte de Fetrans a arrendar el Material, argumentando que éste se encontraba íntegramente en posesión de Perurail en virtud de un contrato de arrendamiento suscrito con Fetrans. Queda acreditada, en consecuencia, la existencia de una negativa de contratar.*

*La negativa esbozada por Fetrans no sólo afecta directamente a Fersimsac sino que podría constituir una negativa de arrendamiento contra cualquier otro operador potencial que pretenda ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, solicitando para ello en arrendamiento el Material otorgado en concesión a Fetrans"*

**(ii) Justificación de la negativa**

29. Fetrans se negó a alquilar el material a Fersimsac argumentando la existencia de un contrato privado previamente suscrito con Perurail (empresa con la que conforma un grupo económico), en virtud del cual esta empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario obtuvo en alquiler el íntegro del material tractivo y rodante para operar en el FSO; por lo tanto, para efectos del presente análisis, corresponde determinar si dicha negativa encuentra sustento en el ordenamiento jurídico vigente en el Perú.
30. Se debe mencionar que al momento en que se llevó a cabo el proceso de concesión de los ferrocarriles en el país, y del servicio de transporte ferroviario en el Cusco en específico, no existían las condiciones idóneas para la competencia, por lo que el diseño de la concesión de ferrocarriles tuvo como propósito, en primer lugar, el desarrollo de la infraestructura y la "creación" de un mercado de servicios de transporte para que, en un segundo momento, una vez superadas las deficiencias en la infraestructura y generadas las condiciones para que exista un mercado de servicios, se pudiesen dar las condiciones para una efectiva competencia. En términos esquemáticos podríamos distinguir entre la situación previa a la concesión (un operador estatal, infraestructura en pésimo estado y tarifas "moderadas") y la situación posterior (un operador privado, infraestructura en mejor estado y tarifas elevadas por ser el único operador, lo cual se podría ver solucionado con la existencia de competencia efectiva en este mercado).



<sup>12</sup> Para mayor información véase los numerales 266 y siguientes del Informe.

31. El contrato de concesión se preocupó tanto por la mejora de la infraestructura<sup>13</sup> cuanto por la exigencia de competencia en los servicios de transporte ferroviarios<sup>14</sup>, no siendo ambos objetivos excluyentes. La competencia ocurre al momento en que se presenta un candidato a operador con material propio o de la concesión, bajo cualquier modalidad.

32. Cabe señalar que inicialmente la versión preliminar del contrato de concesión, en su cláusula 6.3, estableció que el Concesionario puede prestar Servicios de Transporte Ferroviarios, con excepción del transporte de pasajeros y/o carga. Sin embargo, posteriormente, el Comité Especial de la Promoción de la Inversión Privada en ENAFER S.A., encargado del procedimiento de concesión de la administración del FSO, emitió la Circular N° 017, en la cual se estableció lo siguiente:

*Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto en la presente circular.*

1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.
2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. (...)

(...)

[el resaltado es nuestro]

33. Como puede apreciarse, la Circular N° 017, que complementa la versión preliminar del contrato de concesión, permitió que una empresa vinculada a Fetrans pudiese prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO, para lo cual era necesario que le alquilase a su empresa vinculada el material tractivo y rodante.

34. Es al amparo de lo señalado por dicha circular que Fetrans celebró un contrato privado con su empresa vinculada Perurail, arrendándole la totalidad del material tractivo y rodante. Además, y dado que existía un vacío respecto a la forma cómo debía alquilarse el referido material, ello permitió al grupo económico al cual pertenece Fetrans prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros de forma monopólica. El objeto de este contrato privado tuvo como efecto o consecuencia impedir que pudiese existir competencia en el transporte de carga y pasajeros en el FSO, toda vez que la totalidad del material continuaría en poder del grupo económico del cual Fetrans y Perurail forman parte.

35. Lo anterior es producto del vacío introducido por la Circular N° 017, al contrato de concesión, que permite que una empresa vinculada a Fetrans pueda prestar el servicio de transporte y carga de pasajeros en el FSO, alquilándole para tal efecto el cien (100) por ciento del material tractivo y rodante, sin que exista un procedimiento alguno que pueda limitar o restringir la posibilidad de Fetrans de

<sup>13</sup> Véase la cláusula sexta del Contrato de Concesión.

<sup>14</sup> Véase los numerales 5 y 6 de la cláusula 7.



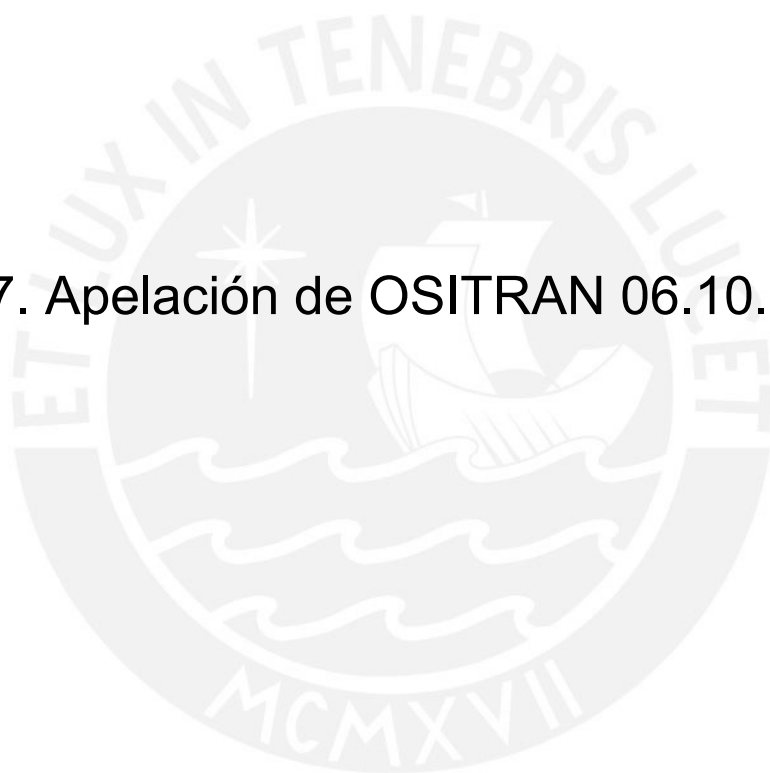
alquilarle dicho material a su empresa vinculada, lo cual fue aprovechado por dicho grupo económico.

36. Es por ello que la conducta de Fetrans no puede ser sancionada como una negativa injustificada, dado que la posibilidad de alquilar el cien (100) por ciento del material tractivo y rodante a su empresa vinculada era una posibilidad no prohibida por la Circular N° 017, sino contractualmente posible por el Contrato de Concesión.
37. Cabe señalar que el mantenimiento de esta situación resulta perjudicial para los consumidores<sup>15</sup>, y la sociedad en general, dado que consolida un poder monopólico en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO por parte de Perurail, situación que no se condice con el hecho de que el Estado había establecido provisiones en el contrato de concesión para permitir que exista competencia en el mercado, regulando el acceso a la vía férrea, dado que consideró que, desde el inicio, en este segmento y en ese momento, no era posible la competencia. La temporalidad de la nueva disposición introducida por la Circular N° 017 se ponía en evidencia con el mantenimiento de la redacción de la cláusula 6.3, así como la cláusula 7.5 del Contrato de Concesión.
38. En consecuencia, convendría que el Estado, mediante el organismo competente, a saber, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones – MTC, intervenga para establecer un procedimiento que asegure el acceso al material tractivo y rodante que forma parte de los bienes de la Concesión, así como la supervisión respecto del cumplimiento de dicho procedimiento.
39. La inexistencia de un procedimiento que regule el acceso al material tractivo y rodante permite a Fetrans renovar indefinidamente el alquiler del referido material, tal como ha ocurrido recientemente el 2 de enero de 2006, mediante el cual Fetrans alquiló nuevamente la totalidad del mismo que se encontraba en su poder por un plazo de seis años, manteniendo la situación descrita anteriormente.
40. En efecto, con el propósito de evitar un potencial abuso por parte de la empresa Fetrans, el Estado reguló las condiciones de acceso a la vía férrea y las tarifas que podían cobrar, prohibiéndole participar directamente en los servicios de transporte de carga y de pasajeros. Sin embargo, ante la necesidad de continuar con la prestación de estos servicios, se contempló que el grupo económico del cual forman parte Fetrans y Perurail podía participar en ellos a través de la creación de una empresa y a la cual Fetrans, por iniciativa propia, y al amparo de la Circular N° 017, le alquiló la totalidad del material tractivo y rodante.
41. En la línea de lo señalado, convendría que el Estado evaluara los mecanismos más idóneos para introducir competencia en el servicio antes mencionado. La continuación de esta situación perjudica a los consumidores y al Estado en cuanto percibe menores ingresos por el alquiler del material.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Al respecto, existe abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la cual señala que los consumidores son el fin de toda actividad económica. En ese sentido, véase: Expedientes N° 0008-2003-AI/TC, N° 018-2003-AI/TC y N° 858-2003-AA/TC.

<sup>16</sup> El Contrato de Concesión obliga a Fetrans a pagar al Estado peruano el 37,25% del ingreso obtenido por la explotación de los bienes de la concesión distintos al material tractivo y rodante (por ejemplo, por el uso de la vía), y el 50% de los ingresos obtenidos por la explotación del material tractivo y rodante (por ejemplo, por el alquiler de dicho material). Teniendo en consideración que los servicios prestados por Fetrans distintos al alquiler del material se encuentran regulados, el Estado garantiza un ingreso para sí en función del uso de sus bienes; sin embargo, dado que la retribución por explotación del material tractivo y rodante es fijada a través de la libre negociación entre Fetrans y Perurail, el Estado no tiene manera de supervisar sus ingresos en función del uso de sus bienes, lo cual

27. Apelación de OSITRAN 06.10.06





110334

010 OCT 6 PM 4 C2

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL Exp. No. : 010-2004/CLC  
DOCUMENTOS Exp. No. : 012-2004/CLC

Escrito No. : 01

Sumilla:

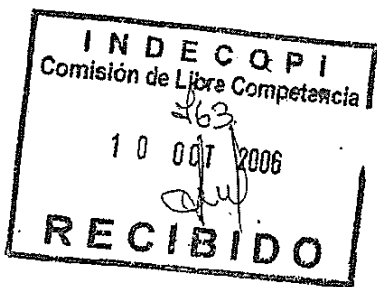
Apela Resolución que resuelve declarar infundada denuncia

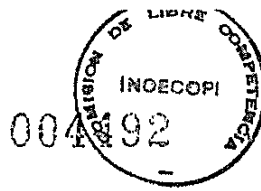
**SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISION DE LIBRE COMPETENCIA DEL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI)**

**EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO - OSITRAN**, identificado con RUC N° 20420248645, y con domicilio real y procesal en Avenida República de Panamá N° 3663-3659, Urb. El Palomar, San Isidro; debidamente representado por su apoderado, el doctor **FÉLIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS**; con domicilio real en Avenida República de Panamá N° 3663, Urb. El Palomar, San Isidro; identificado con DNI N° 08249419, conforme al poder otorgado en sesión de Consejo Directivo N° 90-2002-CD de fecha 24 de abril de 2002, en los seguidos sobre **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR** de oficio y por denuncia de parte contra **FERROCARRIL TRASANDINO S.A.** (en lo sucesivo FETRANSA) ante usted con el debido respeto nos presentamos y decimos:

**I. PETITORIO:**

Con fecha 15 de Setiembre de 2006, hemos sido notificados de la Resolución N° 64-2006-INDECOPI/CLC del 04 del mismo mes y año, a través de la cual se nos pone en conocimiento que se ha declarado infundada la denuncia iniciada de oficio e interpuesta por **FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C.** en lo sucesivo **FERSIMSAC**), en contra de **FETRANSA**.





Al respecto, apersonándonos a la instancia, presentamos **RECURSO DE APELACION** contra dicha resolución, **SOLICITANDO** que en su oportunidad se revoque la Resolución N° 64-2006-INDECOPI/CLC, y se declare fundada la denuncia por comisión de infracciones contra las normas de libre competencia; sobre la base de los argumentos de hecho y de derecho que a continuación pasamos a exponer ordenadamente:

## **II. SOBRE EL ROL DE OSITRAN Y SU LEGITIMIDAD PARA EFECTUAR DENUNCIAS POR INFRACCIONES A LA LIBRE COMPETENCIA:**

Para explicar nuestra intervención en el presente caso, consideramos conveniente hacer una breve explicación sobre la creación, competencias y funciones de OSITRAN:

1. Mediante Ley N° 26917 Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público, publicada el 23 de enero de 1998, se creó el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.
2. El artículo 3° de la referida Ley señala que la misión de OSITRAN es regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras que explotan la infraestructura de transporte de uso público (como es el caso de FETRANSA) así como el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, del Inversionistas y de los Usuarios.
3. Asimismo, la referida Ley establece una serie de objetivos que OSITRAN debe alcanzar en el marco de sus actividades, como es el previsto en el literal d) del artículo 5° que consiste en fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura de transporte por parte de las Entidades Prestadoras sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en



beneficio de los usuarios. Ello, en la medida que las infraestructuras son de uso público y no de propiedad de las empresas concesionarias.

4. La Ley mencionada establece una serie de atribuciones y funciones que OSITRAN puede y debe ejercer para alcanzar el cumplimiento de su misión y objetivos que han sido además ratificadas en el artículo 3° de la Ley N° 27332 Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.
5. El Artículo 41° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM que aprueba el Reglamento General de OSITRAN, prevé que si se determina la existencia de indicios de infracción a las normas de competencia en el mercado donde operan los supervisados por OSITRAN, este debe proceder a denunciar ante INDECOPI las mencionadas situaciones, como es el caso presente.
6. Del mismo modo, el Numeral 7.6 del contrato de concesión suscrito por FETRANSA con el Estado, legitima expresamente a OSITRAN para formar parte de los procedimientos ante INDECOPI, cuando considere que se está infringiendo la regulación de la Libre Competencia.

### **III. LEGITIMIDAD DE OSITRAN PARA PRESENTAR ESTE RECURSO DE APELACION:**

7. Haciendo uso de su prerrogativa legal, OSITRAN remitió a INDECOPI el Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN del 1° de agosto del 2003, el cual originó el Expediente N° 012-2004/CLC acumulado posteriormente al expediente N° 010-2004/CLC, organizado a consecuencia de la denuncia por abuso de posición de dominio presentada por FERSIMSAC contra FETRANSA.
8. Habiéndose dado inicio, a nuestra solicitud y a instancias de FERSIMSAC, de un procedimiento de naturaleza administrativa donde estamos legitimados en razón de nuestra función de Organismo Regulador para presentar el presente

recurso de apelación, sobre todo teniendo en cuenta que hemos sido notificados de la Resolución N° 64-2006-INDECOPI/CLC y porqué se trata de un procedimiento administrativo en cuya tramitación se aplica la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General).

9. En efecto, el Artículo 50° (sujetos del procedimiento) de la Ley N° 27444, <sup>1</sup> somos una autoridad administrativa que participamos en la gestión del procedimiento administrativo, a través de la presentación de información o de denuncias, lo que nos da el legítimo derecho de apersonarnos a la instancia para coadyuvar a la mejor decisión del órgano administrativo.

#### **IV. SOBRE EL MARCO TEORICO Y LEGAL RELATIVO A LAS ACTIVIDADES FERROVIARIAS:**

10. La industria ferroviaria es considerada una industria asociada al concepto de monopolio natural. En este tipo de industria, suele ser económica conveniente la provisión de todos los servicios a través de una sola empresa. En ese sentido, los servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria, usualmente se han mantenido verticalmente integrados al servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

---

##### <sup>1</sup> Artículo 50.- Sujetos del procedimiento

Para los efectos del cumplimiento de las disposiciones del Derecho Administrativo, se entiende por sujetos del procedimiento a:

1. Administrados: la persona natural o jurídica que, cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo. Cuando una entidad interviene en un procedimiento como administrado, se somete a las normas que lo disciplinan en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados

2. Autoridad administrativa: el agente de las entidades que bajo cualquier régimen jurídico, y ejerciendo potestades públicas conducen el inicio, la instrucción, la sustanciación, la resolución, la ejecución, o que de otro modo participan en la gestión de los procedimientos administrativos.

11. Como en otras industrias de redes (telecomunicaciones, electricidad, Gas y agua) vinculadas al concepto de monopolio natural, en la industria ferroviaria es posible distinguir distintos regímenes jurídicos y económicos aplicables tanto a las actividades no competitivas, como es el caso de la provisión de infraestructura de red propiamente dicha; como a la prestación de los diversos servicios que se desarrollan en competencia, a través de la utilización de dicha infraestructura.
12. De este modo, lo usual es contar con un modelo de organización de estas actividades, que separe verticalmente los segmentos monopólicos, de los segmentos en donde las condiciones económicas permiten el ingreso de nuevos operadores. En este esquema, adicionalmente se impone sobre el titular del segmento monopólico la obligación de dar acceso a terceros a sus redes, a cambio del pago de determinado cargo de acceso. En el caso de la industria ferroviaria, la aplicación de esta modelo implica separar las actividades relacionadas con la infraestructura vial ferroviaria, de las operaciones de transporte de carga y pasajeros.
13. Al respecto, en el marco del proceso de apertura de los mercados iniciado en la década de los noventa en el Perú, se emitió el Decreto Legislativo N° 690<sup>2</sup>, el cual declaró de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria. Dicha norma estableció una diferenciación entre las siguientes actividades:

- Servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial ferroviaria; lo que comprende la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas permanentes, del ancho

---

<sup>2</sup> Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" (DOEP), el 06 de noviembre de 1991.

de la zona del ferrocarril, de los terraplenes, puentes, túneles, rieles, durmientes y otros bienes afectados al servicio, así como las instalaciones complementarias que comprenden patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal.

- Servicios de transporte ferroviario; lo que comprende las operaciones de embarque, desembarque, carga, descarga y, en general, todo lo necesario para permitir el movimiento de pasajeros y de carga en las vías férreas, así como las operaciones relacionadas al material tractivo y rodante<sup>3</sup>, compuesto por locomotoras, coches y vagones, y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad.

14. La principal característica económica de los servicios vinculados a la infraestructura ferroviaria, es que tienen costos fijos considerablemente más altos que los costos fijos vinculados a la provisión de los servicios de transporte ferroviario. Ello, se debe a que la infraestructura de red carece de valor alternativo de uso, por lo que representa un costo hundido para quien realiza la inversión. Sin embargo, la prestación de servicios de transporte ferroviario (de carga y pasajeros), presenta también costos relevantes; por ejemplo, los costos asociados a la búsqueda y contratación de personal o a la compra o adquisición del uso del material tractivo y rodante.

15. En ese marco, es necesario considerar que el principal objetivo de este modelo, es permitir que los operadores compitan en la prestación de los servicios de transporte ferroviario de pasajeros y de carga, sobre la misma infraestructura (competencia intramodal).

---

<sup>3</sup> Es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros y/o el traslado de personal de supervisión. Esta conformado por autovagones, autocarriles y autovías.



16. Sin embargo, la simple separación de las actividades ferroviarias relativas a la provisión de este tipo de infraestructura, de la provisión de servicios de transporte de pasajeros y de carga; por sí misma no está en condiciones de garantizar la competencia en las actividades ferroviarias.
17. En efecto, existen algunos factores vinculados a las características propias de la industria ferroviaria que podrían limitar la competencia, incluso si se separan verticalmente los servicios de infraestructura y transporte.
18. Podría ocurrir que una vez separados verticalmente los servicios de infraestructura y de transporte, la coordinación entre el operador del servicio de transporte y el concesionario de la infraestructura pudiera tornarse difícil e ineficiente, especialmente si los incentivos respecto de las inversiones requeridas en la vía (ampliaciones, reparaciones, etc.) no guardasen armonía.
19. Podría ocurrir también, que para que la competencia sea relevante, el operador entrante de transporte debería percibir que no incurrirá en inversiones "hundidas" significativas. Esto implicaría por ejemplo, que eventualmente pudiese trasladar su material tractivo y rodante hacia una ruta alternativa, en caso la entrada no le haya sido favorable. El problema surge cuando la inversión del entrante se "hunde", en la medida en que no existe forma de trasladar sus equipos a rutas alternativas, ya sea porque no existen rutas alternativas o por otras consideraciones técnicas.
20. Asimismo, podría ocurrir que los costos en los que tiene que incurrir la empresa que requiera tener acceso a la vía, sean sustancialmente elevados, por lo que el pago al concesionario por el alquiler del material tractivo y rodante que, fuese al alternativa económica más factible.

21. En efecto, uno de los principales problemas relacionados con la integración vertical existente entre el concesionario de la infraestructura vial ferroviaria, FETRANSA y el operador de la vía, PERU RAIL; es que ante un potencial entrante, el concesionario está en condiciones de evitar la entrada, favoreciendo de esta forma a su operador de transporte vinculado. En este escenario, la integración vertical actúa como barrera al ingreso de nuevos operadores de la vía férrea.

22. La integración vertical puede tornarse en una barrera al acceso de nuevos operadores de transporte, cuando el concesionario favorezca a su operador de transporte vinculado, en desmedro del entrante potencial. Lo anterior es un problema recurrente en industrias de infraestructura y redes.

23. Respecto al régimen jurídico de las actividades ferroviarias, nuestro sistema jurídico, a través del Decreto Legislativo N° 690, señala expresamente lo siguiente:

<<Artículo 1.- Declárase de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria.

**Queda prohibida cualquier forma de monopolio y de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria. El Estado garantiza la libertad de tráfico ferroviario en el país.>>**

[El subrayado es nuestro]

24. Asimismo, el Decreto Legislativo N° 701<sup>4</sup> establece lo siguiente respecto a las prohibiciones genéricas contenidas en el marco jurídico protector de la Libre Competencia en el mercado:

---

<sup>4</sup> Publicado en el DOEP el 07 de noviembre de 1991.

<<Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.>>

25. En ese sentido, es claro que en nuestro sistema jurídico, el principio que rige la reforma de la actividad ferroviaria, *es la necesidad de introducir y permitir la libre competencia de operadores privados en el servicio de transporte ferroviario.*

**V. ALCANCES DEL CONTRATO DE CONCESION CELEBRADO POR EL ESTADO CON FETRANSA, CUYA SUPERVISION ESTA ENCARGADA A OSITRAN:**

26. De acuerdo a lo que establece el contrato de concesión suscrito por FETRANSA con el Estado Peruano, el concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la línea férrea de un operador de servicios de transporte ferroviario en caso que<sup>5</sup>:

- No cuente con el respectivo permiso de operación vigente extendido por el MTC; o
- Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su material tractivo o material rodante, o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las normas de seguridad ferroviaria y a los estándares técnicos establecidos en el contrato, de

---

<sup>5</sup> Ver numeral 12.2 de la Cláusula Décimo Segunda del contrato: Obligación es del Concesionario.

conformidad con lo previsto en el numeral 7.7 de la Cláusula Séptima del Contrato (Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario).

- No cuente con seguros conforme a lo que disponga las Leyes aplicables<sup>6</sup>.

27. Respecto a la interconexión de líneas férreas, de acuerdo al contrato de concesión el Concesionario está obligado a permitir que cualquier red o tramo de línea férrea que se construya en el futuro se interconecte a cualquiera de las líneas férreas comprendidas en el contrato, ya sea que la nueva red o tramo de línea férrea se encuentre concesionada a favor de terceros, del concesionario o que sea operada por el concedente u otro organismo o entidad estatal.

28. Como consecuencia de ello, el concesionario:

- Se encuentra obligado a permitir el ingreso, a cualquiera de las líneas férreas comprendidas en el contrato, de material tractivo, material rodante, equipo ferroviario y de operadores de servicios de transporte ferroviarios provenientes de las redes o tramos de línea férrea ajenos a su área matriz e interconectados a ellas.
- Tiene derecho a ingresar a las líneas férreas ajenas a su área matriz y a que en ella transite material tractivo, material rodante, equipo ferroviario y operadores de servicio de transporte ferroviario proveniente de su área matriz; y,
- Tiene derecho a cobrar a quien transite por las líneas férreas de su concesión la tarifa por uso de vía prevista en el contrato. Este mismo derecho también asistirá al titular de la línea férrea que se interconecte con la que es regulada por el contrato.

---

<sup>6</sup> Las coberturas mínimas para el seguro contra daños y perjuicios, así como daños a terceros para los servicios ferroviarios de transporte de pasajeros y de carga, se encuentran estipulados en la Cláusula Vigésimo Primera y en el Anexo N°10 del contrato.

29. Otro aspecto importante, para los efectos del presente informe escrito, es lo establecido en el contrato de concesión en relación a la equidad de servicio:

- No se puede discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes. Tan pronto ingresen nuevos operadores (o se produzca la pluralidad de Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario), el Concesionario podrá cobrarles la tarifa de acceso máxima o sumas inferiores a ella, cumpliendo con las obligaciones que le impone el numeral 7.6 del contrato<sup>7</sup>.
- Está prohibido el abuso de posición de dominio o prácticas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea.
- El Concedente (representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y OSITRAN pueden iniciar procedimientos ante INDECOPI, si consideran que el concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

---

<sup>7</sup> **7.6.- Equidad en Servicios.** El Concesionario no podrá discriminar entre Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato.

Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como Ositran están legitimados para iniciar procedimientos ante Indecopi, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

Las obligaciones previstas en los párrafos precedentes también alcanzan, respecto de cualquier persona que solicite sus servicios, a cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferro viario o, en general, a cualquier tercero que opere Servicios Complementarios, con autorización del Concesionario, debiendo este último supervisar su cumplimiento. (...)

- De verificarse la comisión de algún acto contrario a la libre competencia por parte del concesionario en el acceso a bienes de la concesión, como es el caso del material tractivo y rodante, el INDECOPI está en capacidad de ordenar las medidas correctivas que considere pertinentes.
30. Asimismo, se prevé el desarrollo de un concurso en caso que dos operadores deseen usar al mismo tiempo la línea férrea o que el servicio de transporte ferroviario de cada uno de ellos limite, restrinja o impida el del otro. Dicho concurso debería desarrollarse a partir del segundo año de concesión, y el horario materia de concurso se adjudica a quien ofrezca la tarifa más alta por un plazo no mayor a un año. Si al vencimiento del plazo del contrato, nuevamente se produjera concurrencia de solicitudes de horarios, el concesionario deberá seguir con el procedimiento establecido en el referido numeral, salvo que el horario involucrado hubiera sido adjudicado previamente mediante el mecanismo de concurso regulado en dicha norma.
31. Como puede apreciarse de lo anterior, tanto las disposiciones del Decreto Legislativo N° 690, como lo que en concordancia con éstas estipulan las diversas disposiciones del contrato de concesión que se ha citado anteriormente; existe el claro objetivo del Estado en promover la competencia en los servicios de transporte de pasajeros y carga mediante la utilización de vías férreas, el mismo que ha sido contemplado tanto legislativa como contractualmente.
32. Para la Comisión de Libre Competencia (en adelante CLC), conforme puede verse de los considerandos de la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, ha quedado plenamente acreditado lo siguiente:

- FETRANSA goza de posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante de propiedad del Estado Peruano, que opera en el Ferrocarril Sur Oriental<sup>8</sup>.
- FETRANSA se negó a otorgar en alquiler a Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC), el material tractivo y rodante necesario para operar en el Ferrocarril Sur Oriental.

33. No obstante ello, la Comisión no ha reconocido la ocurrencia de abuso de posición de dominio en vista que para ellos, la negativa de contratar por parte del concesionario habría sido justificada, en vista que, en virtud de la Circular N° 017, no se encontraba prohibido que FETRANSA alquile a PERURAIL, el 100% del material tractivo y rodante<sup>9</sup>.

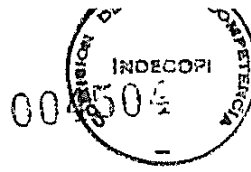
---

<sup>8</sup> **Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC**, del 4 de septiembre de 2006:

*"27.Habiéndose determinado que Fetrans goza de posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante de propiedad del Estado peruano que opera en el FSO corresponde analizar a continuación si la conducta investigada constituyó un abuso de posición de dominio en el mercado relevante, en las modalidades de negativa injustificada de contratar o trato discriminatorio."*

<sup>9</sup> **Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC**, del 4 de septiembre de 2006:

*"32.Cabe señalar que inicialmente la versión preliminar del contrato de concesión, en su cláusula 6.3, estableció que el Concesionario puede prestar Servicios de Transporte Ferroviarios, con excepción del transporte de pasajeros de carga. Sin embargo, posteriormente, el Comité Especial de la Promoción de la Inversión Privada en ENAFER SA, ..., emitió la Circular N° 017..."*

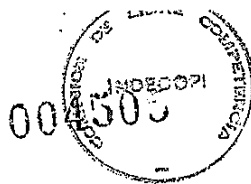


34. En vista de ello, es necesario analizar el contenido de la Circular N° 017 desarrollar, interpretándola sistemáticamente con las estipulaciones contractuales a que se ha hecho referencia (principio de unidad del contrato – interpretación sistemática) con anterioridad, y en el marco de la legislación vigente (principio de interpretación acorde con la Constitución y la Ley).
35. De esta manera, se otorgó la concesión para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los bienes de la concesión, así como para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria, para la prestación de servicios de
- 

(...)

34. Es al amparo de lo señalado por dicha circular que Fetrans celebró un contrato privado con su empresa vinculada Perurail, arrendándole la totalidad del material tractivo y rodante. Además, y dado que existía un vacío respecto a la forma cómo debía alquilarse el referido material, ello permitió al grupo económico al cual pertenece Fetrans prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros de forma monopólica. El objeto de ese contrato privado tuvo como efecto o consecuencia impedir que pudiese existir competencia en el transporte de carga y pasajeros en el FSO, toda vez que la totalidad del material continuaría en poder del grupo económico del cual Fetrans y Peruarail forman parte.
35. Lo anterior es producto del vacío introducido por la Circular N° 017, al contrato de concesión que permite que una empresa vinculada a Fetrans pueda prestar el servicio de transporte y carga de pasajeros en el FSO, alquilándole para tal efecto el cien (100) pro ciento del material tractivo y rodante, sin que exista un procedimiento alguno que pueda limitar o restringir la posibilidad de Fetrans de alquilarle dicho material a su empresa vinculada, lo cual fue aprovechado por dicho grupo económico.
36. Es por ello que la conducta de Fetrans no puede ser sancionada como una negativa injustificada, dado que la posibilidad de alquilar el cien (100) pro ciento del material tractivo y rodante a su empresa vinculada era una posibilidad no prohibida por la Circular N° 017, sino contractualmente posible por el Contrato de Concesión."





transporte ferroviario y de servicios complementarios en el área matriz<sup>10</sup>, de acuerdo a las estipulaciones contenidas en el contrato y en las leyes aplicables.

36. Con relación al derecho a la explotación, el Numeral 6.1 de la Cláusula Sexta (*Explotación de la Concesión*), señala que la misma se realizará mediante el aprovechamiento de los bienes de la concesión, los servicios de transporte ferroviario que el contrato autoriza al concesionario a desarrollar y de los servicios complementarios.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Área donde se encuentra la infraestructura vial ferroviaria con todas las instalaciones e inmuebles que ella requiere para su funcionamiento y donde también podrá realizarse la explotación de servicios complementarios.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, el inciso 6.5 señala que:

*"El concesionario tiene derecho a explotar los Bienes de la Concesión, los Servicios de Transporte Ferroviario y los Servicios Complementarios que crea conveniente, de acuerdo a lo establecido en el Contrato, en las Bases y en las Leyes Aplicables. Este derecho implica la libertad del Concesionario en la gestión y conducción del negocio, lo cual incluye, pero no se limita, a la administración, mantenimiento, rehabilitación y construcción de Infraestructura Vial Ferroviaria, a la libertad de subcontratar servicios, la libertad de escoger al personal que contrate y la libertad de decisión comercial, dentro de los límites contenidos en el presente Contrato, las Bases y las Leyes Aplicables.*

*(...)"*



37. De otro lado, por medio del inciso 7.5 de la Cláusula Séptima (*Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario*) se establece que el Concesionario se obliga a prestar todos y cada uno de los servicios que desarrolle dando estricto cumplimiento a las leyes aplicables a cada servicio. Dicha obligación, de acuerdo con el inciso mencionado, también alcanza a cualquier tercero que preste servicios de transporte ferroviario y/o servicios complementarios, debiendo el concesionario supervisar su cumplimiento.

38. De esta manera, tenemos que si bien es cierto, FETRANSA tiene el derecho de explotar la concesión, dicho aprovechamiento debe darse respetando las disposiciones contenidas en la Constitución y en el marco legal vigente.

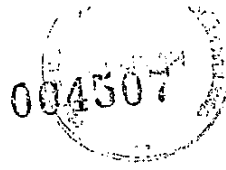
39. En ese sentido, resulta pertinente citar lo dispuesto por el artículo 61 de la Constitución, según el cual:

<<El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica controlista que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.>>

40. Asimismo, a nivel infra-constitucional, el Decreto Legislativo 701, señala que:

<<Artículo 5.-Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

*Son casos de abuso de posición de dominio:*



a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios."

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.(...);

(...)>>

[El subrayado es nuestro]

41. Como puede observarse, existe un marco constitucional y legal que dispone que en los diferentes mercados se facilite y respete la libre competencia; dicho marco normativo sirve, además, de criterio de interpretación ("*Principio de Interpretación acorde con la Constitución y la Ley*"), al momento de analizar el contenido del Contrato de Concesión, es decir, al momento de interpretar el alcance de las cláusulas y demás instrumentos integrantes de los documentos licitatorios, como es el caso de las Circular N° 17.

42. Teniendo en cuenta ello, a continuación analizaremos el contenido del Numeral 7.6 de la citada Cláusula Séptima, la cual recoge la finalidad promotora de competencia del marco constitucional y legal precedentemente citado.

43. El Numeral 7.6 de la citada Cláusula Séptima, al abordar el tema de equidad en servicios, establece lo siguiente:

<<El Concesionario no podrá discriminar entre Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato.

Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN están legitimados para iniciar procedimientos ante INDECOPI, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la relación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.

Las obligaciones previstas en los párrafos precedentes también alcanzan, respecto de cualquier persona que solicite sus servicios, cualquier Operador de Servicios de Transporte Ferroviario o, en general, a cualquier tercero que opere Servicios Complementarios, con autorización del Concesionario, debiendo este último supervisar su cumplimiento.

(...)>>

[El subrayado es nuestro]

44. Como puede observarse, en virtud del citado Numeral 7.6, el Concesionario se encuentra prohibido de efectuar cualquier acto que tenga por finalidad discriminar entre los operadores de servicio de transporte ferroviario. Del mismo modo, conforme a la normatividad vigente, el Concesionario se encuentra prohibido de desarrollar conductas que tengan por objeto limitar la libre competencia o el acceso a la línea férrea.
45. La mencionada finalidad pro-competencia establecida por el citado Numeral 7.6, guarda concordancia con la disposición establecida en el Numeral 12.2 de la Cláusula Décimo Segunda (Obligaciones del Concesionario), la misma que establece lo siguiente:

<<(…)

El Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en caso que:

- (i) No cuente con el respectivo Permiso de Operación vigente extendido por el MTC; o,
  - (ii) Cuando exista impedimento técnico u operativo, al no mantener su Material Tractivo o Material Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en este Contrato, de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7; o
  - (iii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables.
- (…)

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas en este numeral constituye causal de caducidad de este Contrato.>>

[el subrayado es nuestro]

46. En suma, en concordancia con el marco constitucional y normativo vigente, el contrato establece una prohibición general del desarrollo de practicas o conductas anticompetitivas (Numeral 7.6), dicha finalidad de favorecer la competencia yace incluso en el sustrato de ciertas obligaciones del Concesionario (Numeral 12.2), razón por la cual podemos señalar en este punto que el Concesionario, al momento de explotar la concesión, deberá efectuarlo observando que su conducta no limite la libre competencia.

47. En ese marco, el Comité Especial de la Promoción de la Inversión Privada en ENAFER SA, emitió la Circular N° 017, del 15 de marzo de 1999, en la cual se estableció lo siguiente:

<<Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la

*Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto en la presente circular.*

- 1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.*
  - 2. Para tal efecto, el adjudicatario deberá contar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario (...)*
- (...)*

*(...)>>*

48. Como lo señalamos anteriormente, es en base a esta Circular que la Comisión de Libre Competencia (CLC) sustentó su pronunciamiento en el sentido que la negativa de contratar por parte de FETRANSA era justificada, dado que, según la Comisión *"... la posibilidad de alquilar el cien (100) por ciento del material tractivo rodante a su empresa vinculada era una posibilidad no prohibida por la Circular N° 017, sino contractualmente posible por el Contrato de Concesión"*<sup>12</sup>

## **VI. POSICION DE OSITRAN CON RELACION AL PRONUNCIAMIENTO DE LA CLC**

49. Al Respecto, OSITRAN debe señalar que disiente radicalmente con la interpretación asumida por la CLC de INDECOPI, pues al momento de interpretar la mencionada Circular, la Comisión no ha tomado en cuenta no solamente el marco constitucional vigente, que favorece la libre competencia, sino que, además, **ha desconoció la finalidad pro competitiva de diversas**

---

<sup>12</sup> Punto 36 de la **Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC**, del 4 de septiembre de 2006.

estipulaciones contractuales expresamente establecida en el propio contrato de concesión, marco en el cual debió interpretarse la Circular N°

17.

50. En efecto, consideramos que al interpretar la mencionada Circular, la Comisión debió interpretarla de manera sistemática, DE MANERA ACORDE, con el contenido de las demás cláusulas integrantes del Contrato. La interpretación efectuada por la Comisión no solamente va en contra del marco constitucional vigente, sino que abiertamente contradice la finalidad de otras disposiciones expresamente previstas en el Contrato (como la cláusulas 7.6 y 12.2), por lo que dicha interpretación viola el principio de interpretación sistemática de los contratos, y otorga a la Circular N° 17 un significado y alcance que NO TIENE.

51. En efecto, la misma Circular N° 17 establece expresamente lo siguiente:

*<<5. El Concesionario no podrá participar simultáneamente directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus empresas vinculadas en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. El incumplimiento de esta obligación será tipificado en el Contrato de Concesión como causal de caducidad de la concesión.*

**6. Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas>>**

52. De acuerdo a lo anterior, es claro que la CLC ha efectuado una interpretación que no analiza de manera integral la propia Circular N° 17, ni analiza de manera integral el contrato de concesión, concordantemente con la legislación sectorial y el marco legal constitucional vigente, relativo a la promoción de la Libre Competencia.

53. La Circular N° 17 no sólo no permite en modo alguno el Abuso de la Posición Dominante en el mercado, sino que ratifica que "queda vigente" la obligación del concesionario de otorgar acceso a la vía férrea a cualquier empresa que lo solicitara y cumpliera con los requisitos necesarios.

54. Pues bien, esta obligación de otorgar acceso a la vía, ratificada por la Circular N° 17 y reiterativamente establecida en el contrato de concesión, sólo es posible, económicamente, a través del alquiler del material tractivo y rodante otorgado por el Estado. Obviamente, al analizar la posible comisión de un supuesto de abuso de posición de dominio, lo relevante es precisamente la viabilidad económica de otras alternativas de obtención de material tractivo y rodante, las cuales en este caso nunca existieron para FERSIMSAC.

55. Al respecto, se debe mencionar que la CLC señala:

<< 18. Los informes no se centran en que no existan proveedores, o que no sea posible la conversión técnica de material tractivo y rodante para operar el FSO, sino que no es viable económicamente optar por dichas alternativas. (...) En efecto, de la revisión del expediente se desprende que sí resulta viable técnicamente comprar o reconvertir material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte de carga y de pasajeros. Es por ello que los Informes de la GEE y de la Secretaría Técnica no se centran en determinar la viabilidad (técnica) de dichos aspectos, sino en que cualquiera de estas posibilidades no resulta viable económicamente.>>

[El subrayado es nuestro]

56. Asimismo, la interpretación efectuada por la CLC a la Circular N° 17, implica absurdamente, en la práctica, la imposibilidad de que FETRANSA pudiera incurrir en algún supuesto de abuso de posición de dominio *con relación al material tractivo y rodante*. En efecto, el pronunciamiento de la Comisión ha obviado el hecho que FETRANSA ha podido alquilar el 100% del material tractivo y rodante a su empresa vinculada, como una estrategia de restringir la competencia, impidiendo de ese modo que se acceda a la utilización del único



material tractivo y rodante que la propia CLC reconoce que es el único económicamente viable.

57. Al respecto, con el fin de sustentar que efectivamente no hubo abuso de la posición dominante, **la CLC no debió limitarse al hecho que el contrato de concesión no prohibiera el alquilar el 100% del material tractivo y rodante, sino a que tal alquiler sólo era lícito, en el caso que FETRANSA usase de manera efectiva el 100% de dicho material.**

58. Ya que para la propia CLC, es claro que el alquiler del 100% del material tractivo y rodante que **es el único económicamente viable** para los competidores de PERU RAIL; OSITRAN considera que la CLC debió analizar que el abuso de la posición dominante no estaba en alquilar el 100% del material tractivo y rodante, **sino haberlo hecho cuando ESTE MATERIAL NO SE USABA EFECTIVAMENTE EN SU TOTALIDAD,** lo cual fue realizado por FETRANSA, con el fin de bloquear la posibilidad de acceso de otros operadores de la vía, diferentes de su empresa vinculada (lo que incluye a FERMIMSAC).

59. En consecuencia y de conformidad con la función que le otorga el Literal e) del Numeral 7.1 del Artículo 7º de la Ley N° 2617<sup>13</sup>; OSITRAN debe señalar que

---

13 <<Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación (...).>>

dentro de una interpretación literal, sistemática y finalista del contrato de concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente; es claro que lo que establece la Circular N° 17, es la facultad de FETRANSA para integrarse verticalmente con una empresa vinculada, precisión que se introduce con la finalidad de no interrumpir la continuidad en la prestación del servicio de transporte ferroviario<sup>14</sup>. Sin embargo, dicha circular no ampara en modo alguno el abuso de la posición de dominio consistente en alquilar el 100% del material tractivo y rodante, que no es usado efectivamente en ese porcentaje, con el fin de obstaculizar el ingreso de nuevos competidores.

60. Al respecto, OSITRAN ofrece en calidad de nueva prueba, el Informe N° 201 - 06-GS-OSITRAN, el mismo que concluye entre otras cosas lo siguiente:

<< 4.1. El Material Rodante que no ha sido utilizado por el Operador de la vía del Sur-Oriente, PERU RAIL, en el primer semestre del año es de un promedio de 21%. Asimismo en lo que se refiere al Material Tractivo (locomotoras) estas vienen siendo utilizadas en un nivel del 50% (3 de 6 locomotoras), para el mismo período analizado.

4.2. El análisis del Material Tractivo y Rodante utilizado una cantidad de días menor o igual a 5 días, nos da como resultado un 34 % en promedio para los tres primeros meses del año y de 15% para los meses de Abril, Mayo y Junio de 2006, promedio que ha variado el Concesionario luego de nuestra comunicación del mes de Marzo, lo que ha llevado a una mejor racionalización del uso de su material T/R, existiendo por lo tanto una menor subutilización de los coches.

4.3. Mayores alcances a lo analizado en el presente Informe podría ser efectuado con un estudio de optimización de uso del Material Tractivo y Rodante

---

<sup>14</sup> Al respecto debe recordarse que inicialmente no estaba previsto que el concesionario pudiera prestar servicios en la vía, ni directa ni indirectamente.



sobre la base de horarios, lo que tendría que ser realizado por un experto en transporte ferroviario. >>

61. De acuerdo a lo anterior, OSITRAN ha detectado que FETRANSA no utiliza el 100% del material tractivo y rodante alquilado a PERU RAIL, por lo que ha incurrido en un supuesto de abuso de su posición dominante en el mercado, al alquilar la totalidad de un material que no usa en su integridad, siendo éste el único económicamente viable para que potenciales competidores de PERU RAIL accedan al uso de la vía férrea.
  
62. En consecuencia, podemos concluir en este punto que la conducta de FETRANS resulta injustificada, dado no existe justificación económica ni técnica para que alquile el 100% de un material, que ya se acreditó que no usa en su integridad.
  
63. OSITRAN considera que el pronunciamiento equivocado de la CLC, no sólo constituye una inaplicación del D.L. N° 701, que sanciona el abuso de la posición dominante en el mercado; sino que constituye un obstáculo para el correcto ejercicio de las funciones administrativas a cargo de OSITRAN.



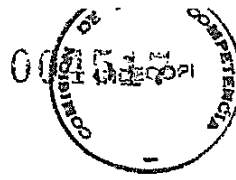
64. En efecto, de acuerdo al Artículo 19° del Reglamento General de OSITRAN<sup>15</sup> (aprobado por el D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM), OSITRAN puede extender el ejercicio de sus funciones, a los casos de integración vertical entre sus Entidades Prestadoras y empresas vinculadas, cuando ello puede afectar el adecuado funcionamiento de los mercados de explotación de la infraestructura a su cargo. Caso que evidentemente se presenta cuando se ha producido un abuso de posición dominante en el mercado, que involucra a una entidad Prestadora bajo su ámbito de competencia y una empresa vinculada.
65. El pronunciamiento de la CLC genera, en la práctica, una situación en la que la agencia de competencia (INDECOPI), no aplica el marco normativo a su cargo al no sancionar la comisión de un supuesto de abuso de posición dominante; y el Organismo Regulador (OSITRAN), se ve limitado en su capacidad de ejercer la función que le otorga el Artículo 19° de su Reglamento General, al contar con un pronunciamiento de INDECOPI que legitima una práctica que distorsiona el

---

15 <<Artículo 19.- Competencia del OSITRAN.

El OSITRAN ejerce las funciones precisadas en el presente Reglamento sobre las actividades que involucran la explotación de la INFRAESTRUCTURA. Sin embargo, y **de manera excepcional, podrá ejercer sus funciones** normativa, reguladora, supervisora y de solución de controversias, **sobre aquellas actividades o servicios que, por ser de titularidad o ser prestados por ENTIDADES PRESTADORAS o por empresas vinculadas económicamente a ellas, puedan afectar el adecuado funcionamiento de los mercados de explotación de INFRAESTRUCTURA.**

La inclusión de una actividad dentro de la competencia del OSITRAN no implica necesariamente la existencia de regulación sobre dicha actividad. Corresponderá al Consejo Directivo la decisión de incluir, todo o parte de los aspectos de una actividad sujeta a la competencia del OSITRAN debiendo ser una decisión debidamente motivada y sustentada en los principios enumerados en el Título II del presente REGLAMENTO. (...)>>



normal funcionamiento de los mercados de explotación de infraestructura ferroviaria de uso público.

66. Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de ampliar los términos de nuestra apelación, solicitamos al Tribunal, REVOCAR la resolución de la CLC y declarar fundada la denuncia contra FETRANSA por incurrir en Abuso de su Posición Dominante en el mercado.

**POR TANTO:**

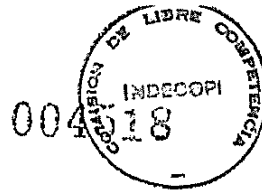
A usted señor Presidente, solicitamos concedernos el presente recurso de apelación y elevar los actuados a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal, donde esperamos SE REVOQUE LA RESOLUCIÓN APELADA, declarando fundada la denuncia.

**V. ANEXOS:**

1. Copia legible del Documento Nacional de Identidad de nuestro representante legal (**ANEXO 4-A**).
2. Copia de la parte pertinente de la Sesión del Consejo Directivo N° 090-2002-CD en la que se adopta el Acuerdo de Consejo Directivo N° 271-90-02-CD/OSITRAN 86-2002-CD de fecha 24 de abril de 2002, por la que se aprueba el nombramiento del señor Félix Augusto Vasi Zevallos como apoderado (**ANEXO 4-B**).
3. Copia fedateada del Informe N° 201-06-GS-OSITRAN, sobre utilización efectiva del material tractivo y rodante alquilado por FETRANSA a PERURAIL. (**ANEXO 4-C**).

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copias suficientes del presente escrito.

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, no adjuntamos pago de tasa de apelación en atención a que de conformidad con lo dispuesto por el literal g) del artículo 24°



de la Ley Orgánica del Poder Judicial, OSITRAN se encuentra exonerado del pago de tasas judiciales, al constituir un ente de derecho público que pertenece al Poder Ejecutivo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N° 26917 y en el artículo 2° de la Ley N° 27332.

**TERCERO OTROSI DECIMOS:** Que, para los efectos a que se contraen los artículos 80° del Código Procesal Civil y 290° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, otorgo a Silvia Patricia Benavente Donayre y/o Ximena Velit Poblete y/o César Gonzáles Hurtado y/o Antonio M. Rodríguez Martínez, las facultades generales de representación a que se refiere el artículo 74° del Código Procesal Civil para lo cual cumplo con señalar que nuestro domicilio es el señalado en el exordio del presente escrito y con declarar que estamos instruidos de la representación que otorgamos y de sus alcances.

Lima, 06 de octubre de 2006

*Felix Vasi Z.*

FELIX VASI ZEVALLOS  
ABOGADO  
Registro 11613

*Felix Vasi Z.*

FELIX VASI ZEVALLOS  
GERENTE DE ASESORIA LEGAL  
OSITRAN

28. Resolución No. 1825-2006 TDC-INDECOPI





RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

QUEJADA : COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISIÓN)

QUEJOSO : ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO – OSITRAN (OSITRAN)

DENUNCIADO : FERROCARRIL TRASANDINO S.A. (FETRANSA)

DENUNCIANTE : FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHUPICCHU S.A.C. (FERSIMSAC)

MATERIA : LIBRE COMPETENCIA  
PROCESAL  
QUEJA  
APELACIÓN  
CONCESORIO

ACTIVIDAD : SERVICIOS DE TRANSPORTE FÉRREO

045

Lima, 15 de noviembre de 2006

#### I. ANTECEDENTES

El 1 de agosto de 2003, mediante Oficio N° 362-03-GG-OSITRAN, el OSITRAN solicitó a la Comisión que inicie una investigación para determinar si FETRANSA –empresa concesionaria del Ferrocarril Sur-Oriente– había incurrido en violación a las normas de libre competencia en las operaciones vinculadas a la utilización de la infraestructura de transporte de uso público que le habían sido entregadas en Concesión.

El 27 de agosto de 2004, FERSIMSAC presentó denuncia contra FETRANSA atribuyéndole abuso de posición de dominio en los mismos términos de la imputación que le fuera efectuada por OSITRAN.

El 27 de octubre de 2004, mediante Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC, la Comisión inició un procedimiento sancionador contra FETRANSA en mérito a las imputaciones efectuadas por OSITRAN. Asimismo, el 17 de noviembre de 2004, admitió a trámite la denuncia de FERSIMSAC y decidió la acumulación de dicha denuncia al procedimiento iniciado con anterioridad.

El 4 de septiembre de 2006, mediante Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión declaró "infundada la denuncia iniciada de oficio e interpuesta por FERSIMSAC contra FETRANSA". La Resolución fue notificada tanto a FERSIMSAC como a FETRANSA el 6 de septiembre de 2006.

M-SDC-02/1C





RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

0453

Asimismo, el 15 de septiembre de 2006, mediante Oficio N° 131-2006/CLC-INDECOPI, un ejemplar de la Resolución fue puesto en conocimiento del OSITRAN y del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, respectivamente.

El 27 de septiembre de 2006, FERSIMSAC interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC. Sin embargo, el 16 de octubre de 2006, mediante Resolución N° 072-2006-INDECOPI/CLC, el recurso fue declarado inadmisibile al haberse incumplido con el pago de la tasa administrativa correspondiente.

El 6 de octubre de 2006, OSITRAN se apersona a la instancia e interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC. El 25 de octubre de 2006, mediante Oficio N° 162-2006/CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión comunica a OSITRAN lo siguiente: *"el 4 de septiembre de 2006, mediante Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión puso fin al procedimiento administrativo sancionador, iniciado de oficio y de parte, en contra de Ferrocarril Transandino S.A. por la presunta realización de prácticas contrarias a la libre competencia. En ese sentido, el plazo de impugnación del mencionado acto administrativo venció, por lo que el pronunciamiento final de la Comisión ha quedado firme. Adicionalmente, teniendo en cuenta que ustedes no han sido parte en el citado procedimiento, no corresponde tramitar su escrito como un recurso de apelación"*.

El 31 de octubre de 2006, OSITRAN interpuso reclamo en queja contra la Comisión señalando que había ejercido su legítimo derecho de apersonarse al procedimiento en resguardo del interés público que sus leyes de creación y competencia le han otorgado. Asimismo, dejó constancia de haber ejercido el derecho a la contradicción administrativa contemplada en los artículos 109° y 206° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Finalmente, llamó la atención sobre la negativa a tramitar su recurso y al hecho de que tal decisión le hubiera sido comunicada por la Secretaría Técnica en un inmotivado oficio, sin intervención de la Comisión.

El 7 de noviembre de 2006, mediante Informe N° 035-2006-INDECOPI/ST-CLC, la Secretaría Técnica de la Comisión, por encargo de la Comisión, manifestó su posición señalando que la comunicación remitida a OSITRAN se encontraba debidamente motivada. Asimismo, reiteró que el plazo con que contaban las partes para apelar la Resolución final había vencido el 27 de setiembre de 2006 pues, tanto FETRANSA como FERSINSAC habían sido notificadas el 6 de septiembre de 2006. En ese sentido, para la Secretaría Técnica y la Comisión, el recurso presentado por OSITRAN el 6 de octubre de 2006 se encontraba fuera del plazo legal de quince días,



RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

teniendo en consideración que dicho organismo no era parte en el procedimiento por no haberse apersonado al mismo.

El 8 de noviembre de 2006, la Secretaría Técnica de la Sala, para mejor resolver la queja planteada y los problemas conexos suscitados en la tramitación del procedimiento, solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión la remisión del expediente correspondiente al procedimiento sancionador seguido contra FETRANSA. El 9 de noviembre de 2006, la Secretaría Técnica de la Comisión remitió a la Sala el Expediente N° 010-2004/CLC y 012-2004/CLC (ACUMULADOS).

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Determinar si la Comisión incurrió en algún defecto de tramitación en el Expediente N° 010-2004/CLC y 012-2004/CLC (ACUMULADOS) con ocasión de la notificación de la resolución que puso fin a la instancia y,
- (ii) Determinar si la Comisión incurrió en defectos de tramitación respecto de la tramitación del recurso de apelación interpuesto por OSITRAN contra la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC.

## III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

### III.1 La naturaleza de los procedimientos administrativos sancionadores

El procedimiento administrativo sancionador tiene por finalidad identificar la existencia de infracciones cometidas por un sujeto agente a un marco legal previamente establecido, y respecto del cual la Administración Pública tiene, además, encomendada su vigilancia y fiscalización.

La intervención de la Administración Pública y las acciones que se encuentra obligada a realizar para asegurar el cumplimiento del marco legal descansa en el interés público que la sociedad tiene en que las conductas prohibidas por una ley específica no se ejecuten, pues las considera lesivas a los principios básicos de convivencia social. Esta circunstancia especial, determina que el procedimiento administrativo sancionador sea expresión legal y natural del carácter público de la actuación administrativa, donde la oficialidad es la pauta, el compromiso y la obligación.

La intervención de sujetos interesados en que se ponga en evidencia un hecho infractor o que, incluso aleguen la existencia de un derecho o interés legítimo afectado por la conducta de aquel que incumple con el marco legal, es solo coadyuvante al cumplimiento de la finalidad que el procedimiento administrativo sancionador persigue.

3/12



RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

04530

Estos principios y la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador han sido recogidos, tanto en la Ley del Procedimiento Administrativo General como en el Decreto Legislativo N° 807, que establece las normas y facultades del Indecopi en la tramitación del procedimiento administrativo y, en el propio Decreto Legislativo N° 701, que establece el marco de referencia para el juzgamiento de las conductas contrarias a la libre competencia.

El artículo 15° del Decreto Legislativo N° 701 establece que *"la investigación será iniciada por la Secretaría Técnica de oficio, previa aprobación de la Comisión, o a petición de parte. Si la Secretaría estima, existen indicios razonables de violación de la presente ley, notifica al presunto responsable enumerando los hechos que supuestamente infringen la ley"*. Como puede apreciarse, la norma contempla las dos finalidades esenciales del procedimiento administrativo sancionador antes referidas: primero, para el inicio de la investigación, la acción es consecuencia del cumplimiento del deber que la autoridad tiene de vigilar el cumplimiento de la ley que le ha sido encomendado cautelar y, también puede ser la respuesta a un requerimiento del particular interesado (la norma menciona *"de parte"*); y segundo, el inicio del procedimiento sancionador, con la imputación de cargos, es decir, con la persuasión del órgano instructor de la verosimilitud de una conducta infractora, corresponde a la Secretaría Técnica.

La norma en referencia deja claro que el procedimiento sancionador se inicia cuando la autoridad decide imputar cargos a un presunto responsable. En el proceso de formación de esta decisión puede estar inmerso el ejercicio del propio deber de fiscalización de la autoridad o el requerimiento de un particular interesado.

La disposición normativa es consistente con la previsión del artículo 235.1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General que dispone: *"El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia"*. En este caso, el legislador ha sido enfático en destacar que el pronunciamiento administrativo sancionador es el resultado del ejercicio de una potestad punitiva que corresponde únicamente al Estado y no a los particulares, por lo que, el inicio del procedimiento es siempre por una acción de oficio.

Asimismo, el hecho justificante de la acción que emprende la autoridad competente puede ser el resultado de su propia decisión –en cumplimiento del mandato legal de fiscalización–; la orden de su superior jerárquico que, ante su inactividad o por conocimiento directo de un hecho posiblemente infractor, le impone el inicio del procedimiento; el aviso coadyuvante de otros



RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

órganos u organismos de la Administración Pública, en el entendido que todas las entidades de la Administración Pública son garantes del cumplimiento de las leyes en función al orden público que están llamadas a tutelar; y la denuncia.

0454

En el caso de lo que ley denomina denuncia, es importante notar que se refiere a la figura, también regulada por ella en el artículo 105°, bajo la previsión de una facultad general de todo administrado "*para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento*". La intervención de cualquier administrado, ciudadano o sujeto bajo esta modalidad es una garantía de control para el cumplimiento de los marcos legales, pero, adicionalmente, para el control del hecho de que la Administración cumplan con las labores de fiscalización y control que las leyes le han encomendado.

Igualmente, es importante destacar que la norma referida no obliga a que el denunciante sea parte del procedimiento, pero tampoco prohíbe que, si lo considera conveniente, se incorpore como sujeto del procedimiento y ejerza en él los derechos inherentes a sus legítimas pretensiones. Esto es así, en la medida en que la propia Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo 50° referido a los sujetos del procedimiento administrativo, garantiza de la manera más amplia, la participación de los administrados en los procedimientos administrativos. Adicionalmente, el artículo 60° referido a los terceros administrados reconoce el derecho de éstos a "*apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él*". Es decir, para la ley el tercero ajeno al procedimiento es tercero hasta que decide incorporarse al mismo, momento en el cual adquiere los mismos derechos y obligaciones de cualquier parte previamente incorporada.

La interpretación de ambos marcos legales, el Decreto Legislativo N° 701 y la Ley del Procedimiento Administrativo General, debe ser conciliada, dado el carácter supletorio de la segunda respecto de la primera<sup>1</sup>. Así, cuando la norma represora de conductas anticompetitivas admite la participación de administrados interesados en el inicio de una investigación, está reconociendo el derecho que éstos tienen a formular denuncias, en los términos contemplados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, y además, como parte del procedimiento, en caso lo consideren así. De la misma manera, el hecho de que el procedimiento administrativo sancionador se inicie de oficio, no obsta para que cualquier particular inste a la autoridad el cumplimiento de sus funciones y la sanción de un comportamiento

<sup>1</sup> Esta situación es, además, independiente del hecho de que una (norma de libre competencia) sea anterior a la otra (Ley del Procedimiento Administrativo General).

RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

incumplidor. En este caso, adicionalmente, si el particular puede alegar un interés legítimo o derecho subjetivo, tiene la facultad legal de incorporarse al procedimiento en el momento en que lo estime conveniente.

-04541

Finalmente, es de notar que el Decreto Legislativo N° 701 utiliza en distintos artículos la terminología de "denuncia" para referirse a la imputación de cargos efectuada de oficio por la autoridad administrativa que, como ya se ha señalado, es la única competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador (artículo 16°, artículo 20°). Sin embargo, esta terminología es una ratificación del hecho de que en estos procedimientos es altamente posible que participen directamente aquellos particulares que sientan afectado un interés legítimo o derecho subjetivo.

En otras palabras, el procedimiento de represión de conductas anticompetitivas admite la participación de terceros en condición de parte en la medida que acrediten tener un interés legítimo o un derecho subjetivo en el resultado del mismo.

### III.2 La condición de parte de OSITRAN y su legitimidad para obrar

A efectos de atender el reclamo en queja formulado por OSITRAN, es necesario analizar primero su condición en el procedimiento y la legitimidad que exhibe para obrar en el mismo.

Al respecto, tal como puede apreciarse de los actuados en el Expediente N° 010-2004/CLC y 012-2004/CLC (ACUMULADOS), la primera imputación de cargos a FETRANSA fue efectuada mediante la comunicación de la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC, la misma que fue expedida como consecuencia de la investigación desarrollada por la Secretaría Técnica ante requerimiento de OSITRAN. En dicho pronunciamiento, el artículo tercero dispuso expresamente: "Notificar la presente resolución (...) al Organismo Supervisor de la Inversión en infraestructura de Transportes de Uso Público - OSITRAN (...)".

En ejecución de dicho pronunciamiento, el 28 de octubre de 2004 se puso en conocimiento de OSITRAN el inicio de la investigación contra FETRANSA, tal como se desprende del cargo que obra a fojas mil ciento noventa y cinco (1195) del expediente. Asimismo, de la revisión de los actuados se observa que en el transcurso del procedimiento, la Secretaría Técnica de la Comisión efectuó diversos requerimientos de información a OSITRAN<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> En el expediente obran los siguientes documentos:

- (i) Oficio N° 030-2005/CLC-INDECOPI del 29 de abril de 2005, mediante el cual se requirió a OSITRAN que, en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, remita información o documentación relativa a la ejecución del Contrato de Concesión de los Ferrocarriles del Sur y del Sur-Oriente suscrito con FETRANSA, el mismo que obra a fojas mil quinientos ochenta y cuatro (1584);
- (ii) Oficio N° 807-05-GS-OSITRAN del 5 de diciembre de 2005, mediante el cual OSITRAN absolvió el

6/12



RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

Atendiendo a los términos de la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC que dio inicio al procedimiento sancionador, y a las diversas notificaciones y requerimientos realizados a OSITRAN, es incuestionable que la Comisión reconoció a dicha entidad la condición de sujeto del procedimiento y parte en el mismo, al cual dispuso le fuera notificada la resolución de imputación de cargos, consecuencia directa de la denuncia que OSITRAN había efectuado con anterioridad.

-045

En efecto, la condición de parte en un procedimiento se adquiere, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 50° de la Ley del Procedimiento Administrativo General cuando *"cualquiera sea su calificación o situación procedimental, participa en el procedimiento administrativo"*. Como es obvio, cuando la autoridad competente decide notificar a OSITRAN el acto administrativo de imputación de cargos, le reconoce una condición de parte en el procedimiento. Es de notar que la misma norma antes referida contempla expresamente, que *"cuando una entidad interviene en un procedimiento administrativo como administrado, se somete a las normas que lo disciplinan en igualdad de facultades y deberes que los demás administrados"*.

No obstante lo anterior, incluso si se considerara que el apersonamiento de OSITRAN se produjo con ocasión de su decisión de impugnar la resolución que puso fin a la instancia, en dicho recurso, la entidad mencionó expresamente que se apersonaba a la instancia y alegó su legítimo interés para recurrir la referida resolución. Como ya se ha señalado, es un derecho de los terceros ajenos al procedimiento apersonarse al mismo cuando lo estimen conveniente y, en este caso, OSITRAN lo hizo cuando tomó conocimiento del acto que le causa agravio.

En lo que se refiere a la legitimidad para actuar alegada por OSITRAN, la Sala considera que se encuentra plenamente acreditada y expresamente contemplada en el ordenamiento legal vinculado a su marco de competencia.

- 
- requerimiento de información efectuado por la Comisión a través del Oficio N° 091-2005/CLC-INDECOPI, que obra a fojas dos mil ochocientos setenta y tres (2873);
- (iii) Oficio N° 075-06-GG-OSITRAN del 16 de marzo de 2006, mediante el cual OSITRAN absolvió el requerimiento de información efectuado por la Comisión a través del Oficio N° 017-2006/CLC-INDECOPI, que obra a fojas cuatro mil treinta y siete (4037);
  - (iv) Oficio N° 045-2006/CLC-INDECOPI del 9 de mayo de 2006, mediante el cual se requirió a OSITRAN que, en un plazo máximo de cinco (03) días hábiles, precise si el Contrato de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante celebrado entre FETRANSA y Perúrail S.A. debía ser considerado como confidencial para los efectos del procedimiento sancionados, el mismo que obra a fojas cuatro mil ciento treinta (4130).
  - (v) Oficio N° 050-2006/CLC-INDECOPI del 12 de mayo de 2006, mediante el cual se requirió a OSITRAN que, en un plazo máximo de cinco (03) días hábiles, precise si el Contrato de Arrendamiento de Material Tractivo y Rodante celebrado entre FETRANSA y Perúrail S.A. debía ser considerado como confidencial para los efectos del procedimiento sancionados, el mismo que obra a fojas cuatro mil ciento treinta (4130).
  - (vi) Oficio N° 131-2006/CLC-INDECOPI del 15 de setiembre de 2006 mediante el cual se puso en conocimiento de OSITRAN la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC.

7/12

En efecto, el artículo 107° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que *"cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse (...) para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo (...)"* [subrayado agregado].

Por su parte, la Ley N° 26917 –Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo– establece, entre los objetivos de OSITRAN, el fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte<sup>3</sup>. Asimismo, tal como se señala en el inciso o) del artículo 7.1° de la referida norma, OSITRAN tiene como función *"llevar a cabo las acciones que requiera la promoción de una efectiva y leal competencia entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte."* (subrayado agregado).

En el caso particular de las relaciones entabladas entre FETRANSA y el Estado Peruano, el Contrato de Concesión suscrito el 19 de julio de 1998<sup>4</sup>, en su cláusula séptima, dispone que OSITRAN se encuentra legitimado para actuar en los procedimientos ante el INDECOPI en situaciones en la que se considere que se infringe la regulación en materia de competencia<sup>5</sup>.

En consecuencia, es claro que OSITRAN tiene la obligación de velar porque el sector funcione bajo las normas de la libre competencia y cuenta con legítimo interés para participar en los procedimientos derivados de posibles infracciones al Decreto legislativo N° 701 y, en particular, de las infracciones que se presenten en el contrato materia del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra FETRANSA.

### III.3° El reclamo en queja de OSITRAN

El reclamo en queja es un remedio procesal por el cual, el administrado que sufre perjuicios derivados de un defecto en la tramitación del procedimiento -

<sup>3</sup> LEY N° 26917. Artículo 5.- Objetivos.

(...)

- d) 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, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.

<sup>4</sup> El texto completo del referido contrato de concesión puede ser revisado en la siguiente dirección electrónica:  
<http://www.ositran.gob.pe/documentos/CONT-FTA.PDF>

<sup>5</sup> CONTRATO DE CONCESIÓN. Artículo 7.6.- Equidad en servicios.

(...)

Además de las personas directamente legitimadas para hacerlo, tanto el Concedente como OSITRAN están legitimados para iniciar procedimientos ante INDECOPI, en caso consideren que el Concesionario está infringiendo la regulación legal de la libre competencia en el desarrollo de sus actividades.



RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

constituido por la paralización del mismo, infracción de los plazos establecidos o la omisión de determinados actos - acude a la instancia superior del órgano responsable de dicho defecto de tramitación, a fin de que ésta ordene su subsanación y la continuación del trámite, de acuerdo a sus normas reguladoras<sup>6</sup>.

En el artículo 158 de la Ley del Procedimiento Administrativo General se dispone que la queja puede presentarse contra los defectos de tramitación y en especial los que supongan la paralización o infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva que ponga fin a la instancia<sup>7</sup>.

En el caso, el primer aspecto que la queja plantea es el referido al hecho de si OSITRAN debió o no ser notificado de la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, resolución que puso fin a la denuncia absolviendo a la investigada FETRANSA de cualquier responsabilidad. Como ha sido referido en los antecedentes, dicho acto fue comunicado a FETRANSA y FERSINSAC mediante cédula de notificación, y a OSITRAN y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones mediante oficio.

Al respecto, esta Sala considera que el acto administrativo que puso fin al procedimiento debió ser notificado a todos aquellos que eran parte en el procedimiento y, como quiera que la Comisión otorgó dicha condición de parte a OSITRAN desde el momento mismo en que formuló la imputación de cargos a la investigada, también estaba obligada a notificar el acto que ponía fin al procedimiento, de la misma manera que hizo con FERSINSAC, la otra interesada participante del procedimiento administrativo. Es de notar que el haber OSITRAN y FERSINSAC la misma participación, pues fue sobre la base de sus denuncias que se inició el procedimiento, no existe sustento válido para darles un trato diferenciado, es decir, notificar a uno y no a otro.

No obstante lo señalado, el hecho de que la Comisión utilizara la formalidad del oficio para comunicar a OSITRAN de su pronunciamiento, es válido que dicha entidad asumiera tal comunicación como una notificación y, en ejercicio de sus facultades, pretendiera ejercer los derechos que la ley le otorga para cuestionar un pronunciamiento que consideró lesivo a la libre

<sup>6</sup> GONZALEZ PEREZ, Jesús. Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos. 4ª.ed. Madrid, 1991. p. 593.

<sup>7</sup> LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 158.- Queja por defectos de tramitación.-

158.1 En cualquier momento, los administrados pueden formular queja contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos establecidos legalmente, incumplimiento de los deberes funcionales u omisión de trámites que deben ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto en la instancia respectiva. (...)



competencia que debe existir en los mercados sujetos a su supervisión. 04547

La actuación de OSITRAN está respaldada, además, por lo señalado en el artículo 27.1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General que señala que "la notificación defectuosa por omisión de alguno de sus requisitos de contenido, surtirá efectos legales a partir de la fecha en el que el interesado manifiesta expresamente haberla recibido (...)". En otras palabras, lo que OSITRAN planteó al formular su apelación es que, como debió ser notificada, se daba por notificada con la remisión del oficio y lo consideraba como el momento a partir del cual estaba en condición de hacer valer su derecho a la contradicción del acto administrativo.

Un segundo aspecto de la queja es el que tiene que ver con el tratamiento dado al recurso de apelación formulado por OSITRAN, en la medida que el mismo no fue objeto de pronunciamiento por la Comisión, sino que fue respondido por una comunicación de la Secretaría Técnica. Llama la atención de esta Sala que los incidentes relacionados a este recurso no se hayan incorporado al expediente.

Al respecto, el tenor de la comunicación remitida por la Secretaría Técnica de la Comisión a OSITRAN resulta escueto y no desarrolla conceptual y legalmente el sustento de la decisión de no dar trámite al pedido de OSITRAN. Como puede apreciarse, la apelación formulada por la entidad planteaba la necesidad de definir su condición de parte en el procedimiento, su legítimo derecho al apersonamiento, la legitimidad de su obrar, la existencia o no de una comunicación válida, el efecto de los plazos, entre otras. Ninguno de estos aspectos es abordado en la comunicación de la Secretaría Técnica.

Adicionalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 701 no es atribución de la Secretaría Técnica pronunciarse respecto de los recursos de apelación formulados contra los pronunciamientos de la Comisión, facultad que corresponde exclusivamente al órgano funcional.

En consecuencia, esta Sala advierte que la tramitación de la notificación del pronunciamiento final expedido por la Comisión, no ha sido la adecuada en la medida que no se ha respetado la condición de parte de OSITRAN y que no se ha dado trámite válido a la apelación que interpusiera, dándose por notificado con la comunicación que le remitió la Secretaría Técnica de la Comisión el 15 de septiembre de 2006.

RESOLUCIÓN N° 1825-2006/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 001688-2006/TDC/Queja

Atendiendo a lo señalado, corresponde declarar fundada la queja y, toda vez que el recurso presentado se encuentra en esta instancia, en aplicación de los principios de simplicidad y celeridad que inspiran el procedimiento administrativo, es procedente que la Sala califique dicho recurso y le dé el trámite previsto en la ley.

0454

#### III.4 El recurso de apelación de OSITRAN

Tal como ha sido señalado en los antecedentes y analizado en este pronunciamiento, OSITRAN fue comunicado de la decisión final de la Comisión el 15 de septiembre de 2006. En ejercicio de sus legítimos derechos la entidad se dio por notificada en dicha fecha iniciándose el cómputo del plazo para la interposición del recurso de apelación.

El 28 de septiembre del 2006, último día del plazo contemplado en la ley para tal efecto, OSITRAN ha formulado apelación cumpliendo con identificar el acto que le causa agravio, fundamentar el agravio y alegar la exoneración que lo beneficia respecto del pago de la tasa administrativa, la misma que hoy tampoco resulta exigible.

En consecuencia, corresponde conceder la apelación interpuesta y disponer que la Secretaría Técnica de la Sala notifique de tal hecho a las partes a los de la apertura de la instancia.

#### III.5 El recurso de apelación de FERSIMSAC

De la revisión del Expediente N° 010-2004/CLC y 012-2004/CLC (ACUMULADOS) esta Sala ha observado también que la Comisión declaró inadmisibles los recursos de apelación planteados en tiempo oportuno por FERSIMSAC contra la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, por no haber cumplido con el pago de la tasa administrativa correspondiente.

El pronunciamiento de la Comisión se encuentra contenido en la Resolución N° 072-2006-INDECOPI/CLC del 16 de octubre de 2006.

Al respecto, esta Sala no puede dejar de señalar que el 11 de octubre de 2006, mediante su portal de información, el Tribunal Constitucional hizo público un pronunciamiento con carácter de precedente vinculante por medio del cual estableció que: *"Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia"*.

Si bien, la obligatoriedad de cumplir con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional – en cuanto precedente de observancia obligatorio- se produjo recién con la publicación de ese pronunciamiento en el diario oficial El Peruano el 24 de octubre de 2006, la difusión de la existencia del pronunciamiento se había producido de manera intensa en todas las entidades de la administración pública e incluso había sido objeto de notas periodísticas<sup>3</sup>.

-0454

Atendiendo a ello, y teniendo en consideración que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional no es constitutivo, sino declarativo, la Sala considera que el recurso de FERSINSAC debió ser admitido a trámite.

#### IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

**PRIMERO:** declarar fundada la queja interpuesta por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público –OSITRAN contra la Comisión de Libre Competencia en la medida que no respetó su condición de parte en el procedimiento y no otorgó la tramitación prevista en la ley al recurso de apelación interpuesto.

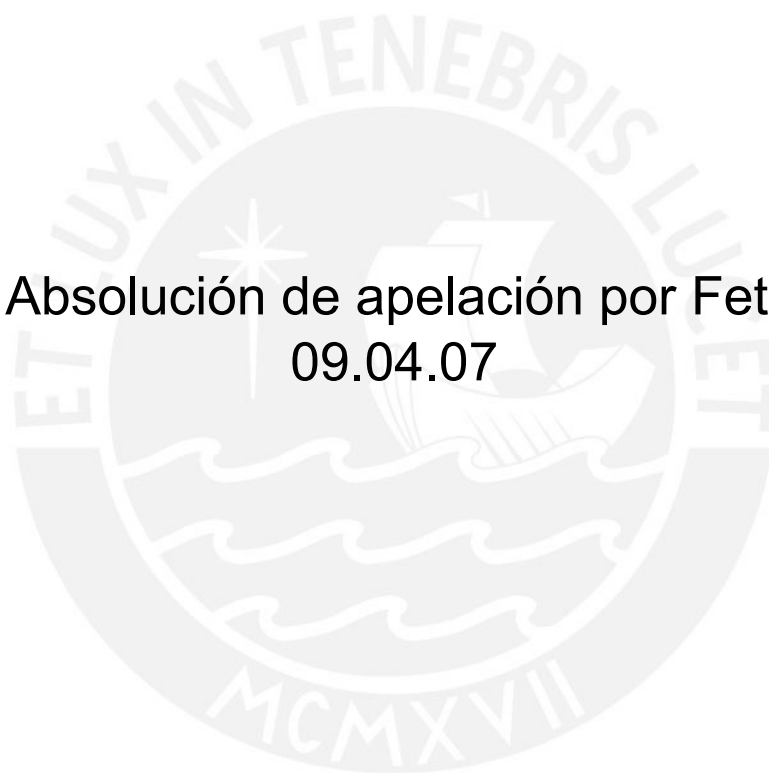
**SEGUNDO:** conceder el recurso de apelación interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN contra la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC y, en consecuencia, disponer que la Secretaría Técnica de la Sala de Defensa de la Competencia tramite el referido recurso teniendo en consideración que el expediente administrativo correspondiente ya se encuentra en esta instancia.

**Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.**

  
JUAN FRANCISCO ROJAS LEO  
Presidente

<sup>3</sup> Ver diario La Primera del 15 de octubre de 2006, pág. 09.

29. Absolución de apelación por Fetrans  
09.04.07



ESTUDIO ECHECOPAR  
ABOGADOS

IN DECOPI  
Tribunal de la Competencia  
de Inversión  
- 9 ABR 2007  
Firma: *[Firma]*  
RECIBI

000000

037511

Expediente N° 010-2004/CLC y  
N° 012-2004/CLC (acumulados)

-04574

A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI:

FERROCARRIL TRANSANDINO (en adelante, "FETRANS"), en el procedimiento seguido por supuesto abuso de posición de dominio, atentamente decimos:

Que, con fecha 14 de marzo de 2007, fuimos notificados con el recurso de apelación interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) contra la Resolución No. 064-2006/INDECOPI-CLC, por lo que, dentro del término de ley, absolvemos el traslado de la apelación, solicitando a la Sala que confirme dicha resolución, por los siguientes fundamentos:

#### I. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

- 1.1. OSITRAN ha solicitado a la Sala que revoque la resolución expedida por la Comisión de Libre Competencia, y que declare fundado el procedimiento seguido en contra de FETRANS por presuntas infracciones contra las normas de libre competencia conforme a los siguientes argumentos.
- 1.2. Según OSITRAN, la integración vertical existente entre el concesionario de la infraestructura vial ferroviaria del Ferrocarril Sur Oriente (en adelante, FSO) y el operador de la vía, PERURAIL, genera una barrera de acceso a los nuevos operadores, limitando la competencia que podría existir en el servicio de transporte de carga y pasajeros. Así, señala que *"ante un potencial entrante, el concesionario está en condiciones de evitar la entrada, favoreciendo de esta forma a su operador de transporte vinculado. En este escenario, la integración vertical actúa como barrera al ingreso de nuevos operadores de la vía férrea"*<sup>1</sup>.
- 1.3. Asimismo, para OSITRAN, el principio que rigió la reforma de la actividad ferroviaria es *"la necesidad de introducir y permitir la libre competencia de operadores privados en el servicio de transporte ferroviario"*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Página 8 del recurso de apelación interpuesto por OSITRAN.

<sup>2</sup> Página 9 del recurso de apelación interpuesto por OSITRAN.

- 1.4. Por otro lado, OSITRAN considera que la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) se ha equivocado al sostener que, en virtud de la Circular No. 17 emitida en el proceso de concesión del FSO, no se encontraba prohibido que FETRANS alquilara el íntegro del material tractivo y rodante a su vinculada, PERURAIL. En efecto, OSITRAN opina que la interpretación de la mencionada circular debió hacerse conforme a la Constitución y al Decreto Legislativo No. 701, a favor de la competencia, sin desconocer la finalidad procompetitiva de las demás estipulaciones del Contrato de Concesión del FSO.
- 1.5. Asimismo, OSITRAN considera que como la Circular No. 17 señala que "*queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Transporte Ferroviario*" entonces esta obligación de otorgar acceso a la vía únicamente puede darse a través del material tractivo y rodante otorgado por el Estado.
- 1.6. Por último OSITRAN considera que la Comisión no debió limitar su análisis al hecho que el Contrato de Concesión no le prohibiera a FETRANS alquilar el 100% del material tractivo y rodante, sino que debió enfocarse en el hecho que PERURAIL no habría utilizado al 100% dicho material. Para ello, OSITRAN ofrece en calidad de "nueva" prueba, un informe del supervisor comercial del propio organismo regulador respecto del uso del material en el año **2006**.

A continuación, demostraremos como los argumentos que sustentan la apelación de OSITRAN, son errados.

## **II. MODELO DE CONCESIÓN: INTEGRACIÓN VERTICAL Y LA FINALIDAD DE LA REFORMA**

Según lo señalado por OSITRAN como fundamento de su apelación, la integración vertical existente entre FETRANS y PERURAIL actúa como una barrera de acceso que impide el ingreso de potenciales operadores, en tanto FETRANS favorece a su vinculada en desmedro del entrante potencial.

Debemos destacar que este argumento es un mero desarrollo teórico por parte de OSITRAN, pues no presenta prueba alguna que efectivamente demuestre que

FETRANS haya buscado perjudicar a un competidor en beneficio de su operador integrado. Como hemos acreditado a lo largo del presente procedimiento, tanto los documentos de la licitación como el Contrato de Concesión del FSO le permiten a FETRANS alquilar la totalidad (el 100%) del material tractivo y rodante concesionado a PERURAIL, para que ésta preste el servicio de transporte ferroviario. Así también, ni el Contrato de Concesión, ni en los documentos de la licitación se señala la obligación de PERURAIL de tener que compartir el material tractivo y rodante con todos los entrantes.

Por lo demás, carece de sentido sostener esto último, pues es claro que la cantidad de material tractivo y rodante concesionado a FETRANS es finita, y la cantidad de potenciales entrantes al mercado, en principio, es infinita. Por lo tanto, es poco razonable sostener que PERURAIL tiene la obligación de compartir el material tractivo y rodante que se le ha entregado en alquiler, con todos los potenciales operadores que lo deseen.

Al sostener que la única forma en la que potenciales operadores ingresarían al mercado es utilizando el material tractivo y rodante otorgado en concesión a FETRANS, se le está dando la calidad de una facilidad esencial A ESTE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE.

Como es bien conocido, la vía férrea sí constituye una facilidad esencial y es por ello que se ha establecido un régimen de acceso competitivo a ella. Por este mismo motivo, la existencia de una integración vertical entre el concesionario de infraestructura vial y el operador de transporte férreo, no constituye una barrera de acceso, pues existe justamente el régimen de acceso obligatorio a lo que son consideradas como verdaderas facilidades esenciales.

Así, en los casos en los que exista una facilidad esencial que no quiera ser compartida injustificadamente por la empresa que tiene el control de la misma, será legítima la actuación de la agencia de competencia ordenando la contratación. En cambio, en aquellos casos en los que la negativa versa sobre un recurso que no es esencial o de serlo, dicha negativa se encuentre justificada, debe respetarse el derecho constitucional de la libre contratación.

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada los requisitos que deben cumplirse para considerar que debe darse acceso a una facilidad son los siguientes<sup>3</sup>:

- i) Control de una instalación esencial por un monopolista;
- ii) Un competidor debe hallarse en la imposibilidad, práctica o razonable, de reproducir la instalación esencial;
- iii) Al competidor debe denegársele el uso de la instalación; y,
- iii) No debe existir una razón comercial legítima para denegar el acceso a la instalación.<sup>4</sup>

Desarrollando estos requisitos, Johnston<sup>5</sup> señala respecto a la primera condición, que sólo se ha calificado un bien como esencial cuando el control de dicha facilidad puede originar la eliminación de la competencia en el mercado.<sup>6</sup> De otro lado, afirma que es necesario comprobar que los competidores no pueden duplicar la facilidad esencial, siendo insuficiente alegar que es inconveniente o menos atractivo económicamente<sup>7</sup>.

Además, existe consenso en señalar que el propietario de la facilidad esencial no podrá ser obligado a compartir dicho recurso si es que, con ello, no podrá atender a sus clientes.<sup>8</sup> Es decir, sólo podrá obligarse al dominante a compartir el recurso

<sup>3</sup> En el caso AT&T, el séptimo circuito estableció los siguientes requisitos para considerar que un recurso es esencial :

- (1) Control of the essential facility by a monopolist;
- (2) A competitor's inability facility;
- (3) The denial of the use of the facility to a competitor; and,
- (4) The feasibility of providing the facility.

<sup>4</sup> Igualmente, la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi ha señalado al respecto:

"(...) aquella infraestructura o medio que es indispensable para la producción de un determinado producto en otro mercado, por lo que la negativa a proporcionar dicho bien perjudica la competencia. Es en ese sentido, si una empresa que tiene un recurso o servicio considerado esencial, se niega injustificadamente a contratar con otra y dicha conducta perjudica el interés económico general, y dentro de éste específicamente a los consumidores, será objeto de sanción por la autoridad de libre competencia.

Para que se configure la obligación de permitir el acceso a una facilidad esencial, es necesaria la concurrencia de cuatro elementos: (i) el control de la facilidad esencial debe encontrarse en poder de un monopolista (o una empresa con posición de dominio); (ii) incapacidad o irrazonabilidad para duplicar la facilidad esencial; (iii) el rechazo de la facilidad esencial; y, (iv) la posibilidad de proveer la facilidad". (resaltado y subrayado agregados)

<sup>5</sup> JOHNSTON M. Eliane. *Intellectual Property as an "Essential Facility"*. En: *Computer and Internet Lawyer*. Febrero 2005. 22.2. ABI/Inform Global. p. 17.

<sup>6</sup> "The first part of the test requires that the facility be essential. Courts have applied the term strictly and have not readily concluded that an asset is essential: 'a facility essential ... will be considered 'essential' only if control of the facility carries with it the power to eliminate competition in the downstream market". Ibid. p. 18

<sup>7</sup> "The second part of the requires that a competitor be unable practically or reasonably to duplicate the essential facility. (...) Again, however, courts have applied relatively stringer standards to this second part of the test; it is generally not sufficient for a plaintiff to assert that duplication is inconvenient or less economically attractive that using the defendant's facility". Ibid. p. 18.

<sup>8</sup> Así, en el caso Hecht v. Pro- Football se estableció que la doctrina de las facilidades esenciales está "cuidadosamente delimitada: las normas de competencia no requieren que una facilidad esencial sea compartida si dicha compartición no es práctica o podría restringir la capacidad del demandado de atender a sus clientes adecuadamente". Traducción libre del texto siguiente: "carefully delimited: the antitrust laws do not require that an



si éste no cuenta con una justificación comercial atendible<sup>9 10</sup>. Ello es importante, porque en el negado supuesto de que el material tractivo y rodante fuera una

essential facility be shared if such sharing would be impractical or would inhibit the defendant's ability to serve its customers adequately."

Johnston señala que: "The fourth part of the test requires that it be feasible for the monopolist to provide access to the facility. Overall, the modern case law tends on the whole to be relatively symphathetic to the position of the monopolist, so long as a reasonable business justification can be made for denial of access." Johnston, M. Eliane. Op. Cit. 18 p.

o El mismo criterio se recoge en "leading case" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto C-7/97. Este caso se originó cuando Mediaprint, propietaria de un sistema de reparto a domicilio de prensa diaria, se negó a incluir al periódico editado por Oscar Bronner. Ante esta negativa, Bronner acusó a Mediaprint por la supuesta infracción al artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea. Bronner sustentó su denuncia en que Mediaprint era propietaria de una facilidad esencial y que, por ello, la negativa a contratar constituía un abuso de posición de dominio.

En su sentencia, el Tribunal señaló lo siguiente: *"con objeto de afirmar la existencia de un abuso en el sentido del artículo 86 del Tratado en una situación como la que es objeto de la primera cuestión prejudicial, sería preciso además no sólo que la denegación del servicio que constituye el reparto a domicilio pudiera eliminar toda competencia en el mercado de los diarios por parte de quien solicita el servicio y no pudiera justificarse objetivamente, sino, además, que el servicio, en sí mismo, fuera indispensable para el ejercicio de la actividad de éste, en el sentido de que no hubiera ninguna alternativa real o potencial al citado sistema de reparto a domicilio.*

42 Pues bien, con toda seguridad no es éste el caso cuando, como ocurre en el asunto principal, no existe, en el territorio de un Estado miembro, más que un único sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y si, por añadidura, en el mercado de servicios constituido por este sistema o del que forma parte este sistema, su propietario ocupa una posición dominante.

43 En efecto, por una parte, ha quedado acreditado que existen otras modalidades de distribución de diarios y que son utilizados por los editores, como la distribución por correo y la venta en comercios y quioscos, aun cuando sean menos ventajosas para la distribución de algunos de ellos.

44 Por otra parte, no parece que haya obstáculos técnicos, reglamentarios ni económicos que puedan hacer imposible, ni siquiera enormemente difícil, para cualquier otro editor de diarios, el crear, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio de ámbito nacional y utilizarlo para la distribución de sus propios diarios.

45 A este respecto, debe subrayarse que, para demostrar que la creación de tal sistema no constituye una alternativa potencial realista y, por consiguiente, que el acceso al sistema existente resulta indispensable, no basta con alegar que no resulta económicamente rentable en razón de lo reducido de la tirada del diario o los diarios que deben distribuirse.

(...)

47 A la vista de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que no constituye un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado el hecho de que una empresa periodística, con una cuota muy considerable del mercado de diarios en un Estado miembro y que gestiona el único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional que existe en dicho Estado miembro, deniegue el acceso al referido sistema, a cambio de una contraprestación adecuada, al editor de un diario competidor, el cual, por la reducida tirada de éste, no está en condiciones de crear y de gestionar, en condiciones económicamente rentables, por sí solo o en colaboración con otros editores, su propio sistema de reparto a domicilio (...)" (Resaltado subrayado).

10 Otro pronunciamiento en similar sentido, es el expedido por el Tribunal de Primera Instancia en los asuntos acumulados T-374/94, T-375/95, T-384/94 y T-388/94. En dicha sentencia, el Tribunal declaró la nulidad de la Decisión 94/663/CE de la Comisión Europea que imponía a un grupo de empresas ferroviarias, la compartición de locomotoras y otros servicios que éstas prestaban en el Canal de La Mancha. En esa oportunidad, el mencionado Tribunal señaló lo siguiente:

"208. El Tribunal señala a este respecto que se deduce de la jurisprudencia referente a la aplicación del artículo 86 del Tratado que un producto o servicio sólo puede considerarse esencial o indispensable si no existe ningún sustituto real o potencial (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743, apartados 53 y 54, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 1997, Tiercé Ladbroke/Comisión, T-504/93, Rec. p. II-923, apartado 131).

209. Por consiguiente, y cuando se trate, como en el caso de autos, de un acuerdo por el que se crea una empresa en participación, que entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, el Tribunal de Primera Instancia estima que sólo puede considerarse que las empresas matrices y/o la empresa en participación así creada disponen de infraestructuras, productos o servicios «indispensables» o «esenciales» para el acceso al mercado pertinente si dichas infraestructuras, productos o servicios no pueden sustituirse por otros y si, a causa de sus especiales características y en especial del coste prohibitivo de la reproducción de los mismos y/o del tiempo razonablemente necesario para ello, no existen alternativas viables para los competidores potenciales de la empresa en participación, que se verían por tal motivo excluidos del mercado.

(...)

212. Por lo que respecta, en segundo lugar, al suministro de locomotoras, procede recordar que, como se acaba de subrayar, para considerar que las locomotoras son recursos esenciales o indispensables es preciso que lo sean para los competidores de ENS, en el sentido de que, en el caso de no disponer de ellas, estos últimos no podrían ni entrar en el mercado de referencia ni continuar operando en él (...)

215. En efecto, tal como han alegado las partes demandantes, la Decisión impugnada no contiene criterios de análisis que demuestren el carácter «esencial» de las locomotoras en cuestión. Más concretamente, la lectura de la Decisión impugnada no permite llegar a la conclusión de que resulta imposible para terceros obtener

facilidad esencial, no es posible disponer del mismo por encontrarse utilizado en su totalidad.

En tal sentido, se debe analizar rigurosamente los supuestos para determinar si existe una facilidad esencial, antes de obligar a una empresa a contratar. Por ello, las Cortes europeas y norteamericanas realizan un análisis exhaustivo a fin de determinar si el recurso disponible puede ser calificado como esencial o si, por el contrario, hay opciones disponibles aunque resulten un poco más costosas.

Es importante anotar, como lo hace el Tribunal Europeo, que no es posible obligar a una empresa a contratar sólo porque haya sido la primera en adquirir un bien; siendo que, como se ha repetido, es necesario que éste sea indispensable e insustituible para la realización de una actividad.

Ahora bien, es importante destacar que **el análisis de esencialidad de un recurso debe ser realizado en abstracto**. Es decir, debe determinarse si existe **la imposibilidad económica real para todos los competidores de duplicar la infraestructura o servicio que pertenece a una empresa**. Sólo en casos en que realmente la duplicación tenga un costo prohibitivo para cualquier competidor, se debe interpretar que se está ante una facilidad esencial.

En el presente caso, tal costo prohibitivo no existe y más bien se ha demostrado que es posible que una empresa pueda proveerse de material tractivo y rodante. Es más, no sólo PERURAIL ha adquirido dicho material sino que, como lo indicamos en su oportunidad, de acuerdo a información aparecida en diversos medios de comunicación, existe la posibilidad real de ingreso –con su propio material- de un nuevo operador ferroviario<sup>11</sup>.

---

*dichas locomotoras, bien directamente de sus constructoras, bien indirectamente comprándolas o alquilándolas a empresas terceras. Tampoco contienen los autos una correspondencia de la Comisión con terceros que ponga de manifiesto que a éstos les resulta imposible adquirir en el mercado las referidas locomotoras. Ahora bien, tal como han subrayado las partes demandantes, toda empresa que desee explotar los mismos servicios ferroviarios que ENS utilizando el túnel bajo el Canal de la Mancha puede comprar o alquilar libremente en el mercado dichas locomotoras. (...)*

216. Procede añadir a este respecto que la Comisión no ha negado el hecho de que terceros interesados pueden comprar o alquilar libremente en el mercado las mencionadas locomotoras, sino que se ha limitado a considerar que se trata en realidad de una posibilidad meramente teórica y que únicamente las empresas notificantes disponen efectivamente de dichas locomotoras. No es posible sin embargo aceptar el argumento de la Comisión. El hecho de que las empresas notificantes sean las primeras en haber adquirido en el mercado las mencionadas locomotoras no significa que sean las únicas que pueden adquirirlas." (Resaltado y Subrayado agregado)

<sup>11</sup> Por ejemplo, en la página web de RPP Noticias ([www.rpp.com.pe](http://www.rpp.com.pe)) se incluyó la siguiente noticia:

*"Nueva operadora cubriría ruta de tren Cusco-Machu Picchu  
viernes, 13 de mayo, 2005 - 11:29:01*

En consecuencia, el alquiler del material tractivo y rodante no es indispensable para que un entrante ingrese a operar al FSO por cuanto se ha demostrado con las pruebas aportadas en este procedimiento que cualquier empresa puede adquirir o acondicionar material e ingresar a operar. Por lo tanto, OSITRAN no puede darle esta condición de facilidad esencial al material tractivo y rodante, considerándola como la única opción para que ingrese un operador de transporte ferroviario.

Todo bien o recurso que no constituye una facilidad esencial es factible de ser obtenido por los competidores, y por lo tanto, no forma parte del régimen de acceso obligatorio, justamente porque su no provisión por parte del concesionario no afecta la competencia. Por lo tanto, no existe obligación de compartir el material tractivo y rodante con un entrante. Así, el razonamiento de la Comisión es correcto al establecer que FETRANS no tiene ninguna limitación para alquilar todo el material a su vinculada. Ello no sólo se debe a que el Contrato de Concesión no establece tal limitación, sino también a que, como ya se mencionó, no estamos ante una facilidad esencial cuya negativa de acceso pueda afectar la competencia.

Por otro lado, en cuanto al argumento de OSITRAN respecto que el principio que rige la reforma de la actividad ferroviaria en el Perú es de *"la necesidad de introducir y permitir la libre competencia de operadores privados en el servicio de transporte"*, nuevamente se equivoca. En efecto, no estamos ante un principio que rige la reforma, sino ante una consecuencia o efecto de esta reforma, pues la finalidad principal de la reforma ferroviaria era la de promover la inversión en la vía férrea que se encontraba en un estado desastroso. De esta manera, se procuró realizar un proceso de concesión que promoviera la competencia entre los postores interesados en obtener la concesión del FSO, que sería otorgada a un único concesionario, quien invertiría en la vía férrea para mejorarla.

---

*(RPP-Noticias) Una nueva empresa ferrocarrilera entraría a operar en la ruta Cusco-Machu Picchu en los próximos meses y entablaría una sana competencia con Perú Rail, la única operadora, afirmó el director adjunto de Pro Inversión, Jorge León Ballén.*

*Fue durante su presentación en la subcomisión parlamentaria que investiga el contrato de concesión de los ferrocarriles del sur suscrito entre el Estado y la empresa Ferrocarril Trasandino (Fetransa).*

*Aunque no reveló el nombre de la empresa, explicó que ésta habría adquirido material tractivo y rodante (trenes y locomotoras) de segunda mano y en buenas condiciones en el mercado europeo.*

*Agregó que la empresa operaría en el servicio que administra Fetransa y su operadora Peru Rail, ambas denunciadas por presunto abuso de dominio en perjuicio del buen servicio a los turistas.*

*León acudió al grupo de trabajo para explicar el proceso de concesión de los ferrocarriles del sur peruano que antes estaban en manos de la Empresa Nacional de Ferrocarriles (Enafer)."*

Así, debemos recordar que la protección de la libre competencia propugnada por OSITRAN, si bien es un fundamento de nuestra economía social del mercado, no puede llevar a las agencias encargadas de su "enforcement" a actuar en forma desmedida y afectar la inversión realizada por el concesionario de la vía férrea, imponiéndole obligaciones inexistentes al momento de celebrar el Contrato de Concesión y atribuyéndole una posición de dominio sin sustento económico con tal de forzar el ingreso de cualquier operador y "mágicamente" generar competencia en el servicio de transporte de carga y pasajeros. La labor del organismo supervisor de la infraestructura de transporte es velar por la libre competencia, pero no distorsionar el mercado. El fundamento de la competencia es la **libre** interacción entre la oferta y la demanda, y propiciar que no existan barreras de acceso a sectores del mercado. Ello no significa, sin embargo, que deba asumir una actitud paternalista a efectos de facilitar el ingreso de operadores, bajando los costos reales de ingresar a ese sector, pues se estaría atentando contra la **EFICIENCIA**, el fundamento por el cual se protege la libre competencia en sí misma. De esta manera, la búsqueda de OSITRAN porque ingrese un nuevo operador al FSO, debe ajustarse a sus facultades establecidas legalmente, y no desconocer los derechos de FETRANS, afectando de esta manera la inversión privada.

En suma, la finalidad primordial de dicho proceso era mejorar la infraestructura ferroviaria, por medio de la inversión privada. No era la finalidad primordial del proceso de concesión, generar competencia en los servicios de transporte, como equivocadamente sostiene OSITRAN.

Si bien es cierto que la competencia en servicios es deseable, ésta será producto de tener una vía férrea en condiciones óptimas de operación, lo que no ocurría antes de otorgarse la concesión a FETRANS. Este objetivo de mejorar la infraestructura es consistente con la declaración de preferente interés nacional de la inversión privada en la actividad ferroviaria, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 690, norma citada por OSITRAN en su recurso de apelación pero obviada para efectos de su interpretación "sistemática".

La lógica de OSITRAN de compartir el material tractivo y rodante concesionado por el Estado, como única opción para prestar el servicio de transporte, supone



regresar a una época previa a la reforma ferroviaria, donde los recursos del Estado se compartían y no existía la inversión privada. En cambio, dentro de la reforma ferroviaria, el esquema de concesión fue ideado pensando en que los privados inviertan en adquirir el material tractivo y rodante, para entrar a competir, utilizando recursos propios y no estatales. La intención es no reducir el servicio a los bienes de propiedad estatal existentes al momento de la reforma.

En conclusión, no es correcto afirmar que generar competencia era el principio rector del proceso de concesión del FSO. Si bien se previó la posibilidad que exista competencia en el transporte, ella no se basó en que todos los operadores compartirían los bienes del Estado, por lo que no debe imponerse el ingreso de un operador a costa de los derechos del actual concesionario.

### III. DEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA CIRCULAR No. 17

Por otro lado, OSITRAN sostiene que la Comisión se equivocó al considerar que no se encontraba prohibido que FETRANS alquile el 100% del material tractivo y rodante a PERURAIL, pues debió realizar una interpretación sistemática de la Circular No. 17, atendiendo a la Constitución y a las normas, así como a la intención procompetitiva establecida en el Contrato de Concesión.

Según OSITRAN, dado que el Contrato de Concesión establece una prohibición general de desarrollo de prácticas o conductas anticompetitivas, el Concesionario al momento de explotar la concesión *"deberá efectuarlo observando que su conducta no limite la libre competencia"*.

El argumento de OSITRAN no resulta ser ningún descubrimiento ni fundamenta su apelación, pues en ningún momento FETRANS ha pretendido sostener que el Contrato de Concesión le permite desarrollar prácticas anticompetitivas. Nuestra empresa no ha limitado la competencia, ya que, no siendo el material tractivo y rodante una facilidad esencial, cualquier entrante puede conseguir su propio material tractivo y rodante y empezar a operar. No puede imputársele a FETRANS que haya impedido el ingreso a la vía férrea de un operador debidamente autorizado para operar y con su propio material tractivo y rodante.

Así también, OSITRAN considera que esta interpretación sistemática que debió dársele a la Circular No. 17, significa que debe entenderse que la obligación impuesta en la mencionada circular, por la cual el concesionario debe dar acceso a la vía férrea, sólo es posible a través de dar acceso al material tractivo y rodante concesionado.

Esta argumentación carece de lógica y de sustento en la teoría de la interpretación jurídica. Asimismo, no tiene asidero en el propio texto de la Circular No. 17, ni en las Bases u otras circulares del proceso de concesión del FSO.

En efecto, si económicamente, el acceso a la vía férrea no fuese posible sin tener acceso también al material tractivo y rodante, no tendría sentido que las Bases y Circulares del proceso de concesión del FSO se refieran tan sólo al acceso a la vía férrea, y no especifiquen que este acceso incluye también la obligación de compartir el material tractivo y rodante. Es absurdo sostener que el CEPRI dejaría que una obligación supuestamente tan importante para asegurar el acceso de terceros a la vía férrea, sea "implícita". Es evidente que un inversionista que se encuentre participando como postor en el proceso de concesión del FSO no efectuaría la misma oferta si tiene la obligación de constituir un operador vinculado pero que va a tener que compartir con los competidores (bajo un régimen de acceso obligatorio) el material tractivo y rodante necesario para poder prestar el servicio de transporte ferroviario, más aun si por el estado en el cual se encuentra el material tractivo y rodante, va a tener que realizar fuertes inversiones para mejorarlo.

OSITRAN, vía una interpretación antojadiza, pretende imponer una obligación a FETRANS (dar acceso obligatorio al material tractivo y rodante) que no sólo no estaba prevista en el Contrato de Concesión, sino que es contraria al sentido de las Bases de la Licitación y de la propia Circular No. 17, que en ningún momento prevé la obligación de dar acceso al material tractivo y rodante, sino solamente acceso a la vía férrea. OSITRAN pretende, por arte de magia, extraer una obligación inexistente a partir de una obligación que sí existe (dar acceso a la vía férrea).

En efecto, como lo hemos mencionado a lo largo del presente procedimiento, no existe ninguna disposición en las Bases, ni en las circulares, ni en el Contrato de

Concesión, que permita inferir la existencia de una obligación de dar acceso al material tractivo y rodante entregado en concesión.

Como ya señalamos en nuestro escrito presentado el 6 de julio de 2005, las Bases establecieron inicialmente que el Concesionario podía prestar servicios de transporte siempre que lo contratara un "Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario". Además, con el modelo de acceso competitivo adoptado, otros "Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario"<sup>12</sup> podían entrar a prestar servicios. Bajo este esquema, entonces, el concesionario presta el servicio con el material tractivo y rodante concesionado.

Luego, mediante Circular No. 17, se estableció que el concesionario no puede prestar directamente el servicio de transporte de personas y carga sino que tiene **la obligación** de constituir un operador, eliminándose la figura del porteador. En lo que respecta al ingreso de otros operadores, no se estableció ninguna modificación, manteniéndose el mismo régimen de acceso competitivo: cualquier tercero es libre de entrar a prestar servicios de transporte.

Estos cambios se adoptaron a través de circulares del CEPRI (Circular No. 17 y dos aclaratorias) que son parte de las Bases<sup>13</sup> y que citamos a continuación. Como podrá verse, en ninguna de las circulares se menciona la obligación del operador integrado de dar acceso al material tractivo y rodante.

**"CIRCULAR N° 017**

*Fecha: 15.03.99*

*Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos*

<sup>12</sup> Por ello, las Bases tuvieron inicialmente las siguientes definiciones (que luego fueron modificadas por Circular N° 17):  
**"Operador de Servicios de Transporte Ferroviario:** Es cualquier persona jurídica, 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.

**Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario:** Es cualquier persona natural o jurídica que organiza Servicios de Transporte Ferroviario para que los ejecute. No queda incluido en esta definición el público en general que utiliza los Servicios de Transporte Ferroviario organizados por los Portadores o los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario.

**Servicios de Transporte Ferroviario:** Son los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, las operaciones relacionadas al material tractivo y rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad de cada Operador o Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario.

El Concesionario sólo podrá desarrollarlos cuando sea contratado al efecto por un Operador o Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario."

<sup>13</sup> "3.3.2. Las Circulares emitidas por el CEPRI-ENAFER formarán parte integrante de las presentes Bases."

de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto por la presente circular.

1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.

2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. En el caso de Consorcios Divisibles, el Adjudicatario deberá contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario para más de un ferrocarril.

3. En la Fecha de Cierre el Adjudicatario deberá presentar (i) un certificado de vigencia extendido por los Registros Públicos de Lima de la persona jurídica que a dicho efecto se contrate o constituya, (ii) una copia legalizada por Notario Público del Perú del respectivo permiso de operación o de la autorización suficiente otorgados por la entidad competente.

(...)

6. Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.

En virtud de la obligación de El Concesionario de contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en la Fecha de Cierre, los denominados en el contrato, "Proveedores de Servicios de Transporte Ferroviario", en su calidad de usuarios de los servicios ferroviarios, deberán de acuerdo a las reglas del mercado contratar con los Operadores como cualquier otro usuario. En tal sentido, consideramos innecesaria su referencia, por lo que en el Contrato de Concesión, se eliminará toda mención a "porteadores o Proveedores de Servicios de Transporte Ferroviarios.

Finalmente, y como consecuencia de las modificaciones contempladas en la presente Circular, debe quedar claro que el Concesionario no está facultado para organizar, desarrollar y explotar Servicios de Transporte Ferroviario por cuenta propia, a solicitud de operadores, o de algún tercero; debe entenderse modificadas la definición de "Servicios de Transporte Ferroviario" así como la cláusula 6.3. y demás pertinentes de la versión preliminar del Contrato de Concesión." (Subrayado Agregado)

Nótese que no se establece limitación alguna para la explotación del material tractivo y rodante, como sí se hace respecto de la vía férrea, obligando a dar acceso a terceros. Es claro que, si quería imponerse una restricción u obligación respecto de la provisión de material tractivo y rodante se hubiera tenido que indicar en esta Circular, pero ello no ocurrió. Es más, cuando los demás postores realizaron consultas sobre la participación del concesionario en el operador de



transporte, se aclaró que **no existía restricción alguna a tal efecto**<sup>14</sup>, como consta en las Circulares No. 043 y 073. Es así, que de haber sido la intención imponer la obligación de permitir el acceso obligatorio, a todos los operadores del servicio de transporte, se tuvo una segunda y tercera oportunidad para aclarar la obligación, **lo que no se hizo porque tal obligación no existe**. Ello corrobora el esquema de la integración vertical con la obligación de dar acceso competitivo a la vía férrea, no al material tractivo.

Al quedar claro que no existe tal obligación, es incorrecto que OSITRAN realice una "interpretación sistemática" pues sólo es pertinente realizar una "interpretación" cuando estamos ante una cláusula o norma que generen algún tipo de duda.

Resulta pertinente analizar la teoría de la interpretación a raíz de lo alegado por OSITRAN, para lo cual transcribimos un extracto del libro del profesor Marcial Rubio Correa<sup>15</sup>:

*"Tenemos varios niveles en la problemática jurídica de un caso determinado. El primero es saber cuales son las normas existentes (y los*

<sup>14</sup> **CIRCULAR N° 043**

**Fecha: 07.05.99**

**Pregunta:** El punto 2 de la Circular N° 17 señala que el adjudicatario puede constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, por tanto ¿puede el adjudicatario constituir una filial para que preste estos servicios? De ser así ¿existiría alguna restricción en cuanto a la participación del adjudicatario en esta eventual filial?

**Respuesta:** La empresa operadora deberá tener personería jurídica distinta del Concesionario. Por tanto, no podrá constituirse como filial o subsidiaria de éste. **No existe limitación ni restricción alguna en cuanto a la participación del Concesionario en alguna de las empresas operadoras tal como se ha precisado en la Circular N° 017.**

**Pregunta:** (...) se solicita aclarar el último párrafo de esta circular. Asimismo, se solicita reconsiderar la prohibición al Concesionario de prestar servicios de transporte ferroviario en forma directa ya que se considera que con el diseño actual, solamente se está complicando innecesariamente la operación del Concesionario y se le está impidiendo beneficiarse de las economías de escala que presenta un operador integral que presta todos los servicios (...) [resaltado y subrayado agregados]

**Respuesta:** A mérito de la Circular N° 017, el Concesionario no podrá prestar servicios de transporte ferroviario, los cuales deberán ser desarrollados exclusivamente por los operadores de servicios de transporte ferroviario. En la segunda versión del Contrato de Concesión que será distribuida entre los postores precalificados, se incorporarán los alcances descritos en la Circular N° 017."

**CIRCULAR N° 073**

**Fecha: 03.09.99**

A la Fecha de Cierre, el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditar el Concesionario que ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea, deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario, de forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participaciones con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales.

Esta exigencia no impide que, con posterioridad a la Fecha de Cierre, cualquiera de los accionistas, socios o participacionistas de dicho Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, disponga, grave o transfiera su participación en el capital de dicho Operador, a favor del Concesionario, de otro accionista, socio o participacionistas, ni a las Empresas Vinculadas a ellos o al Concesionario, de las obligaciones que les impone el contrato de concesión, incluyéndose pero no limitándose a las previstas en su numeral 12.2., ni al Operador de Servicios de Transporte Ferroviario respecto de las obligaciones emanadas del Decreto Supremo N° 027-99-MTC." (resaltado y subrayado agregados)

<sup>15</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Octava edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001. pp. 245 – 248.

conceptos aplicables) al caso bajo estudio. Para dilucidar este primer nivel nos sirve la teoría de las fuentes del Derecho.

Una vez que hemos definido las normas aplicables, tenemos un segundo nivel de problemas que consiste en saber qué dicen esas normas jurídicas. A este efecto nos sirve la teoría de la norma jurídica.

Superados los dos niveles anteriores, nos encontramos con un tercero que consiste en averiguar exactamente **qué quiere decir la norma**. Este nivel debe ser abordado mediante la teoría de la interpretación.

**La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma. (...)**

Este problema de interpretación puede surgir del texto mismo (es oscuro en sí) o de su aplicabilidad a un caso concreto (el texto normativo es claro, pero no se puede saber con claridad su significado a partir de los matices fácticos del caso al que se quiere aplicarla).

**En cualquier situación, la teoría de interpretación está destinada a desentrañar el qué quiere decir la norma jurídica.**" (Resaltado y subrayado agregados)

Como se aprecia, la interpretación de una norma jurídica es apropiada cuando, pasando el segundo nivel que menciona el profesor Marcial Rubio, no se sabe exactamente qué quiere decir la norma jurídica.

Cabe destacar que, en el presente caso, constituyen normas jurídicas no sólo las leyes, reglamentos o similares expedidos por el Congreso u otras entidades estatales, sino también las cláusulas contractuales que nacen a partir de una relación bilateral acordada voluntariamente. Así también lo señala el autor<sup>16</sup> en mención, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1361° del Código Civil: "Que el contrato genera normas jurídicas obligatorias para las partes involucradas en él, es clarísimo a partir del texto del artículo 1361 del Código Civil que dice: 'Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos'<sup>17</sup>.

Por lo tanto, OSITRAN sólo debe realizar una interpretación sistemática de lo dispuesto en la Circular No. 17 en caso que no resultare claro qué es lo que establece dicha circular. En cambio, en el presente caso, es evidente que cuando se señala la obligación del concesionario de dar acceso a la vía férrea, y se omite pronunciamiento alguno sobre dar acceso al material tractivo y rodante, NO

<sup>16</sup> Ibid.; p. 228.

<sup>17</sup> Resaltado y subrayado agregados.

EXISTE DUDA ALGUNA POR LA CUAL PUEDA RESULTAR APROPIADO REALIZAR UNA INTEPRETACION.

Lo que en buena cuenta hace OSITRAN con su interpretación es crear una restricción que no está ni en el marco legal ni en el Contrato de Concesión. Esto es muy grave pues se le estaría imponiendo al Concesionario obligaciones que no están pactadas y que por lo tanto no le son exigibles. Lo que es peor, no sólo se le impone obligaciones que no existían (creando una prohibición inexistente, esto es, prohibiendo alquilar todo el material tractivo a su vinculada) **sino que se pretende sancionar a FETRANS por no haber observado la obligación inexistente.**

Incluso en el supuesto negado que existiera algún tipo de duda sobre lo señalado en la Circular No. 17, es importante anotar que el uso de la analogía en la interpretación está prohibido constitucionalmente por el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución que establece:

*"Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*(...)*

*9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.*

*(...)"*

En el mismo sentido, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil dispone que:

*"Artículo IV.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía"*

Sobre el particular, Marcial Rubio señala que *"Las obligaciones y prohibiciones (...) sólo pueden establecerse por norma expresa a las personas en virtud de que 'Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe'"*.

En consecuencia, no se pueden crear prohibiciones, restricciones de derechos o excepciones en vía de interpretación, ya que éstas tienen que ser expresas y cuando existen, se interpretan de manera restrictiva, precisamente para no

afectar indebidamente derechos constitucionalmente protegidos, como se pretende en este caso.

De este modo, pese a que no existe ninguna cláusula o norma que restrinja el derecho del concesionario a alquilar a su empresa vinculada todo el material tractivo para que lo use en la prestación del servicio de transporte, OSITRAN **interpreta que existe una obligación de dar acceso al material que restringe tal derecho, pretendiendo dar un tratamiento análogo al acceso al material tractivo y rodante con el acceso a la vía férrea.**

La obligación de dar acceso a la vía férrea prevista en el Contrato de Concesión lleva a concluir que la pluralidad de operadores estaba prevista; sin embargo, ello no puede servir para interpretar que FETRANS debe alquilar obligatoriamente el material que viene utilizando el operador a las empresas que deseen ingresar a efectos de contar con más operadores que brinden el servicio de transporte.

No existe discusión respecto de si la Concesión permite el ingreso de nuevos operadores y FETRANS nunca ha pretendido negarlo. La discusión se centra en determinar si FETRANS está obligado a alquilar el material a un competidor aún cuando su operador vinculado lo use en su totalidad o, si por el contrario, FETRANS puede ejercer legítimamente su derecho a la libre contratación pues el ejercicio de este derecho no afecta la libre competencia y en consecuencia, puede alquilar todo el material a PERURAIL.

Lo cierto es que la competencia entre operadores estaba prevista, pero nunca se contempló la obligación de dar acceso al material tractivo y rodante que quiere imponer OSITRAN. Ello por cuanto, como ya hemos indicado, no se consideró que la provisión de este material por parte del concesionario fuera necesaria para la entrada de un nuevo operador de servicios de transporte, pues como lo hemos demostrado, no se trata de una facilidad esencial.

El propio OSITRAN al regular el acceso obligatorio a infraestructura de transporte ha excluido al material tractivo y rodante de dicho régimen, **porque no tiene la condición de facilidad esencial**. Resulta, pues, cuestionable que ahora pretenda que sea INDECOPI quien le de al material tractivo y rodante el

tratamiento de una facilidad esencial, desnaturalizando todo el régimen de la concesión.

En efecto, a pesar de que OSITRAN evita referirse al tema, trata al material tractivo y rodante como facilidad esencial, al considerar que se debe dar acceso a él para tener acceso a la vía, es decir, que debe ser obligatoriamente compartido por los entrantes no vinculados a FETRANS. Ello es inadmisibile, pues se trata de un recurso duplicable y que no tiene un costo prohibitivo.

El modelo de concesión refuerza lo sostenido por FETRANS, contrariamente a la errada interpretación de OSITRAN. En efecto, como ya se ha indicado, en el Contrato de Concesión se estableció expresamente la obligación del Concesionario de brindar acceso a la vía, porque se consideró que sólo sobre este recurso el concesionario tenía posición de dominio. No se estableció obligación similar sobre el material tractivo y rodante porque sobre éste no existía posición de dominio, ni se consideraba que éste fuera una facilidad esencial.

En el presente caso, no existe imposibilidad para duplicar el bien, en tanto que FETRANS ha probado que es posible adquirir dicho bien de otros países, así como presentado un larga lista de proveedores de material tractivo y rodante. Es así que existe una posibilidad real de acceder a dicho material por parte de cualquier potencial entrante.

En consecuencia, no cabe darle el tratamiento de facilidad esencial al material tractivo y rodante concesionado a FETRANS como equivocadamente lo hace OSITRAN al pretender que se comparta al igual que la infraestructura ferroviaria.

Además, como ya se ha indicado, si esto fuera posible, es decir, si el material tractivo y rodante fuera susceptible de ser calificado y recibir el tratamiento de facilidad esencial, este caso no estaría siendo visto por INDECOPI sino por OSITRAN. INDECOPI no puede invadir las competencias de otras entidades, por lo que repetimos, de desprenderse del contrato y del marco regulatorio que la naturaleza del material tractivo y rodante corresponde a la de una facilidad esencial, es OSITRAN quien debe definirlo, no siendo INDECOPI competente. Pero es claro que no estamos ante una facilidad esencial porque de lo contrario,

como ya se ha anotado, indefectiblemente hubiera estado incluida en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN. Al dictar dicho Reglamento, OSITRAN hizo la evaluación correspondiente y determinó que no procedía dar el tratamiento de facilidad esencial al material tractivo y rodante. Ahora no puede sostener que INDECOPI es competente para determinar lo contrario.

En el supuesto que OSITRAN decidiera en el futuro elaborar algún reglamento de acceso o incluir al material tractivo y rodante en el Reglamento Marco de Acceso existente, en tanto es evidente que dicho material no es una facilidad esencial, la actuación de OSITRAN sería sumamente cuestionable.

En tal sentido, si hubiera obligación contractual de dar acceso al material, sería OSITRAN el organismo competente para determinarla y exigirla. No la hay y lo que se ha iniciado es una denuncia por supuesta infracción a las normas de competencia, infracción que hemos demostrado en este procedimiento que no existió.

Debemos reiterar que OSITRAN tuvo la oportunidad de incluir el acceso obligatorio al material tractivo y rodante al establecer el Reglamento Marco de Acceso. No lo ha hecho pues este régimen se sustenta en la condición de facilidad esencial de los bienes con acceso obligatorio. Sin embargo, pretende que se sancione a FETRANS porque esta empresa tampoco le ha dado el trato de facilidad esencial al material por considerar que cualquier proveedor medianamente serio puede conseguir su material tractivo y rodante y entrar a competir.

Sostiene OSITRAN que la interpretación realizada por la Comisión sobre la Circular No. 17 *"implica absurdamente, en la práctica, la imposibilidad de que FETRANSA pudiera incurrir en algún supuesto abuso de posición de dominio con relación al material tractivo y rodante"*.

La supuesta situación "absurda" no es tal sino que dicha imposibilidad corrobora nuestra interpretación en tanto que pone en evidencia que el material tractivo y rodante no es facilidad esencial, supuesto en el cual no se afecta la competencia si no se da acceso.

Por lo demás, consideramos que OSITRAN extrae conclusiones para supuestos que la Comisión no ha contemplado por impertinentes. Probablemente hubiera sido otro el análisis de la Comisión si es que hubiera habido pruebas en el expediente de que FETRANS negó el alquiler a FERSIMSAC cuando no utilizaba el material del Estado (por ejemplo, si hubiera tenido suficiente material propio y el material concesionado estuviera ocioso). Pero, ese no es el caso, pues, como pasaremos a comentar, PERURAIL utiliza el 100% del material tractivo y rodante entregado en concesión.

**IV. PERURAIL UTILIZA EL 100% DEL MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE**

OSITRAN sostiene que la Comisión debió considerar que PERURAIL no usó el material tractivo y rodante al 100% y no limitar su análisis a definir si el Contrato de Concesión le permitía a FETRANS alquilar el íntegro del material tractivo y rodante a su vinculada. Así, presenta como "nueva prueba" un informe respecto al uso del material en el año 2006, que no sólo se refiere a un periodo que no es materia del presente procedimiento sino que está equivocado, como pasaremos a demostrar.

A fin de tener mayores elementos de juicio para contrarrestar los argumentos de OSITRAN, solicitamos a Apoyo Consultoría S.A. (en adelante, Apoyo) que emitiera una Opinión Técnica sobre el escrito de apelación interpuesto por OSITRAN en contra de la Resolución No. 064-2006/INDECOPI-CLC. Sin perjuicio de que la Sala realice la valoración de dicho documento, consideramos importante resaltar algunos aspectos mencionados por Apoyo, pues ellos desvirtúan lo señalado en la "nueva prueba" presentada por OSITRAN como fundamento para señalar que PERURAIL no utiliza el 100% del material tractivo y rodante entregado a ella en concesión.

**4.1. Sobre las premisas erróneas en las que se basa el informe de OSITRAN**

Uno de los aspectos que destaca Apoyo en su Opinión Técnica, por los cuales considera que las conclusiones a las que llega OSITRAN en su Informe No. 201-06-GS-OSITRAN son erradas, es porque parte de premisas equivocadas. En efecto, OSITRAN sigue considerando que la única opción viable para ingresar

como operador del servicio de transporte de pasajeros y carga al FSO es el **alquiler del material tractivo y rodante**, a pesar que Apoyo Consultoría ha demostrado<sup>18</sup> que los informes sobre los cuales la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia y OSITRAN se basaban para determinar que el alquiler era la única alternativa viable para ingresar al mercado, están equivocados. Así, a lo largo de este extenso procedimiento hemos demostrado, debidamente sustentados en el análisis de Apoyo, que el análisis financiero de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI contiene errores conceptuales y metodológicos que lo invalidan como sustento para señalar que el mercado relevante está limitado al alquiler de material tractivo y rodante entregado en concesión.

Todo lo contrario, mediante el análisis realizado por Apoyo y un memorando de la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles, hemos demostrado que existen alternativas viables y rentables para que otros operadores ingresen al mercado, **comprando** su propio material tractivo y rodante, y/o convirtiendo material de trocha ancha a trocha angosta<sup>19</sup>, por lo que no debe limitarse el mercado relevante únicamente al alquiler. Así también, hemos demostrado que el mercado geográfico no debe ceñirse al Cusco, pues existen alternativas viables y rentables en otras partes del mundo, que también permiten al potencial operador ingresante, obtener beneficios económicos, por lo que no estaríamos ante costos hundidos.

Así las cosas, se desvirtúan por completo las conclusiones a las que llega OSITRAN, pues únicamente puede existir una "negativa injustificada" por parte de quien ostente posición de dominio, y en este caso, hemos podido constatar que en el mercado relevante correctamente determinado, **FETRANS no tiene posición de dominio**. Por ello, mal puede alegarse que se ha negado injustificadamente a contratar.

<sup>18</sup> Primer informe: Opinión Técnica sobre los informes No. 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del Indecopi y sobre la resolución de inicio del procedimiento de la Comisión de Libre Competencia, del 4 de enero de 2005.  
Segundo informe: Opinión Técnica sobre los Informes No. 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución No. 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas, del 30 de mayo de 2006.



4.2. **PERURAIL utiliza el material tractivo y rodante a su máxima capacidad**

Por otro lado, incluso en el supuesto negado que FETRANS efectivamente ostentase una posición de dominio, el informe de Apoyo es categórico en afirmar que tampoco existiría una negativa injustificada por parte de FETRANS, en tanto su negativa de alquilar material tractivo y rodante se encuentra plenamente justificada pues el mencionado material se encuentra íntegramente alquilado y está siendo utilizado por PERURAIL a su máxima disponibilidad.

Así, no es cierto lo señalado por OSITRAN, sin fundamento alguno, para establecer que existe disponibilidad de material tractivo y rodante, que podría ser alquilado por FETRANS a otro operador que no sea PERURAIL, pues según OSITRAN, esta última empresa no estaría utilizando todo el material tractivo y rodante disponible.

En efecto, tal como lo establece Apoyo, el *"material tractivo y rodante alquilado en su totalidad por FETRANS a PERURAIL viene siendo utilizado a plena capacidad por dicha empresa. No resulta razonable entonces que la supuesta negativa de FETRANS se deba a un comportamiento anticompetitivo, sino simplemente a la mera falta de disponibilidad de equipos para el alquiler a nuevos operadores"*<sup>20</sup>.

Así, tanto el material tractivo como el rodante vienen siendo utilizados en su totalidad. El material concesionado a FETRANS y alquilado a PERURAIL, según el Contrato de Concesión, para brindar el servicio de transporte de carga y pasajeros es el siguiente:

Activo	Cantidad
Locomotoras	6
Autovagones	8
Autovías	7
Coche (Pasajeros)	33
Vagones (Carga)	70

<sup>19</sup> En la Inspección Ocular realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión, en las estaciones de Wanchaq y San Pedro, en la ciudad de Cuzco, se demostró la viabilidad de convertir los trueques de trocha ancha a trocha angosta.

<sup>20</sup> Página 16 de la Opinión Técnica sobre el escrito de apelación interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) contra la Resolución No. 064-2006/INDECOPI-CLC, elaborado por Apoyo Consultoría, el 3 de abril de 2007.

Así, Apoyo analizó el uso del material tractivo y rodante desde el 01 de enero de 2003, hasta el 31 de diciembre de 2004, periodo pertinente en el presente procedimiento (a diferencia del Informe presentado por OSITRAN). De esta manera, de los resultados del Informe de Apoyo se puede apreciar la mayor parte del tiempo, el 100% de las locomotoras estaba siendo operado por PERURAIL, y los periodos en los cuales la utilización de dichas locomotoras disminuyó, no excedió de diez días. En el caso de los autovagones, se comprueba el mismo resultado, de tal manera que no resulta factible alquilar dicho material.

En cuanto al material rodante, los porcentajes de utilización son significativamente altos, especialmente en las épocas de mayor afluencia turística. Tan es así, que en ocasiones el material tractivo y rodante ha sido insuficiente para atender a la demanda, por lo que PERURAIL se vio en la necesidad de abastecerse de equipos adicionales (lo que demuestra su factibilidad económica y técnica).

Por lo tanto, al no existir material tractivo y rodante disponible, no existe una negativa injustificada por parte de FETRANS. Se ha demostrado que PERURAIL usa efectivamente el material en una forma tal que le impide entregarlo en alquiler a un tercero como pretende OSITRAN. Lo que busca OSITRAN es que PERURAIL vea afectada su propia eficiencia y capacidad para que un segundo operador, que no tiene los recursos necesarios, pueda ingresar al mercado, lo que **no es velar por la libre competencia**.

En conclusión, no se puede obligar a FETRANS a que contrate con un tercero, y menos aún sancionarla, cuando esta contratación arriesgaría o afectaría la adecuada realización de sus propias operaciones.

#### 4.3. Defectos del Informe de OSITRAN

Por otro lado, el análisis realizado por Apoyo destaca las falencias en el informe presentado por OSITRAN como "prueba nueva" en su recurso de apelación, Informe No. 201-06-GS-OSITRAN. En efecto, el primer error del mencionado informe, es el periodo que ha sido analizado, correspondiente al plazo entre enero y junio de 2006. Como es evidente, ese periodo no corresponde al periodo de



análisis de los hechos denunciados en el presente procedimiento, por lo que el referido informe carece de valor probatorio.

Asimismo, Apoyo destaca que las conclusiones extraídas en el informe de OSITRAN se basan en escasas muestras, pues únicamente se han analizado dos observaciones en el mes de mayo y junio 2006 respecto de la utilización del material tractivo, y seis observaciones para el material rodante. Al respecto, Apoyo señala que en su opinión, *"si OSITRAN no iba a utilizar datos del periodo de análisis, por lo menos debió asegurarse de contar con suficientes datos sobre los cuales hubiese podido hacer inferencia correctamente"*<sup>21</sup>.

Por otro lado, para concluir que existe material tractivo y rodante disponible, OSITRAN parte del supuesto que a efectos de considerar que no está disponible, debe encontrarse permanentemente en uso, lo que no es correcto. OSITRAN no toma en consideración, en su análisis, que existen periodos de tiempo en los cuales el material tractivo y rodante no se encuentra en uso por estar en reparación o mantenimiento. Así, tampoco debió suponer que en los casos en que no se reportaba material, correspondía a que no estaba siendo utilizado. Estas presunciones de OSITRAN podrían ocasionar que se esté subestimando la utilización real del material tractivo y rodante por parte de PERURAIL.

Finalmente, Apoyo concluye que la razón fundamental por la cual las conclusiones de OSITRAN deben ser descartadas, es porque OSITRAN parte de suponer que la clave de su análisis es el porcentaje de utilización diaria del material tractivo y rodante. Es decir, no es necesario que todos los días del año, el material tractivo y rodante se encuentre siendo utilizado al 100% para concluir que no existe material disponible, sino que interesa saber si la mayor parte del tiempo viene siendo utilizado o no al 100%. Ello ocurre, especialmente en periodos de alta afluencia turística.

Por ello, si PERURAIL compartiera el material tractivo y rodante, en los periodos en los cuales utiliza el 100% del material, que son la mayoría, no contaría con esta posibilidad, perjudicándose económicamente. Tal como señala Apoyo, "es

<sup>21</sup> Página 25 de la Opinión Técnica sobre el escrito de apelación interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) contra la Resolución No. 064-2006/INDECOPI-CLC, elaborado por Apoyo Consultoría, el 3 de abril de 2007.

*recomendable que la capacidad productiva de una empresa esté dimensionada según los picos de demanda por el servicio que ésta ofrece. Ello responde al hecho de que las empresas deben estar en todo momento preparadas para satisfacer la demanda potencial existente". Así, PERURAIL incluso se ha visto en la necesidad de tener que adquirir más material tractivo y rodante para poder satisfacer la necesidad, por lo que resulta ilógico señalar que tiene un exceso de dicho material.*

Así, por los fundamentos señalados, debe descartarse el informe presentado por OSITRAN como prueba nueva, ya que no fundamenta su afirmación de que el material tractivo y rodante no viene siendo utilizado en su totalidad por PERURAIL.

**POR TANTO:**

**A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOLICITAMOS:** se declare infundada la apelación de OSITRAN y, por lo tanto, se confirme la Resolución apelada.

**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos al presente, los siguientes documentos:

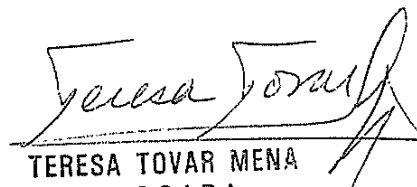
1. Un sobre cerrado con la versión confidencial del Informe denominado "Opinión Técnica sobre el escrito de apelación interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) contra la Resolución No. 064-2006/INDECOPI-CLC", elaborado por Apoyo Consultoría, con fecha 3 de abril de 2007<sup>22</sup>. (Anexo 1-A)
2. La versión no confidencial del Informe denominado "Opinión Técnica sobre el escrito de apelación interpuesto por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) contra la Resolución No. 064-2006/INDECOPI-CLC", elaborado por Apoyo Consultoría, con fecha 3 de abril de 2007. (Anexo 1-B)

<sup>22</sup> La información contenida en la versión confidencial del Informe de Apoyo es una reiteración de la información contenida en anteriores informes elaborados por Apoyo y que ha sido declarada como confidencial por la Comisión, por lo que en virtud de ello, presentamos una versión confidencial y una versión pública del mencionado Informe.

**SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS:** Que, de conformidad con los artículos 32° y 44° del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo No. 077-2005-PCM, solicitamos a la Sala se nos conceda el uso de la palabra a fin de realizar un Informe Oral para exponer nuestros argumentos de defensa.

**TERCER OTROSÍ DECIMOS:** Que, acompañamos copias del presente escrito.

Lima, 04 de abril de 2007



TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echeopar Garcia S.Civ.R.L

TTM-JHR/nba

30. Escrito de OSITRAN e informe sobre nivel de utilización



EXP. SUSTENTADO  
Fecha: 22-06-07

EXP. SUSTENTADO  
Fecha: 09-07-07

INDECOPI  
Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual  
Sala de Defensa de la Competencia

2007 MAY 25 PM 12:20

28 MAY 2007

Firma: *[Firma]*

RECIBIDO

0469

Expedientes N°s : 010-2004/CLC y 012-2004/CLC  
Escrito N° : 03  
Sumilla : Adjuntamos Informe

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI)

EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO -OSITRAN; en los seguidos sobre PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR de oficio y por denuncia de parte contra FETRANSA; ante usted con el debido respeto nos presentamos y decimos:

Conforme se sostuvo en el informe Oral realizado el día de ayer sobre la presente causa administrativa concluimos:

1. EXISTE POSICIÓN DE DOMINIO. Este hecho ha sido confirmado en las Conclusiones del Informe N° 032-2007-INDECOPI/ST-CLC remitido a la Sala el 8 de mayo de 2007 por la Secretaría Técnica de la Comisión a fin de contribuir en la Resolución de la presente causa.
2. EXISTIÓ NEGATIVA POR PARTE DE FETRANSA A ALQUILAR EL MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE NECESARIO PARA QUE FERSIMSAC ACCEDA A COMPETIR. Hecho confirmado en el informe de la Secretaría Técnica señalado en el numeral anterior. Lo que, junto con lo señalado en el punto anterior y conforme se explica más adelante, constituye un abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada para contratar tipificada en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

3. No es viable económicamente para FERSIMSAC cualquier alternativa para conseguir material tractivo y rodante. Hecho confirmado por la Secretaría Técnica de la Comisión en el informe señalado (numeral 6 del informe).
4. **La justificación para la negativa a contratar realizada por FETRANSA mediante un contrato de arrendamiento del 100% del material tractivo y rodante a favor de su empresa vinculada, sostenida por FETRANSA y la Comisión, y que, según dicha empresa, está supuestamente justificada por la Libertad Contractual y la falta de limitaciones o prohibiciones en el Contrato de Concesión, no es válida, pues responde a una interpretación equivocada del Contrato de Concesión y del principio de libertad contractual.**
5. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico **la libertad contractual no es absoluta, todos los contratos están sujetos a los límites que les imponen las normas imperativas (artículo 1345)**. Es evidente que entre estas normas se encuentra la prohibición contenida en el artículo 3º del Decreto Legislativo 701 y en el artículo 1º del Decreto Legislativo 690.
6. **El Contrato de Concesión contiene (Numeral 7.5) una obligación a cargo del Concesionario, que lo obliga al cumplimiento de las Leyes Aplicables definidas en el Numeral 1.1 del mismo Contrato. Entre estas Leyes Aplicables están comprendidas entre otras, el Decreto Legislativo 701 y 690. Razón por la cual no se puede argumentar como justificación a la negativa de FETRANSA la falta de prohibición contractual.**
7. Del análisis de la actuación de FETRANSA queda claro que, **el contrato de arrendamiento del 100% del material tractivo y rodante a favor de su empresa**



vinculada, estuvo dirigida estratégicamente a eliminar la competencia de FERSIMSAC para su empresa vinculada y perpetuar los beneficios que por muchos años viene obteniendo a partir del establecimiento de una posición monopólica en un mercado (el de servicios de transporte ferroviario) que, a falta de regulación tarifaria, debería estar disciplinado por una competencia efectiva. Esta actuación está tipificada en el artículo 5º del Decreto Legislativo 701 como abuso de posición de dominio. 04691

8. Tampoco es justificación válida para la negativa a contratar de FETRANSA la supuesta utilización del 100% del material tractivo y rodante por parte de su empresa vinculada, justificación que se sustenta en el informe elaborado por Apoyo Consultoría, en la medida en que este ha quedado desvirtuado por el informe técnico N° 003-2007-GS-OSITRA, que adjuntamos. Este informe concluye en la existencia de material tractivo y rodante disponible para atender el pedido de FERSIMSAC. Para cualquier ampliación o explicación requerida por la Sala sobre el informe quedamos a su disposición.

9. INDECOPI como autoridad responsable de la defensa de la competencia no puede permitir que a través de actos contrarios al Decreto Legislativo 701, se perpetúen situaciones que impiden la competencia en mercados sujetos a su disciplina, por lo que debe revocar la Resolución N° 64-2006-INDECOPI/CLC y aplicar las sanciones y acciones que correspondan ante la denuncia formulada por FERSIMSAC.

Por último, es necesario pronunciarse sobre la supuesta improcedencia del recurso de apelación presentado por OSITRAN, puesto que según lo expuesto durante la audiencia por la abogada de PERURAIL, cuando OSITRAN presentó el recurso impugnatorio mencionado, la resolución impugnada ya había quedado consentida

por las partes, en consecuencia, dicha resolución era firme. Al respecto, debemos destacar que, sobre la cuestión planteada por la abogada, ya existió pronunciamiento de parte del Tribunal, reconociendo, primero, que OSITRAN posee legitimidad para obrar en el presente procedimiento; en segundo lugar, la resolución referida fue notificada a OSITRAN con fecha 15 de setiembre, siendo impugnada con fecha 06 de octubre, es decir, dentro del plazo establecido por la Ley N° 27444, en su artículo 207, numeral 207.2, en consecuencia, el recurso de apelación es conforme al ordenamiento legal.

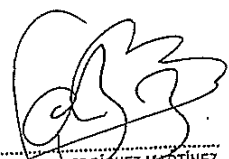
04700

**Por lo expuesto:**

Sírvase tener presente el informe adjunto y las conclusiones, conforme a ley, y revocando la resolución impugnada, declare fundada la denuncia por abuso de posición de dominio.

**OTROSI DECIMOS:** Adjuntamos Informe N° 003-2007-GS-OSITRAN-TML

Lima, 25 de mayo de 2007

  
.....  
ANTONELLA RODRIGUEZ MARTINEZ  
Escribano  
C.A.C.I.L. 1816


*max carceris*

INFORME N° 003-2007-GS-OSITRAN-TML

GERENCIA DE SUPERVISIÓN

11 MAYO 2007

**RECIBID**

Firma:  Hora: 5:1

A : Fernando Llanos Correa  
Gerente de Supervisión (e)

Asunto : Procedimiento seguido en INDECOPI contra FETRANS  
por supuesto abuso de posición de dominio

Referencia : Memorando N° 063-07-GAL-OSITRAN

FECHA : 8 de Mayo de 2007

04701

1. OBJETIVO

- 1.1 Analizar y evaluar los criterios y resultados del informe elaborado para el Ferrocarril Transandino por Apoyo Consultoría, respecto a la Opinión Técnica sobre el escrito de apelación interpuesto por OSITRAN, contra la Resolución N° 064-2006/INDECOPI-CLC, que declara infundada la denuncia contra FETRANS, por un supuesto abuso de Posición de Dominio en la ruta del Ferrocarril Sur Oriente.
- 1.2 Realizar la evaluación y análisis del grado de utilización del material tractivo y rodante concesionado por parte del operador del Ferrocarril Sur Oriente Perú Rail, durante los periodos 2003-2004.

2. ANTECEDENTES

- 2.1 OSITRAN, mediante Oficio 362-2003-GG-OSITRAN, de fecha 01/08/2003, solicito a INDECOPI, opinión respecto a una posible infracción a las normas de libre competencia por parte del Ferrocarril Transandino.
- 2.2 Mediante informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, del 20/10/2004, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión de Libre Competencia iniciar un proceso administrativo sancionador, lo cual fue realizado mediante Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC,
- 2.3 Por otra parte Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu SAC- FERSINSAC, con fecha 27/08/2004, denunció a FETRANS por Abuso de Posición de Dominio, la cual fue admitida a tramite mediante Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC de fecha 17/11/2004
- 2.4 La Secretaría Técnica de INDECOPI, mediante Informes N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, y 013-2006-INDECOPI/ST-CLC, recomienda declarar fundada la denuncia e imponerle una multa de 168.35 UIT, por haber incurrido en una posición de Abuso de Dominio
- 2.5 En base a las observaciones a los informes de la secretaria técnica, por parte de FETRANS y PERURAIL, el INDECOPI, declara infundada la denuncia interpuesta por FERSINSAC, mediante Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC de fecha 4/09/2006
- 2.6 OSITRAN, presentó ante INDECOPI, con fecha 6/10/2006, Recurso de Apelación contra la Resolución antes indicada ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de INDECOPI, solicitando su revocatoria y se declare fundada la denuncia contra FETRANS, por abuso de Posición de Dominio



481	9.45	240.42
482	1.78	65.33
Total	26.56	780.60

- c) El día 01/05/2003, Apoyo Consultoría señala que se han destinado 7 locomotoras para el servicio, del análisis de los movimientos realizados en dicha fecha, se observa que solo se han utilizado 5 locomotoras como se muestra en el cuadro siguiente:

LOCOMOTORA	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
352	5.70	194.27
358	5.30	206.86
482	6.81	216.22
484	3.54	106.54
487	4.76	130.66
Total	26.11	854.55

- d) 01/07/2003, Apoyo Consultoría señala que se han destinado 7 locomotoras para el servicio, del análisis de los movimientos realizados en dicha fecha, se observa que solo se han utilizado 5 locomotoras como se muestra en el cuadro siguiente:

LOCOMOTORA	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
352	6.35	184.46
358	5.57	199.73
481	1.08	31.50
484	6.23	198.53
487	7.92	194.34
Total	27.15	808.56

- e) 01/09/2003, Apoyo Consultoría señala que se han destinado 7 locomotoras para el servicio, del análisis de los movimientos realizados en dicha fecha, se observa que solo se han utilizado 5 locomotoras como se muestra en el cuadro siguiente:

LOCOMOTORA	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
352	6.46	145.891
353	9.00	222.623
358	4.59	121.301
482	10.46	237.200
484	8.44	223.166
Total	38.95	950.181

- f) 01/11/2003, Apoyo Consultoría señala que se han destinado 7 locomotoras para el servicio, del análisis de los movimientos realizados en dicha fecha, se observa que solo se han utilizado 6 locomotoras como se muestra en el cuadro siguiente:

LOCOMOTORA	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
352	4.06	107.36
358	9.70	206.99

353	5.54	155.25
356	9.70	282.23
487	6.62	195.47
Total	31.19	870.16

- k) El 01/09/2004, Apoyo Consultoría señala que se han destinado 5 locomotoras para el servicio, del análisis de los movimientos realizados en dicha fecha, se observa que solo se han utilizado 4 locomotoras como se muestra en el cuadro siguiente

LOCOMOTORA	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
356	6.25	195.47
481	8.41	237.22
484	8.30	217.42
487	6.68	195.47
Total	29.64	845.58

- l) El 01/11/2004 Apoyo Consultoría señala que se han destinado 7 locomotoras para el servicio, del análisis de los movimientos realizados en dicha fecha, se observa que solo se han utilizado 5 locomotoras como se muestra en el cuadro siguiente

LOCOMOTORA	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
352	7.80	217.42
356	6.82	195.47
358	9.20	282.23
484	11.37	237.20
487	7.53	217.42
Total	42.72	1,149.74

- m) Del análisis anteriormente efectuado, se aprecia que las locomotoras realmente utilizadas han sido en todos los casos inferiores a las unidades destinadas al tramo, lo que demuestra, que el criterio empleado por Apoyo Consultoría de la cantidad de locomotoras destinadas para el servicio de pasajeros y carga no constituye un indicador válido, para determinar la real utilización de las locomotoras.

3.1.3 Como se puede apreciar de los resultados arriba señalados, el análisis en un día de operación, la variación de locomotoras utilizadas varía hasta en un 50% como se aprecia el día 01/01/2004, lo que demuestra que no se puede afirmar que las 6 locomotoras se encontraban en servicio el referido día

3.1.4 Apoyo Consultoría indica que la metodología utilizada para determinar el grado de utilización de las locomotoras y autovagones, toma como base la información diaria del uso de las locomotoras de los años 2003 y 2004, clasificándolos como locomotoras en servicio, las empleadas para transportar pasajeros o carga, locomotoras para el servicio de patio, y locomotoras disponibles, aquellas que no son utilizadas para el servicio, sin tener en consideración las locomotoras en reparación. Con resultados que indican que el 90% de las veces, (655 días de un total

AP

- b) El 11/04/2003, Se han utilizado únicamente 6 autovagones de los 8 indicados por Apoyo

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
216	6.21	210.11
217	5.73	194.87
220	5.97	216.22
222	5.97	216.22
223	5.97	216.22
225	5.97	216.22
Total	35.82	1,269.86

- c) El 20/07/2003, Se utilizaron 7 autovagones

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
216	3.39	124.55
217	8.29	304.19
220	5.94	216.22
222	5.94	216.22
223	5.94	216.22
224	5.94	216.22
225	5.94	216.22
Total	41.38	1,509.84

- d) El 28/10/2003, se utilizaron los 8 autovagones haciendo notar que un autovagón solo opero 54 minutos y recorrió 19,50 KM en el día

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
216	10.25	304.19
217	0.90	19.50
220	8.06	224.67
221	8.06	224.67
222	8.06	224.67
223	8.06	224.67
224	8.06	224.67
225	8.06	224.67
Total	59.51	1,671.73

- e) El 05/02/2004, se utilizaron únicamente 3 autovagones

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
217	8.14	276.18
220	6.82	216.22
222	6.82	216.22
Total	21.78	708.62

04705

a) Día 02/12/2004

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
217	7.75	279.78
220	6.86	217.42
223	6.86	217.42
224	6.86	217.42
225	6.86	217.42
Total	35.19	1,149.46

b) Día 03/12/2004

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
216	4.8	173.52
217	5.87	212.52
222	6.81	217.42
223	6.81	217.42
224	6.81	217.42
225	6.81	217.42
Total	37.91	1,255.72

c) Día 04/12/2004

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
217	8.22	299.28
220	6.89	217.42
222	6.89	217.42
224	6.89	217.42
225	6.89	217.42
Total	35.78	1,168.96

d) Día 05/12/2004

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
217	8.3	299.28
220	6.36	217.42
224	6.36	217.42
225	6.36	217.42
Total	27.38	951.54

e) Día 06/12/2004

AUTOVAGON	HORAS VIAJE	KM RECORRIDOS
216	5.29	193.02
217	5.28	193.02
220	6.79	217.42
221	6.79	217.42
223	6.79	217.42

unidades, a fin de determinar la utilización de los mismos para los periodos 2003 y 2004

4. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL GRADO DE UTILIZACIÓN DEL MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE

4.1 FACTORES DE EVALUACION

Existen factores establecidos en los ferrocarriles que son utilizados para determinar indicadores de medición como:

- La Rotación de Vagones.
- La Capacidad Dinámica: indicador que permite determinar la cantidad de toneladas netas así como la cantidad de pasajeros que podrían ser movilizados con un determinado numero de vagones y locomotoras, en función de una optima rotación de vagones y/o coches
- La Disponibilidad de locomotoras en cantidad de horas en un determinado periodo de tiempo que viene a ser la diferencia entre las horas promedio a plena capacidad de uso que puede tener una locomotora y las horas utilizadas en la reparación que dividido éste entre las horas totales y multiplicado por 100 nos da como resultado la Disponibilidad de la misma
- La Utilización de Locomotoras: este indicador se refiere al aprovechamiento efectivo de la locomotora para el servicio de carga y pasajeros.

4.2 CARACTERISTICAS DEL TRAMO FERROVIARIO EVALUADO

El Ferrocarril De Sur Oriente tiene características especiales por dedicarse casi exclusivamente al transporte de turistas de la ciudad del Cusco hacia la ciudadela de Machupicchu, presentándose las siguientes:

- a) El servicio se realiza diariamente en rutas definidas y constantes con movimientos de ida y retorno en el mismo día.
- b) Las horas de operación utilizadas son aquella que cuentan con luz natural.
- c) Las unidades no son requeridas para el servicio turístico entre las 20.00 hrs. hasta las 06.00 hrs. del día siguiente.

Los factores de evaluación, dada la característica muy especial de este tramo dedicado casi exclusivamente al turismo, tienen que tener criterios muy especiales, ya que aplicarse los factores de evaluación indicados en el punto 4.1 los resultados mostrarían un sesgo muy acentuado

4.3 CRITERIOS PARA LA EVALUACIÓN

4.3.1 Para el cálculo del grado de utilización mensual de las unidades se ha utilizado la siguiente fórmula:

U =  $\frac{HU \times 100}{HD}$                     donde:

U = Grado de utilización mensual

HD= Horas disponibles. (\*)

HU = Horas utilizadas, que considera las horas netas trabajadas



Las locomotoras han sido utilizadas entre el 80 % y 100% durante el año 2003 en un 10% , y en 29% por debajo del 50%

4.7.3 Si analizamos el promedio Anual, se tiene lo siguiente:

Numero de locomotora	Promedio Porcentaje de Utilización
487	24.68
353	36.78
482	55.97
484	56.75
481	63.84
352	63.96
358	69.57

Las Locomotoras en promedio el Año 2003, tienen una utilización que, 4 de ellas están por debajo del 60% y las tres restantes no llegan al 70% (considerando solo 12 horas disponibles, si el calculo se hiciera por las 24 hrs, la utilización sería la mitad de lo mostrado en el presente cuadro)

4.7.4 El porcentaje de utilización por rangos correspondiente al Año 2004 se muestra a continuación:

RANGO	Porcentaje
0 - 48	22.6
50 - 60	13.1
60 - 70	22.6
70 - 80	21.4
80 - 90	16.7
90 - 95	3.6

Las locomotoras han sido utilizadas entre el 80 % y 95% durante el año 2004 en un 20% , y en 23% por debajo del 50%

4.7.5 Si analizamos el promedio Anual, se tiene lo siguiente:

Numero de locomotora	Porcentaje de Utilización
353	52.04
358	55.92
352	57.60
487	58.93
481	60.27
482	63.19
484	71.25

Las Locomotoras en promedio el Año 2004, tienen una utilización que, 4 de ellas están por debajo del 60% y las tres restantes no llegan al 72% (considerando solo 12 horas disponibles, si el calculo se hiciera por las 24 hrs, ninguna locomotora alcanzaría el 35% de utilización)

Los Autovagones han sido utilizados entre el 60 % y 80% durante el año 2004 en un 63% , y un 11% por debajo del 50%

4.8.4 Si analizamos el promedio Anual, se tiene lo siguiente:

04798

Numero de Autovagón	Porcentaje de Utilización
221	52.61
216	55.01
224	61.68
222	61.76
217	62.22
223	62.58
220	63.05
225	63.06

Las Locomotoras en promedio el Año 2004, tienen una utilización que, 2 de ellos están por debajo del 60% y las seis restantes no llegan al 65% (considerando solo 12 horas disponibles, si el calculo se hiciera por las 24 hrs, ningún autovagón alcanzaría el 35% de utilización)

#### 4.9 ANALISIS DEL ANEXO C – UTILIZACION DE MATERIAL RODANTE (COCHES)

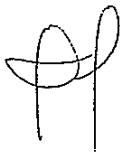
4.9.1 El porcentaje de utilización de los Coches de pasajeros por rangos correspondiente al Año 2003 se muestra a continuación:

RANGO	Porcentaje
0 - 48	57.14
50 - 60	5.06
60 - 70	12.80
70 - 80	19.35
80 - 90	5.65
90 - 95	0.0

Los coches de pasajeros en el Año 2003, el 57% esta por debajo del 50% de utilización, solo el 19% se encuentra entre el 70% y 80% de utilización.

4.9.2 Si analizamos el promedio Anual, se tiene lo siguiente:

Numero de Autovagón	Porcentaje de Utilización
1714	13.14
1334	17.33
1642	18.30
1713	21.37
1523	23.24
1861	23.38



**ANEXO A**  
**CUADRO RESUMEN PORCENTAJE DE UTILIZACION DE LOCOMOTORAS AÑO 2003**

LOCOM.	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	PROMEDIO
352	49.49	40.82	53.46	58.11	63.96	54.41	64.44	69.59	70.21	77.93	93.32	71.84	63.96
353	47.66	57.91	56.23	28.98	-	-	22.35	58.51	40.99	51.78	-	76.98	36.78
358	55.18	52.43	56.74	66.06	58.60	55.21	68.37	70.90	73.20	100.00	100.00	77.25	69.57
481	51.56	-	61.07	59.80	46.27	57.15	67.08	84.47	64.42	91.34	93.62	89.27	63.84
482	47.94	-	65.07	50.67	67.70	61.34	69.01	72.03	71.37	92.74	73.76	-	55.97
484	53.53	-	-	61.01	58.00	62.77	69.61	70.93	67.86	89.32	70.37	77.58	56.75
487	-	-	-	26.85	53.60	48.61	50.73	-	-	37.57	78.75	-	24.68

**CUADRO RESUMEN PORCENTAJE DE UTILIZACION DE LOCOMOTORAS AÑO 2004**

LOCOM.	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	PROMEDIO
352	63.84	56.23	58.28	33.51	-	48.52	67.56	31.59	63.92	95.05	90.22	82.48	57.60
353	58.08	65.26	60.53	72.50	59.94	68.28	57.83	-	-	20.74	75.53	85.84	52.04
358	-	-	-	19.75	79.44	73.72	76.66	87.83	74.54	89.37	91.14	78.54	55.92
481	50.28	38.42	58.55	78.70	61.50	-	42.06	89.01	63.52	87.78	84.75	68.64	60.27
482	68.84	62.46	61.18	82.01	74.80	89.96	88.38	87.56	72.07	27.47	-	43.56	63.19
484	51.68	57.46	57.32	77.72	72.52	75.93	73.09	85.43	68.75	84.26	81.66	69.14	71.25
487	57.66	64.97	62.46	62.22	70.66	63.56	73.24	79.76	72.54	78.15	21.93	-	58.93

*Handwritten signature*

*Vertical stamp or text*

04700

**ANEXO B**  
**CUADRO RESUMEN PORCENTAJE DE UTILIZACION DE AUTOVAGONES AÑO 2003**

AUTOVAG.	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	PROMEDIO
216	33.72	33.83	33.93	49.55	50.52	49.53	64.30	68.38	67.90	73.92	66.63	68.86	55.09
217	34.37	35.80	43.82	44.65	51.98	56.23	58.53	72.63	72.35	82.48	69.54	40.80	55.26
220	52.47	55.36	41.89	46.92	53.41	40.01	61.01	62.23	71.18	77.31	62.59	42.87	55.60
221	50.58	45.00	42.18	-	-	-	-	-	8.99	30.33	71.33	21.76	22.51
222	52.43	52.03	58.46	53.73	50.17	54.53	59.48	58.81	53.43	71.11	66.91	68.56	58.30
223	42.75	43.34	52.18	55.11	45.91	42.18	61.01	60.46	68.00	75.04	75.76	55.32	56.42
224	34.60	33.56	40.13	46.42	49.01	52.99	55.93	60.59	72.63	73.08	75.43	53.31	53.97
225	41.16	26.24	41.46	55.62	54.24	47.74	56.54	61.71	74.40	68.72	75.45	57.19	55.04

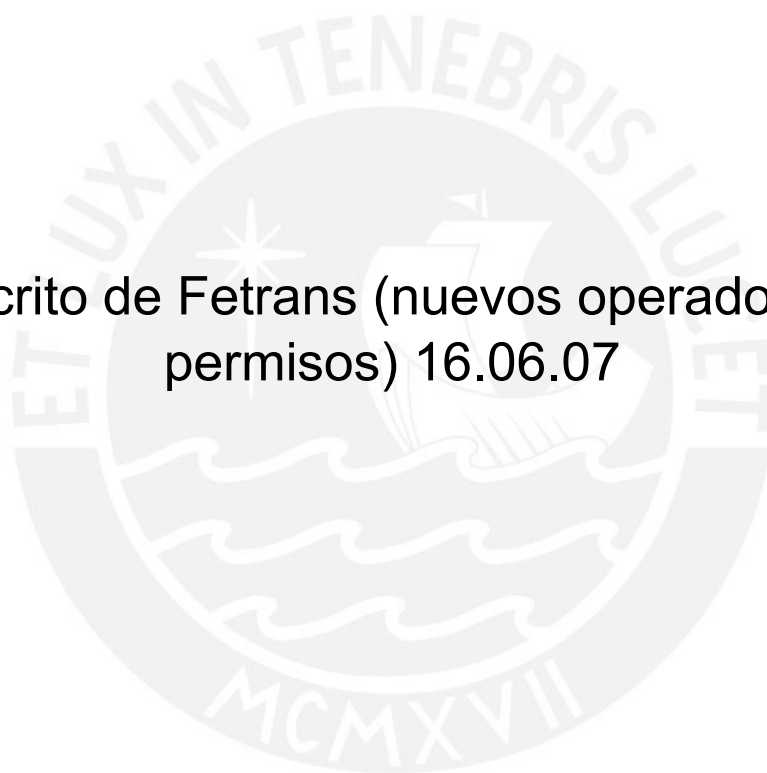
**CUADRO RESUMEN PORCENTAJE DE UTILIZACION DE AUTOVAGONES AÑO 2003**

AUTOVAG.	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	PROMEDIO
216	53.22	34.18	53.89	55.38	42.77	53.26	65.58	73.24	58.44	64.11	57.57	48.48	55.01
217	43.63	57.22	50.13	66.42	64.61	67.33	74.11	73.42	61.26	72.94	60.03	55.53	62.22
220	60.59	52.30	59.87	66.96	68.48	65.07	65.24	68.50	65.28	66.94	65.44	51.89	63.05
221	37.38	40.88	48.38	59.29	55.94	44.36	63.34	68.50	61.50	66.61	55.98	29.32	52.61
222	62.49	51.68	63.60	65.05	64.65	61.53	65.24	66.60	57.71	68.82	65.44	48.26	61.76
223	51.47	55.80	63.63	63.11	64.52	59.61	65.24	68.50	65.28	68.82	65.44	59.51	62.58
224	51.03	49.81	60.09	65.24	65.63	64.56	65.68	66.75	63.40	69.10	63.19	55.68	61.68
225	62.49	55.87	60.04	63.30	62.65	60.86	65.68	68.66	61.51	69.09	65.25	61.29	63.06

04710



31. Escrito de Fetrans (nuevos operadores con permisos) 16.06.07



A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI:

INDECOPI

Exp. No. 010-2004/CLC y  
012-2004/CLC (acumulados)

2007 JUN 15 PM 3 40

RECIBIDO 2  
FETTRANS) RD PI  
DOCUMENTARIO

FERROCARRIL TRANSANDINO S.A. (en adelante, "FETTRANS")

procedimiento seguido por presunto abuso de posición de dominio, atentamente  
decimos:

04719

Que, habiendo sido notificados el 5 de junio de 2007 con el escrito presentado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, que adjunta el Informe No. 003-2007-GS-OSITRAN-TML, a continuación exponremos los fundamentos que desvirtúan lo alegado por dicha entidad, reservándonos el derecho de presentar un informe de Apoyo Consultoría S.A. que analice y desvirtúe los fundamentos económicos del informe presentado por OSITRAN<sup>1</sup>.

#### I. ARGUMENTOS DE OSITRAN

En su escrito de fecha 25 de mayo de 2007, OSITRAN resumió su postura esgrimida en el Informe Oral llevado a cabo el día 24 de mayo de 2007 y adjuntó el Informe No. 003-2007-GS-OSITRAN-TML.

En resumen, los principales argumentos de OSITRAN son los siguientes:

- (i) Que FETRANS goza de posición de dominio y se ha negado a contratar el material tractivo y rodante que le fue otorgado en concesión;
- (ii) Que la justificación a la negativa de alquilar el material tractivo y rodante no es válida pues responde a una equivocada interpretación del Contrato de Concesión y del principio de libertad contractual. En virtud de dicho principio, debe entenderse que la libertad contractual no es ilimitada y, por lo tanto, debe sujetarse a los límites impuestos

<sup>1</sup> Debemos llamar la atención sobre el hecho que OSITRAN haya presentado un informe como prueba luego de la realización del Informe Oral en segunda instancia. Esto corrobora que nunca fue parte en el procedimiento y que tardía e irregularmente se apersonó al proceso debiendo ahora presentar sus pruebas cuando éste está próximo a culminar.

por las normas imperativas, como ocurre en el caso del artículo 3° del Decreto Legislativo No. 701 y el artículo 1° del Decreto Legislativo No. 690;

0472f

- (iii) Que el contrato de arrendamiento del 100% del material tractivo y rodante concesionado a FETRANS estuvo dirigido estratégicamente a eliminar la competencia de FERSIMSAC para su empresa vinculada, y perpetuar su posición de dominio.

En atención a lo señalado, pasaremos a desvirtuar lo señalado por OSITRAN.

## II. FETRANS NO TIENE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO RELEVANTE

OSITRAN parte de la errada posición que FETRANS tiene posición de dominio, pues según lo señaló su representante en el Informe Oral, esta conclusión no fue apelada y no es materia de discusión en segunda instancia. Asimismo, en su escrito de fecha 25 de mayo de 2007, OSITRAN señala que *"Este hecho ha sido confirmado en las Conclusiones del Informe N° 032-2007-INDECOPI/ST-CLC remitido a la Sala el 8 de mayo de 2007 por la Secretaría Técnica de la Comisión a fin de contribuir en la Resolución de la presente causa"*<sup>2</sup>.

Sin embargo, tal como se mencionó en la diligencia de Informe Oral, lo afirmado por OSITRAN carece de sustento jurídico, ya que no era posible que ni FETRANS ni su empresa vinculada, PERURAIL, apelaran la resolución emitida por la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la "Comisión"), al no habernos causado agravio. Ello no significa que estemos totalmente de acuerdo con los "considerandos" de la Resolución de la Comisión.

En efecto, conforme al artículo 364 del Código Procesal Civil<sup>3</sup>, aplicable supletoriamente al presente procedimiento administrativo, únicamente pueden apelarse aquellos actos administrativos que ocasionen un agravio. En el presente

<sup>2</sup> Página 1 del Escrito No. 3 presentado por OSITRAN el día 25 de mayo de 2007.

<sup>3</sup> Código Procesal Civil.

"Artículo 364.- Objeto.

El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente". (Resaltado agregado)



caso, en cambio, la resolución de primera instancia resolvió, declarando **infundada** la denuncia interpuesta en contra de FETRANS. La existencia de la posición de dominio estuvo determinada en los "Considerandos" de la mencionada resolución y no en su parte resolutive, por lo que hubiera resultado improcedente una eventual apelación de FETRANS o PERURAIL en contra de este extremo. Ello, sin embargo, no implica que haya quedado "demostrada" la existencia de la posición de dominio de FETRANS, sino más bien, ese tema es justamente el que venimos discutiendo en esta segunda instancia y que debe ser determinado por la Sala.

### III. SI NO EXISTE POSICIÓN DE DOMINIO, NO EXISTEN LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Al considerar que FETRANS tiene posición de dominio, OSITRAN erradamente sostiene que nuestra libertad contractual se encuentra limitada por las normas imperativas contenidas en el Decreto Legislativo 701 y Decreto Legislativo 690. Así, señala que *"la libertad contractual no es absoluta, todos los contratos están sujetos a los límites que les imponen las normas imperativas (artículo 1345). Es evidente que entre estas normas se encuentra la prohibición contenida en el artículo 3° del Decreto Legislativo 701 y en el artículo 1° del Decreto Legislativo 690"*<sup>4</sup>.

Sobre el particular, es claro que la discusión no reside en discutir si todos los contratos están sujetos a los límites impuestos por las normas imperativas, pues ello es obvio e indiscutible **en la medida en que tales normas imperativas resulten aplicables.**

Lo que interesa para efectos del presente procedimiento es precisar que **las empresas con posición de dominio** tienen mayores limitaciones a su libertad contractual que aquellas empresas que no tienen dicha posición, por aplicación del Decreto Legislativo 701.

En efecto, sólo cuando una empresa ostenta posición de dominio, es que se entiende que su libertad contractual se encuentra limitada por las normas

---

<sup>4</sup> Página 2 del Escrito No. 3 presentado por OSITRAN el día 25 de mayo de 2007.

imperativas que cita OSITRAN, principalmente el Decreto Legislativo 701. ¿Por qué? Por la sencilla razón que, **si una empresa no tiene posición de dominio no se le aplica el Decreto Legislativo 701 en tanto su conducta - lo que incluye cualquier contrato que ella celebre - no va a generar ninguna distorsión en el mercado ni perjuicio alguno a la competencia.**

04720

Pongamos un ejemplo: si un proveedor de un insumo necesario para poder llevar a cabo una determinada actividad económica tiene posición de dominio en el mercado relevante de provisión de dicho producto (que comprende tanto el producto como el mercado geográfico relevante, como bien sabe la Sala), entonces su negativa a celebrar algún contrato con los fabricantes que necesitan dicho insumo, debe estar justificada. Una justificación válida será, por ejemplo, que tiene comprometida toda la producción, entonces, en ese caso, el proveedor del insumo no está obligado a renunciar a una venta o contrato ya celebrado para venderle a quien se lo pida, puede negarse a efectuar la venta. Por el contrario, no podría negarse si tiene stock disponible. En cambio, si dicho proveedor no tiene posición de dominio, puede negarse a contratar con los fabricantes, sin tener que justificar sus acciones, es decir, siguiendo con nuestro ejemplo, puede tener stock disponible, negarse a venderle a un fabricante determinado y esa conducta no será sancionable por el Decreto Legislativo 701 pues esta norma no resultará aplicable. Esta diferencia se fundamenta en el hecho que, cuando el proveedor no tiene posición de dominio, los fabricantes pueden recurrir a fuentes de aprovisionamiento alternativas, por lo que la negativa no tendrá un efecto adverso en la competencia dentro de su mercado.

Es por ello que el análisis para la determinación de la posición de dominio no puede realizarse de manera superficial ni recurriendo al "sentido común" o la intuición. Así, no puede sostenerse que, porque un contrato otorga en concesión a una empresa el material tractivo y rodante, ello supone una "exclusividad" que le otorga una posición de dominio. Precisamente, tal pretendida exclusividad no existe, ni puede dar origen a una posición dominante si hay alternativas de aprovisionamiento para quien requiera contar con material tractivo y rodante a fin de ingresar a prestar servicios en la vía férrea. El aludido contrato será una forma más de aprovisionarse de material, no la única ni "exclusiva", por lo que no confiere posición de dominio alguna. Por definición, la posición de dominio no es

una situación precaria, sino más bien una que permite ejercer un poder en el mercado, poder tal que permite afectar la competencia. No existe tal poder si quien requiere el material puede recurrir a otro proveedor, esta situación es incompatible con la existencia de posición de dominio.

-04720

Pero, aún cuando una empresa ostente una posición de dominio, ello no está sancionado por nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, como también es bien sabido por la Sala, la posición de dominio o el monopolio, en sí mismo, no se encuentra prohibido en nuestra legislación. Nuestra Constitución Política<sup>5</sup> establece en su artículo 61°: *"El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas"*. Queda claro, por lo tanto, que lo sancionable es el abuso de la posición de dominio y no la posición de dominio en sí misma.

Por otro lado, el hecho que una empresa tenga posición de dominio en un mercado en particular no significa que la tenga en todos. Por ello, el análisis debe ser realizado de acuerdo con cada mercado relevante en particular, teniendo en cuenta tanto un análisis estructural como dinámico de dicho mercado, analizando si existen barreras de acceso.

De este modo, los varios informes presentados por nuestra parte, basados en análisis realizados por prestigiosos consultores, han demostrado que el mercado relevante determinado por la Comisión, es errado, ya que el producto relevante no es únicamente el alquiler del material tractivo y rodante entregado en concesión por el Estado a FETRANS ni el mercado geográfico es el Cusco. No debe olvidar la Sala que, el hecho que una alternativa suponga una inversión alta, no significa que estamos ante costos hundidos o ante una facilidad esencial. De hecho, esa sería la peor conclusión a la que se podría llegar pues puede generar graves distorsiones al proceso competitivo, entre ellas, sacrificar derechos legítimamente adquiridos de FETRANS para favorecer la entrada de un competidor sin recursos. Por no mencionar el efecto de restar credibilidad a los contratos de concesión, con el consiguiente desincentivo para las inversiones.

---

<sup>5</sup> Norma superior y posterior al Decreto Legislativo No. 701 y 690, y que sienta las bases del régimen económico que actualmente rige en nuestro país.

En consecuencia, lo importante es analizar si, efectivamente, las alternativas son o no viables considerando los costos que implican. Si la conclusión es afirmativa, entonces las alternativas van a ser productos sustitutos que formarán parte del mercado relevante para efectos de analizar si una determinada empresa, en dicho mercado relevante, tiene posición de dominio o no.

- P472

Ello ha sido probado en el presente caso. Se ha demostrado, sin dejar lugar a dudas, que las posibilidades de aprovisionamiento alternativo, comprando material tractivo y rodante propio (ya sea nuevo o de segunda mano o comprando autovagones) son viables. ¿Qué significa eso? Que aun realizando esa inversión, el inversionista va a obtener ganancias. Por ello, el mercado relevante no se limita únicamente al alquiler del material tractivo y rodante que fue entregado por el Estado en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente (FSO). Tomando como base dicho mercado más amplio, FETRANS no tiene posición de dominio.

En tal sentido, la Sala debe tener en consideración que la alegada "conducta infractora" de FETRANS no es tal pues no ha generado efectos contrarios a la competencia en el mercado. Debemos reiterar que se tiene que analizar correctamente la competencia existente, no simplemente "echando un vistazo" y determinando que al existir un solo operador de transporte ferroviario, estamos ante una situación sin competencia. Todo lo contrario, la doctrina y jurisprudencia más autorizada en la materia establecen que debe realizarse un análisis dinámico por el cual también se toma en consideración a los "competidores potenciales" y la existencia de barreras de acceso al mercado<sup>6</sup>.

Tal como ha sido determinado por Apoyo y la Universidad Pacifico, no existen barreras de acceso que dificulten el ingreso al mercado de transporte ferroviario. Ello también tiene su correlación en la realidad, pues **existen a la fecha dos competidores cuyo ingreso al mercado es inminente, quienes no han solicitado alquilar el material tractivo y rodante que ha sido dado en concesión a FETRANS.**

<sup>6</sup> Todo ello tendrá sentido si se ha efectuado una correcta definición del mercado relevante, paso anterior a este análisis. En efecto, como ya hemos indicado anteriormente, es esencial para un adecuado análisis de un caso de abuso de posición de dominio definir el mercado relevante geográfico y de producto como paso inicial y previo al análisis de la conducta supuestamente infractora.

En efecto, existen dos nuevos operadores que han obtenido un permiso de operaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, presentando material tractivo y rodante PROPIO. Es decir, material tractivo y rodante diferente al material que fue entregado en concesión a FETRANS. 04725

Así, a las empresas Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A. se les ha concedido el permiso de operación mediante Resolución Directoral No. 033-2007-MTC/14 y No. 037-2007-MTC/14 respectivamente (Ver Anexos 1-A y 1-B)<sup>7</sup>. Las mencionadas empresas **NO HAN SOLICITADO ALQUILAR** el material tractivo y rodante de FETRANS y más bien, están dando los pasos para solicitar el acceso a la vía férrea en tanto cuentan con su PROPIO material tractivo y rodante.

Efectivamente, la empresa Wyoming Railways S.A. ha presentado como sustento para solicitar el permiso de operación ferroviaria, documentos en los cuales señala que cuenta con material tractivo y rodante PROPIO que está apto para funcionar en el FSO (Ver Anexo 1-M). Lo mismo es cierto en el caso de Andean Railways Corp. que, en el marco del procedimiento de solicitud de permiso de operación, también ha presentado documentación respecto del material tractivo y rodante que va a utilizar en el FSO (Ver Anexo 1-E). En ambos casos, no se trata de material concesionado a FETRANS, pues, como ya se dijo, dichas empresas no han necesitado pedir a nuestra empresa el alquiler de material alguno.

**Si FETRANS tuviera posición de dominio en el mercado de provisión de material tractivo y rodante, ni Wyoming Railways S.A. ni Andean Railways Corp. habrían podido conseguir material tractivo y rodante ni obtener sus permisos de operación ferroviaria<sup>8</sup>, pues resulta indispensable para obtener**

<sup>7</sup> Cabe anotar que la solicitud para el permiso de operación debe indicar el material con que cuenta el solicitante y si es propio o alquilado.

<sup>8</sup> De acuerdo con lo establecido en el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, para obtener un permiso de operación es necesario señalar qué material tractivo y rodante utilizará. La documentación presentada posteriormente será verificada por la Autoridad Competente, quien podrá darle un plazo de subsanación al solicitante. Este permiso de operación tiene una eficacia restringida en una primera etapa, hasta que el titular del Permiso de Operación cumpla con acreditar los documentos señalados en el artículo 109° del Reglamento.

Reglamento Nacional de Ferrocarriles. Decreto Supremo No. 032-2005-MTC

Artículo 97°.- Requisitos para obtener el Permiso de Operación

Para la obtención del Permiso de Operación, los solicitantes que pretenden prestar servicios en una vía férrea no concesionada deben presentar a la Autoridad Competente una solicitud precisando el tipo de servicio de transporte (pasajeros y/o mercancías) a realizar y la ruta ferroviaria en la cual pretenden prestar sus servicios, así como adjuntar el expediente técnico sustentatorio. El expediente técnico debe contener la siguiente documentación:

a) Copia simple del documento nacional de identidad. En caso de extranjeros, copia de documento similar de su país de origen y copia del documento que autoriza su residencia en el país.

b) Copia simple de la escritura pública de constitución social. En el caso de empresas extranjeras tal documento corresponderá a la constitución hecha en el país de origen.

c) Copia simple del Registro Único de Contribuyentes.

dicho permiso, señalar qué material tractivo y rodante se va a utilizar en la prestación de los servicios. Por ello, el hecho que estas empresas hayan obtenido material tractivo y rodante de otras fuentes alternativas para lograr el otorgamiento de estos permisos de operación a las empresas antes mencionadas, es una prueba irrefutable de que FETRANS no tiene posición de dominio en el mercado relevante.

- d) Copia simple de la Escritura Pública de los Estatutos vigentes. Dichos Estatutos deberán contemplar, de manera expresa, que el solicitante puede prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros y/o mercancías.
- e) Copia simple del poder del o de los representantes legales, debidamente inscrito en los Registros Públicos del Perú.
- f) Copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en transporte ferroviario, indicando el transporte realizado expresados en número de pasajeros, pasajeros-kilómetro, toneladas, toneladas-kilómetro. El período de experiencia debe ser de cinco (05) años continuos, como mínimo.
- El solicitante podrá acreditar experiencia mediante un contrato de gestión celebrado con una empresa nacional o extranjera, que sustente la experiencia requerida en transporte ferroviario. En el caso que la empresa gestora sea extranjera deberá presentar el certificado de la Autoridad Competente del país de origen, en el cual se la reconozca como empresa autorizada a prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros, mercancías o de ambos.
- En el caso que el solicitante sea un consorcio, solo se requiere que uno de los socios acredite experiencia. Asimismo, también puede acreditar experiencia mediante un contrato de gestión, celebrado con una empresa nacional o extranjera que no esté constituido como un miembro del consorcio.
- g) Carta de Compromiso del solicitante de mantener el contrato de gestión durante todo el periodo de vigencia del Permiso de Operación, en caso que el solicitante acredite experiencia mediante un contrato de gestión.
- h) Carta de Compromiso, en caso que el solicitante sea un consorcio, de: i) mantener vigente el contrato de consorcio durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación, ii) encargar al socio con experiencia la gestión operativa iii) mantener vigente el contrato de gestión, durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación, prevista en el Artículo 100°.
- i) Relación del personal clave que asumirá la gestión de la operación (incluyendo hoja de vida). En caso de consorcio, corresponderá al personal del socio que aporta la experiencia y en el caso de experiencia mediante contrato de gestión, corresponderá al personal de la empresa gestora.
- j) Copia simple, del título de propiedad del material rodante ferroviario o precontrato de adquisición del material rodante nuevo o usado, contrato o precontrato de fabricación del material rodante ferroviario, o contrato de alquiler de material ferroviario celebrado con terceros, o documento que acredite que prestará servicios con el material ferroviario de la Organización Ferroviaria a cargo de la administración de la vía.
- k) Declaración jurada por la cual el solicitante: i) declara conocer el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, se compromete a cumplir todos y cada uno de los requisitos previstos en dicho dispositivo respecto a los Operadores Ferroviarios, y ii) se obliga a cumplir con todas las normas de seguridad ferroviaria de la Organización Ferroviaria que administra la vía férrea.
- l) Copia del contrato de acceso celebrado con la Organización Ferroviaria a cargo de la infraestructura ferroviaria.
- m) Certificado de Habilitación Ferroviaria del material rodante a utilizar.
- n) Licencia para conducir vehículos ferroviarios, del personal encargado de manejar vehículos ferroviarios tractivos.
- o) Pólizas de Seguro vigentes, establecidas en el Artículo 123° del presente Reglamento.
- Toda la documentación contenida en el expediente técnico, deberá ser presentada en idioma castellano y en el caso que el documento original esté redactado en otro idioma, el solicitante deberá presentar una traducción oficial en idioma castellano con sello y firma de un traductor público, debidamente legalizada por el Consulado respectivo y por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- En caso que el solicitante fuera la propia Organización Ferroviaria a cargo de la infraestructura Ferroviaria de uso público no concesionada, bastará con la presentación de lo señalado en los incisos m, n y o.
- Artículo 104°.- Alcance del Permiso de Operación**
- El Permiso de Operación es otorgado por la Autoridad Competente al solicitante a fin que, previo cumplimiento de los requisitos y los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, pueda prestar servicios de transporte ferroviario de mercancías y/o de pasajeros en una determinada ruta de la infraestructura ferroviaria de uso público concesionada y durante el plazo de vigencia correspondiente.
- El Permiso de Operación para prestar servicios de transporte ferroviario en infraestructura de uso público concesionada tiene: i) eficacia restringida, en una primera etapa, y ii) eficacia plena, en una segunda etapa. La eficacia restringida del Permiso de Operación le permite a su titular recurrir i) al Concesionario (Entidad Prestadora) que administra la vía férrea a la cual postula, solicitando un contrato de acceso a la misma y un contrato de alquiler de material rodante y/o facilidades esenciales, de ser el caso, y/o ii) ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, solicitando la emisión de un mandato de acceso.
- La eficacia plena del Permiso de Operación le permite a su titular prestar servicios de transporte de pasajeros y/o mercancías en la ruta de la infraestructura ferroviaria de uso público concesionada a la cual ha postulado, por un determinado plazo. Dentro del período de eficiencia restringida, el titular del Permiso de Operación deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Artículo 109° de este Reglamento, con el fin que la Autoridad Competente le reconozca el Permiso de Operación la condición de eficacia plena.

Asimismo, además de las alternativas de aprovisionamiento del material tractivo y rodante apto para funcionar en el FSO (ya sea nuevo o usado y adaptado) que hemos mencionado a lo largo del presente procedimiento, existen dos alternativas nuevas a las cuales PERURAIL ha acudido para realizar una compra de una locomotora, en un caso, y en el otro, para comprar dos autovagones y cuatro bogies.

A efectos de probar nuestras afirmaciones, adjuntamos información que sustenta las comunicaciones que hemos sostenido con estos proveedores de material tractivo y rodante, para que sea tomada en cuenta por la Sala. Así, entre la documentación sustentatoria estamos presentando la factura por la compra de una locomotora en el año 2004 (Ver Anexo 1-H), así como la reciente orden de compra que hemos colocado para adquirir material tractivo y rodante para su utilización en el FSO (Ver Anexo 1-L).

**Por lo señalado, es INNEGABLE QUE EXISTE MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE DISPONIBLE DE OTRAS FUENTES ALTERNATIVAS Y QUE LAS POSIBILIDADES DE ADQUISICIÓN POR UN ENTRANTE NO SE LIMITAN A ALQUILARLE A FETRANS AQUEL MATERIAL QUE LE FUE ENTREGADO EN CONCESIÓN. ADEMÁS, ES POSIBLE, VIABLE, Y ECONÓMICAMENTE ATRACTIVO, QUE UN OPERADOR INGRESE AL FSO CON SU PROPIO MATERIAL.**

Por consiguiente, no puede sostenerse que existe posición de dominio y considerar que FETRANS está obligada a alquilar el material tractivo y rodante a quien se lo solicite.

En efecto, al no tener FETRANS posición de dominio, no existe norma imperativa por la cual deba restringirse su libertad contractual, ni resulta necesario que tenga justificación alguna para negarse a contratar con FERSIMSAC.

Σ  
A pesar de ello, sí existen razones económicas que justifican la negativa de alquilar el material tractivo y rodante, que hemos señalado y sustentado en anteriores oportunidades, por lo que aun en el negado caso que FETRANS

tuviera posición de dominio, su conducta no sería sancionable. A continuación, nos referiremos brevemente a los equivocados argumentos del escrito de OSITRAN al respecto.

#### IV. FETRANS ESTABA OBLIGADA A ARRENDAR EL MATERIAL TRACTIVO Y RODANTE A SU EMPRESA VINCULADA

La justificación para no alquilar el material tractivo y rodante a FERSIMSAC es sencillamente que se encuentra alquilado y en uso en su integridad por PERURAIL. Sin embargo, este hecho responde a la obligación establecida en el Contrato de Concesión de FETRANS, en el cual se dispuso que FETRANS tenía que constituir una empresa vinculada que prestara el servicio de transporte ferroviario, sin limitar dicha obligación en el tiempo.

Así, no es cierto, como da a entender OSITRAN, que FETRANS constituyó una empresa vinculada y le alquiló el material tractivo y rodante a PERURAIL con la única finalidad de restringir la competencia, esto es, para impedir intencionalmente la entrada de competidores al mercado de servicios de transporte ferroviario. Esta aseveración no ha sido acreditada ni tiene sustento en los hechos, que más bien prueban lo contrario, es decir, que FETRANS actuó en todo momento de acuerdo al contrato de concesión y las bases de la licitación. Como lo hemos explicado en anteriores escritos, estos documentos obligan a FETRANS a constituir una empresa que preste servicios de transporte y le permiten alquilar a ésta el material sin restricción temporal o cuantitativa.

No es cierto, pues, que la conducta consistente en dar en alquiler todo el material a PERURAIL *"estuvo dirigida estratégicamente a eliminar la competencia de FERSIMSAC para su empresa vinculada y perpetuar los beneficios que por muchos años viene obteniendo a partir del establecimiento de una posición monopólica en un mercado (el de servicios de transporte ferroviario) que, a falta de regulación tarifaria, debería estar disciplinado por una competencia efectiva. Esta actuación está tipificada en el artículo 5° del Decreto Legislativo 701 como abuso de posición de dominio"*.



Lo señalado por OSITRAN es visiblemente falso, por el simple hecho que FETRANS constituyó a su empresa vinculada PERURAIL como consecuencia del Contrato de Concesión celebrado en **setiembre de 1999**, y FERSIMSAC recién solicitó el alquiler del material tractivo y rodante en el **año 2003**. Por lo tanto, podemos ver que las afirmaciones de OSITRAN carecen de fundamentos y pretenden únicamente ser efectistas, por lo que deben ser desestimadas por la Sala.

Por otro lado, debemos aclarar que el artículo 5°, no sanciona la conducta de *"encontrarse estratégicamente dirigido a eliminar la competencia"*. Dicha norma sanciona el abuso de posición de dominio, para lo cual, según el precedente establecido en la Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI<sup>9</sup>, debe hacerse un análisis caso por caso, para determinar si una determinada conducta ha causado perjuicios al interés económico general. Para ello, debe establecerse si existen justificaciones a la conducta y cuáles son sus efectos.

Así, podemos ver que en el presente caso, la celebración del contrato de arrendamiento con PERURAIL no es una conducta que restrinja la libre competencia, pues obedece a una obligación contractual impuesta a FETRANS en el Contrato de Concesión del FSO contrato que, como ya se dijo, no le otorga posición de dominio ni exclusividad alguna.

Asimismo, se encuentra plenamente justificada en el hecho que, al existir esta obligación contractual y ninguna restricción en dicho contrato para alquilar el material a PERURAIL, esta empresa, confiando en que se respetaría dichos contratos (de concesión y alquiler) ha invertido considerablemente en el material tractivo y rodante que le fue alquilado, y se encuentra utilizándolo en su integridad, tal como ha sido demostrado por los informes elaborados por la empresa Apoyo Consultoría.

<sup>9</sup> Resolución No. 0224-2003/TDC-INDECOPI:

*"(...) 3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.*

*4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.(...)"*

Cabe anotar que, al momento de realizar su oferta económica para lograr la adjudicación de la Concesión del FSO, FETRANS, así como el resto de postores, tomó en consideración que se le iba a entregar, como parte integrante de la concesión, el material tractivo y rodante, y en ningún momento se estableció una obligación de compartir dicho material. De lo contrario, la oferta económica de FETRANS evidentemente hubiese sido distinta, y es por este motivo que es completamente errado sostener que FETRANS ha obtenido este material "a costo cero", tal como lo hemos sostenido en detalle a lo largo del presente procedimiento.

En este sentido, la Sala debe declarar infundada la apelación presentada por OSITRAN, y confirmar la resolución emitida por la Comisión en primera instancia, declarando que FETRANS no tiene posición de dominio, ni ha realizado conductas de abuso de posición de dominio.

**POR TANTO:**

**A LA SALA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOLICITAMOS:** se declare infundado el recurso de apelación interpuesto por OSITRAN y, en consecuencia, que FETRANS no tiene posición de dominio ni ha realizado conductas de abuso de posición de dominio.

**PRIMER OTROSÍ DECIMOS:** Que, adjuntamos como anexos los siguientes documentos:

Respecto a la existencia de nuevos operadores:

1. Copia del permiso de operaciones del operador ferroviario Andean Railways Corp. S.A.C., correspondiente a la Resolución Directoral No. 033-2007-MTC/14. (Anexo 1-A).
2. Copia del permiso de operaciones del operador ferroviario Wyoming Railways S.A., correspondiente a la Resolución Directoral No. 037-2007-MTC/14. (Anexo 1-B).

3. Copia de la carta de fecha 31 de mayo de 2007, remitida por Andean Railways Corp. S.A.C., por la cual solicitan a FETRANS información para efectos de su próxima solicitud de acceso. (Anexo 1-C)
4. Oficio No. 973-07-GS-OSITRAN de fecha 05 de junio de 2007, por la cual nos solicitan copia de la respuesta a la solicitud de información realizada por Andean Railways Corp. S.A.C. (Anexo 1-D)

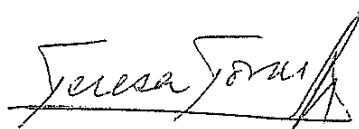
Respecto a las alternativas de aprovisionamiento de material tractivo y rodante:

5. Copia de la carta de fecha 23 de abril de 2007, por la cual Andean Railways Corp. S.A. adjunta información sobre el material tractil y rodante que proyectan colocar en el FSO, información presentada para efectos de la obtención de su permiso de operaciones. (Anexo 1-E)
6. Copia de la orden de servicios del mes de abril de 2004, y demás documentos sustentatorios del viaje de inspección de locomotoras y autovagones realizado por proveedores extranjeros (argentinos), a fin de verificar la viabilidad de su utilización en la ruta Sur Oriente, y los trabajos de adaptación que serían necesarios. (Anexo 1-F)
7. Copia de la Orden de Compra No. OCE 100070 de fecha 19 de octubre de 2004, correspondiente a la adquisición de una locomotora Alco RSD35. (Anexo 1-G)
8. Copia de la Factura No. 0001-00000079 de fecha 25 de julio de 2005, correspondiente a la compra de la locomotora Alco RSD35. (Anexo 1-H)
9. Copia de la pro forma de servicios de fecha 08 de marzo de 2006, correspondiente a los trabajos de adaptación de la locomotora Alco RSD35 para su utilización en el FSO. (Anexo 1-I)
10. Copia de la oferta de venta de tres unidades autovagones triple diesel, de fecha 23 de abril de 2007. (Anexo 1-J)

11. Copia de la carta de prórroga de oferta de venta de las tres unidades autovagones triple diesel, de fecha 29 de mayo de 2007. (Anexo 1-K) 04730
12. Copia de la orden de compra OCE 100270 de fecha 07 de junio de 2007, correspondiente a la adquisición de dos autovagones argentinos y cuatro bogie para su utilización en el FSO (Anexo 1-L).
13. Copia de los documentos presentados por Wyoming Railways en su solicitud de permiso de operación ferroviaria, que demuestran que cuenta con material tractivo y rodante propio apto para funcionar en el FSO. (Anexo 1-M)

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos copia del presente escrito.

Lima, 15 de junio de 2007

  
TERESA TOVAR MENA  
ABOGADA  
C.A.L. 19018  
Estudio Luis Echevarría García S.Civ.R.L.

TTM-JHR/nba



ima,

05 JUN. 2007

04730

FIGIO N° 0730-2007-MTC/14

Señor  
**DOMULO GUIDINO LOREDO**  
Gerente General  
FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.  
Carretera Alcanfores N° 775, Teléfono Fax N° 4445020  
Cajamarca, Piura.  
Cajamarca.

Asunto: Solicitud de Otorgamiento de Permiso de Operación con Eficacia Restringida.

Referencia: Carta de fecha 12.04.07 (P/D N° 030818)

En el marco del agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por el cual la empresa ANDEAN RAILWAYS CORP S.A.C., solicitó al MTC, Otorgamiento de Permiso de Operación con Eficacia Restringida para prestar servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el Tramo Urubamba-Páchar-Macchupicchu del Ferrocarril del Sur Oriente.

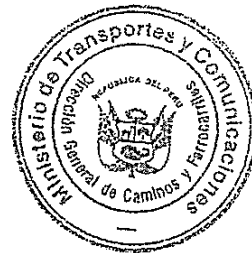
En el respecto, manifiesto a usted que la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles ha emitido la Resolución Directoral N° 033-2007-MTC/14 de fecha 01.06.07, por la que se resuelve otorgarle a la mencionada empresa el permiso solicitado.

En tal sentido, se adjunta al presente copia autenticada de la referida Resolución, para su conocimiento y fines.

En otro particular, es propicia la oportunidad para manifestarle las muestras de mi consideración.

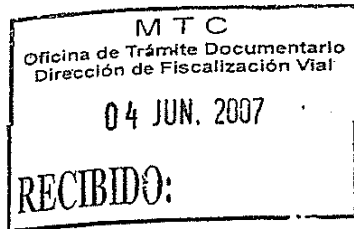
Atentamente,

  
.....  
Ing. MIGUEL ANGEL OCHOA OCHOA  
DIRECTOR GENERAL  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles



07 JUN 2007

FERROCARRIL  
TRANSANDINO S.A.



0473/  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles  
CERTIFICADO: Que el presente documento es copia fiel del original  
*Pablo Reyes Veramendi*  
SR. PABLO REYES VERAMENDI  
FEDATARIO TITULAR  
R.M. N° 470-2004-MTC/01 (24.08.04)  
Regi: *44* Fecha: *04 JUN 2007*

## Resolución Directoral

N° 033 - 2007 - MTC/14.

Lima, 01 de Junio 2007

VISTO, el Expediente de Registro N° 030818 de fecha 12 de Abril del 2007, presentado por la Empresa ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C., sobre solicitud de otorgamiento de Permiso de Operación con Eficacia Restringida;

### CONSIDERANDO:

Que, la empresa ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C. mediante el expediente precisado en el Visto, y al amparo del artículo 104° y siguientes del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, aprobado por Decreto Supremo N° 032-2005-MTC, ha solicitado a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, el otorgamiento de Permiso de Operación con Eficacia Restringida para prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros y mercancías en el Tramo Urubamba-Páchar-Macchupicchu del Ferrocarril del Sur Oriente;

Que, con Carta s/n de fecha 23 de Abril del 2007, la citada empresa aclara diversos aspectos de su solicitud;

Que, el citado expediente ha sido evaluado por la Dirección de Fiscalización Vial, la misma que emitió el Informe N° 035-2007-MTC/14.05.03 de fecha 24 de Abril del 2007, en el cual formuló diversas observaciones y recomendó, al amparo del artículo 107° del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, se le otorgue a la empresa solicitante, un plazo de diez días hábiles para que pueda subsanar las mismas. En mérito a dicho informe, la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, a través del Oficio N° 0443-2007-MTC/14 de fecha 26 de Abril del 2007, otorgó dicho plazo a ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C.;

Que, la empresa ha presentado Carta s/n de fecha 02 de Mayo del 2007, por la cual, de un lado, señala que solo prestará servicios de transporte ferroviario de pasajeros, y, de otro, alcanza la documentación requerida, formulando sus descargos correspondientes. Con posterioridad a dicha carta, ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C. ha presentado, dentro del plazo concedido por el Oficio N° 0443-2007-MTC/14, Cartas s/n de fechas 03 y 07 de Mayo del 2007, con los cuales corrige los documentos presentados;

Que, la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, mediante Oficio N° 584-2007-MTC/14 de fecha 15 de Mayo del 2007, solicitó a la empresa ANDEAN RAILWAY CORP. S.A.C., nueva documentación, la misma que, si bien no es exigida por el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, resulta de suma utilidad para complementar la información que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones debe poseer sobre dicha empresa;

REPUBLICA DEL PERU



Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles  
CERTIFICO: Que el presente documento es copia fiel del original

*[Firma]*

SR. PABLO REYES VERAMENDI  
FEDATARIO TITULAR  
K.M. N° 278-2884: MTC/D1 (24.06.04)  
Reg.: 114 Fecha: 01/06/2007

# Resolución Directoral

04735

N° 033 - 2007 - MTC/14.  
Lima, 01 de Junio 2007

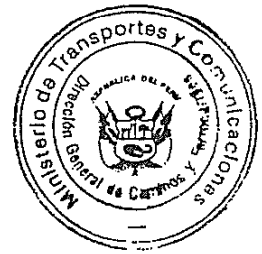
ueda cumplir con los requisitos exigidos por el Artículo 109° del Reglamento Nacional de Ferrocarriles y el presente permiso pueda adquirir Eficacia Plena.

Obtenida tal condición, ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C. podrá prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros en el Tramo Urubamba-Pachar-Macchupicchu del ferrocarril del Sur Oriente, previa emisión de la resolución correspondiente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 110° del Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

**ARTICULO SEGUNDO.-** Notificar la presente resolución a la empresa ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C., la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A.-FETRANS S.A., OSITRAN, Secretaría de Transportes y la Dirección de Fiscalización FISCAL, para su conocimiento y fines.

Regístrese y Comuníquese.

*[Firma]*  
Ing. MIGUEL ANGEL OCHOA OCHOA  
DIRECTOR GENERAL  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles





-04730

## Resolución Directoral

Nº 037 - 2007 - MTC/14.

Lima, 13 de Junio 2007

**VISTO**, el Expediente de Registro Nº 039079 presentado en fecha 10 Mayo del 2007, por la Empresa WYOMING RAILWAYS S.A., sobre solicitud de otorgamiento de Permiso de Operación con Eficacia Restringida;

### CONSIDERANDO:

Que, la empresa WYOMING RAILWAYS S.A. mediante el expediente precisado en el Visto, y al amparo del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, aprobado por Decreto Supremo Nº 032-2005-MTC, ha solicitado a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, el otorgamiento de Permiso de Operación con Eficacia Restringida para prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros y mercancías en las vías férreas los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente;

Que, con Cartas s/n recepcionadas en fechas 21 de Mayo, 04 de Junio 11 de Junio del 2007, respectivamente; la empresa solicitante subsana errores ocurridos en su documentación presentada;

Que, el citado expediente ha sido evaluado por la Dirección de Regulación Vial, la misma que ha emitido el Memorandum Nº 603-2007-MTC/14.05 y el Informe Nº 056-2007-MTC/14.05.03 ambos de fecha 12 de Junio del 2007; en los cuales señala que la documentación presentada por WYOMING RAILWAYS S.A. se encuentra conforme a lo previsto en el artículo 106º del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, por lo que recomienda a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles, otorgue, mediante Resolución Directoral, Permiso de Operación con Eficacia Restringida, en atención a lo puesto en el artículo 108º del mismo Reglamento;

Que, los citados documentos quedan incorporados a la presente Resolución en aplicación del numeral 6.2 del artículo 6º de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, según los artículos 104º y 105º del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, el Permiso de Operación con Eficacia Restringida permite a su titular ocurrir: i) al Concesionario que administra la vía férrea a la cual postula, solicitando un contrato de acceso a la misma y un contrato de alquiler de material rodante y/o facilidades especiales; de ser el caso, y/o ii) ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN, solicitando la emisión de un mandato de acceso. Asimismo, según el artículo 105º, dicho Permiso tiene una vigencia de un año contado a partir de su fecha de expedición, y dentro de ese periodo, su titular



0473

deberá acreditar el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 109° del mismo Reglamento, para que el Permiso alcance Eficacia Plena;

Que, de acuerdo con los artículos 7°, 8° y 108° del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, corresponde a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles emitir la resolución por la cual se otorgue el permiso solicitado;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 27791 de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ley N° 27181 Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, D.S. N° 041-2002-MTC, D.S. N° 032-2005-MTC, y en uso de las atribuciones conferidas por el Resolución Ministerial N° 845-2006-MTC/02;

#### SE RESUELVE:

**ARTICULO PRIMERO.-** Otorgar a la Empresa WYOMING RAILWAYS S.A., Permiso de Operación con Eficacia Restringida por el periodo de un (01) año a partir de la fecha de expedición de la presente resolución, a fin que, en dicho plazo, pueda cumplir con los requisitos exigidos por el Artículo 109° del Reglamento Nacional de Ferrocarriles y el presente permiso pueda adquirir Eficacia Plena.

Obtenida tal condición, WYOMING RAILWAYS S.A. podrá prestar servicios de transporte ferroviario de pasajeros y mercancías en las vías férreas de los Ferrocarriles del Sur y del Sur Oriente, previa emisión de la resolución correspondiente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 110° del Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

**ARTICULO SEGUNDO.-** Notificar la presente resolución a la empresa WYOMING RAILWAYS S.A., la empresa Concesionaria Ferrocarril Transandino S.A.-FETRANS S.A., OSITRAN, Secretaría de Transportes y la Dirección de Fiscalización Vial, para su conocimiento y fines.

Regístrese y Comuníquese.

  
Ing. MIGUEL ANGEL OCHOA OCHOA  
DIRECTOR GENERAL



o, 31 de Mayo de 2007

-0473E

res:  
ocarril Transandino S.A.  
ofores Nro. 775 Urb. Miraflores

uestra consideración

dirigimos a ustedes con el fin de solicitarles la siguiente información que es  
aria para la presentación de nuestra solicitud de acceso a ser presentada en los  
mos días:

Necesitamos que se nos confirme que los horarios publicados en su página web  
(<http://www.ferrocarriltrasandino.com>) al día 30 de Mayo de 2007 constituyen la  
totalidad de horarios asignados a vuestro operador vinculado Peru Rail S.A. De  
ser el caso que dicha información no sea completa, agradeceremos se nos  
entregue la información adicional pertinente.

Indicarnos la frecuencia con que se presta cada uno los servicios antes  
mencionados (diaria, interdiaria; etc.)

Solicitamos se nos informe si existe alguna solicitud en trámite por parte de Perú  
Rail S.A. para la asignación de cualquier otro horario en dicha ruta. De ser el  
caso, agradeceremos se nos proporcione el detalle correspondiente (estación de  
origen, hora de salida, llegada a los distintos puntos intermedios; etc.).

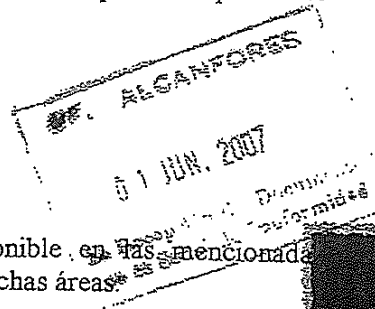
Se nos indique en cuales de los puntos consignados en el horario en los cuales se  
puede realizar cruce de trenes. Asimismo, agradeceremos que se nos indique los  
horarios en los que los diversos servicios que tiene PeruRail llegan a otros  
puntos en los que se puede realizar un cruce de trenes.

Se nos informe con precisión cualquier otro detalle que deba ser tomado en  
cuenta para calcular la disponibilidad real de la vía férrea, tales como vehículos  
de seguridad que transiten regularmente por la vía (incluyendo horarios y  
frecuencias; etc).

Deseamos saber cual es el sistema que utiliza FETRANS para autorizar los  
movimientos de subida y bajada (up and down) de los trenes, autovagones y  
gente de vía de PERU RAIL (vale decir si utiliza flagmen, despachador con  
radio, track warrant, train order; etc.).

Se nos precise que áreas de las siguientes estaciones se encuentran ocupadas el  
operador Perú Rail, así como el detalle de las áreas disponibles para otro  
operador:

- Estación de Ollantaytambo.
- Estación de Aguas Calientes.
- Estación de Puente Ruinas.
- Estación de Páchar.

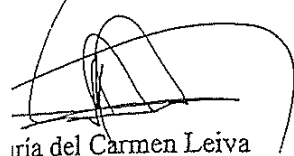


Solicitamos se nos precise cuál es el área disponible en las mencionadas  
estaciones, así como las facilidades que existen en dichas áreas.

9. Solicitamos se nos indique la renta que paga Perú Rail por el uso de las áreas mencionadas en el numeral 6.
10. Se nos indique que calificaciones exige FETRANS a los maquinistas y gente de vía de de PERU RAIL.

o otro particular,

entamente,



María del Carmen Leiva  
Gerente General

04730

Eco. Fernando Llanos Correa  
Gerente de Supervisión - OSITRAN

Oficio N° 973-07-GS-OSITRAN

Lima, 05 de junio de 2007

-04745

Señor  
**ROMULO GUIDINO LOREDO**  
Gerente General  
**FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.**  
Presente.-

Asunto : Solicitud de información de Andean Railways Corp. S.A.C.

Referencia : Carta de Andean Railways Corp. S.A.C. del 31 de mayo del 2007.

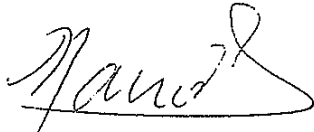
De mi consideración:

Me dirijo a usted, a fin de solicitarle nos envíe copia de su respuesta a la solicitud de información de Andean Railways Corp. S.A.C.

Para tal fin, se le otorga un plazo máximo de cinco (5) días hábiles contados desde la fecha de envío de su respuesta a la carta de la referencia.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,



**HERNANDO LLANOS CORREA**  
Gerente de Supervisión

RECEIVED  
OSITRAN S.A.

0

M.T.C.  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles  
**RECIBIDO**  
23 ABR. 2007  
Registro: 033726

**SUMILLA:** Subsana error material y hace precisiones de contenido de la solicitud presentada.

**EXPEDIENTE:** 030818 del 12 abr 2007

033726  
04741  
M.T.C.  
D.T.D.  
OFICINA DE SOLICITUDES DOCUMENTARIO  
**RECIBIDO EN**  
CARRILES  
Hora: Rec:

**SEÑOR DIRECTOR GENERAL DE CAMINOS Y FERROCARRILES**

**ANDEAN RAILWAYS CORP. S.A.C.**, una empresa debidamente constituida en la ciudad de Lima, con Registro Único de Contribuyente N° 20514472042, representada por Enrique Delgado Flores, identificado con DNI N° 07494327, , cuyas facultades corren inscritas en la Partida N° 11940557 del Registro de Personas Jurídicas de Lima, se presenta ante usted para Señalar lo siguiente:

1. El día 12 de abril de 2007, a las 3:00 p.m. presentamos una solicitud para que se nos otorgue un Permiso de Operación de Eficacia Restringida para operar ferrocarriles en un tramo de la línea del Sur-Oriente.
2. Después de revisado el cargo de la documentación que presentamos, nos percatamos que existen algunos errores materiales cometidos al momento de presentar el documento que eventualmente podrían retrasar la tramitación de este expediente. Así tenemos lo siguiente:
  - Existe una aparente contradicción entre lo señalado en el Contrato de Gestión suscrita por mi representada e Iowa Pacific Holding LLC, respecto al personal clave; y,
  - Por un error involuntario hemos colocado en el Anexo 1-J información que no corresponde al material tractil y rodante que pensamos colocar sobre dicha ruta, sino que corresponde a otros planes que nuestra empresa tiene para el futuro.
3. En ese sentido, al amparo de lo establecido en el Artículo 161° de la Ley del Procedimiento Administrativo General que señala que los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento aportar documentos que deben ser analizado por la autoridad administrativa, por medio de la presente aclaramos los términos de nuestra solicitud que podrían ser confusos, y asimismo adjuntamos a la presente la información correcta sobre el Material Tractil y Rodante que planeamos colocar en la mencionada ruta.
4. Con respecto a la aparente contradicción que existe entre lo señalado en la Cláusula Cuarta del Contrato de Gestión (Anexo 1-E) que señala que el personal clave será el señor Ed Ellis, y el Anexo 1-H donde el mismo señor Ed Ellis designa como personal clave al Sr. Jack Roberson, debemos mencionar que esta designación del señor Roberson se ajusta estrictamente a lo mencionado en el Contrato de Gestión

R.M. N° 470-9004-MTC/BI (24.04.04)  
Reg. 033726  
03 MAY 2007

suscrito entre nuestras empresas, la cual señala expresamente que si el señor Ellis no puede desempeñar personalmente el cargo, debe nombrar a una persona de iguales o similares cualidades.

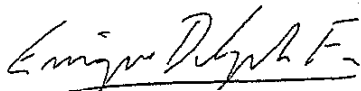
04745

5. El señor Roberson tiene años trabajando en nuestro medio y su capacidad está fuera de discusión.
6. Asimismo, debemos señalar que en la medida que el señor Ed Ellis es Presidente de Iowa Pacific Holding, seguirá involucrado en la operación, pero obviamente lo hará como presidente de dicha compañía, y no como responsable directo del día a día de este ferrocarril.
7. Con relación al error material ya mencionado, y considerando que la información colocada en el Anexo 1-J de nuestra solicitud original es incorrecta, agradeceremos no sea tomada en cuenta, y que la evaluación se realice más bien sobre la base del documento que estamos adjuntando.

**POR TANTO.-**

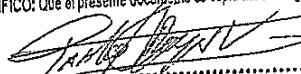
Solicitamos a Ustedes dar trámite a esta solicitud y concedernos el permiso solicitado.

Lima, 23 de abril de 2007



**Enrique Delgado Flores**  
Apoderado

Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles  
CERTIFICO: Que el presente documento es copia fiel del original



SR. PABLO REYES VERAMENDI

REGATARIO TITULAR

R.M. N° 470.2006-MTC/01 (24.06.04)

Reg. N° 093 ..... Fecha: 09 de MAYO 2007

**RELACIÓN DEL MATERIAL RODANTE QUE PRESTARÁ SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO Y SUS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS (Artículo 106º, literal k, del Reglamento nacional de Ferrocarriles**

Se tiene previsto que el servicio de transporte de pasajeros será prestado con dos (02) juegos de unidades múltiples (UM) conformadas cada una por dos (02) unidades autopropulsadas y dos (02) unidades remolcadas, todas ellas nuevas, fabricadas especialmente para Andean Railways en los Estados Unidos de América, con las siguientes características técnicas:

Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
Dirección General de Caminos y Ferrocarriles  
CERTIFICADO: Que el presente documento es copia fiel del original

**UNIDAD TRACTIVA**

**SISTEMA DE PODER**

SR. PABLO REYES VERAMENDI  
FEDATARIO TITULAR  
R.M. N° 470.2004.MTC/01 (24.06.04)  
Reg.: 092 Fecha: 09 MAYO 2007

Motor: A gasolina, refrigerado por agua, de 350 HP. Capacidad 30 millas/hora.

Transmisión final: El poder es transmitido desde la bomba hidráulica, por líneas hidráulicas que corren a cada truque y se acoplan a dos motores hidrostáticos de 150 HP. El poder es transmitido al eje delantero de cada truque, vía cadenas y engranajes.

**TRUQUES**

Trocha: Treinta y seis (36) pulgadas

Ruedas: Cuatro (04) ruedas de acero en cada truque; diámetro 28". La conexión entre las ruedas y los ejes es a presión.

Ejes: Fabricadas con acero al cromo-níquel; cinco pulgadas (5") de diámetro.

Cojinetes: Equipados con cojinetes tipo ferroviario.

Amortiguación: Cuatro (04) coil springs y dos (02) full elliptic springs en cada truque para el apoyo de la caja del coche.

Frenos: De aire del tipo 26 L Automático; se aplican a cada una de las 8 ruedas del vehículo. Incluye adicionalmente un freno de mano.

Estructura de los truques: Los componentes laterales son de acero, de una sola pieza; los otros componentes son de elementos fabricados de acero. Los truques son del tipo MCB-Interurban Service, de 60,000 lb de capacidad. El vehículo puede negociar fácilmente curvas de 32 grados.

**CARROCERÍA**

Dimensiones: Longitud total: 53 pies; Altura desde el riel hasta la parte más alta de la carrocería: 11'-6"; Ancho: 8'-6"; Altura desde el piso al techo: 7'-2". Distancia entre apoyos: 30 pies.

**Construcción:** De acero en su totalidad. Las vigas centrales están conformadas por dos vigas tipo I de 6" y 10.5 lb que corren a todo lo largo del vehículo; las vigas laterales son fabricadas con ángulos de acero de 3/8" por 3 1/2". La estructura cuenta con miembros transversales como atiesadotes, conformados por canales de acero de 4" y 6". El piso es doble, con material aislante intermedio. La parte superior del piso está constituida por tablas de madera tongue y groove, acabada o cubierta con alfombra, o linoleum para coche con acabado de estilo. Los marcos de las ventanas y demás componentes están fabricados con aluminio.

**Compartimento para equipaje:** Longitud: 9'-0". Tiene dos puertas de 36", una a cada lado. Las paredes interiores son de madera tongue y groove; van pintadas en color claro.

**Compartimento Para pasajeros:** Longitud: 35'-6". Los asientos van tapizados con Naugahyde grado pesado, imitación cuero. El salón está provisto de asientos para 48 pasajeros. Cuenta con servicios higiénicos provistos de un inodoro y un lavatorio.

**Plataforma Posterior:** Vestíbulo tipo "Pullman" cercado, con puertas laterales.

**Sistema eléctrico:** De 110 voltios; el poder es suministrado por un generador independiente de 20 Kw, con motor a gasolina.

**Otros equipos:** El salón es calentado por un sistema eléctrico lateral. El aire acondicionado circula a través del carro por un sistema de ductos. El tanque de combustible tiene 60 galones de capacidad. Cuenta con pito de aire, campana para señales, arenero, iluminación eléctrica con sistema de 110 voltios; juego completo de controles y medidores; trompa de acero tipo heavy duty. El peso del carro completo es de 48,000 libras. El consumo de gasolina es de 4 a 6 millas por galón.

**UNIDAD REMOLCADA**

La unidad remolcada está construida con las mismas dimensiones de la unidad tractiva, y está provista y equipada de la misma manera que ésta. Dispone de 50 asientos y está equipada con dos servicios higiénicos con inodoro y lavatorio. Cuenta con plataformas en cada extremo, y tiene su propio generador.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones  
 Dirección General de Caminos y Ferrocarriles  
 CERTIFICO: Que el presente documento es copia fiel del original

*[Handwritten Signature]*

SR. PABLO REYES VERAMENDI  
 FEDATARIO TITULAR

R.M. N.º 79-2004-MTC/01 (24.06.04) ANO 2007  
 Reg. N.º 03 Fecha: 03/07/07



ORDEN DE SERVICIO LOCAL

OSL 101712

AREQUIPA

30 de ABRIL de 2004

71806

AND TECNICA S.A. (10000149)  
ARGENTINA 3250 CALLAO 1.  
72 / 4291136 FAX: 4296001 / 4654747

14745

Fecha de Entrega:

Cotización Nro :

SSL 100608

JUAN ALBERTO FORSYTH RIVAROLA.

VER OBSERVACIONES

Item	Parte	Unid	Cantidad	C.Costo	Descripcion	Precio	Dcto. %	Total	
	CU		1.00	1711	SERVICIO DE INSPECCION DE LOCOMOTORAS Y AUTOVAGONES PARA EL SERVICIO DE CUSCO-MACHU PICCHU; ELABORACION DE INFORME TECNICO; ELABORACION DE RESUMEN EJECUTIVO. INCLUYE FOTOS Y DISKETTE /	2500.0000	0.00	2500.0000	
	CU		1.00	1711	GASTOS DE VIAJE NACIONAL E INTERNACIONAL PARA EFECTOS DEL SERVICIO DE INSPECCION DE LOCOMOTORAS Y AUTOVAGONES /	1498.7311	0.00	1498.7311	
								SubTotal	3998.73
								Flete	0.00
								I.G.V.	759.76
								Total: US\$	4758.49

E COSTO

Gerencia mecanica

OBSERVACIONES: REGULARIZACION - SERVICIO SOLICITADO DIRECTAMENTE POR GERENCIA PR. F. PAGO ITEM 1 FACT. 7 DIAS, ITEM 2 FACT. 30 DIAS

ENTREGAR EN:

OR DEBERA PRESENTAR UNA COPIA DE LA ORDEN DE COMPRA JUNTO CON LA GUIA DE REMISION. LA QUE NO COINCIDA CON LA ORDEN DE COMPRA NO SERA ACEPTADA.

LOURDES SAMANEZ

PERURAIL S.A.

20431871808

EN LA GUIA DE REMISION DEBE FIGURAR EL NUMERO DE LA PRESENTE ORDEN DE COMPRA

En toda correspondencia que se curse o consulta que se haga relacionada

con esta orden, debe indicarse el número de la misma.

TEL: 4291136 FAX: 4296001

COMPRADOR RESPONSABLE



-04740

123, 2004.

Pres  
CROSLAND S.A.  
Armendáriz 397  
AFLORES  
TEL: 242-2651 / TELEFONO 242-3423

23 ABR 2004  
Rivasplata

Srta. Yasmine Mastin  
Gerente General

LOCOMOTORAS Y AUTOVAGONES PARA EL SERVICIO CUSCO-MACHU PICCHU.

Queridos señores,

De acuerdo a la indicación del Ing. Juan A. Forsyth Rivarola, Presidente Ejecutivo de nuestra empresa, nos es grato hacerles llegar los siguientes documentos:

Factura N°. 001-0012569 del 22.04.04 por US\$ 2,975.00 – Honorarios  
Factura No. 001-0012571 del 22.04.04 por US\$ 1,783.49 – Gastos

TOTAL US\$ 4,458.49  
=====

*Serv. consultoría  
CC-17 HA*

Le agradeceremos a ustedes se sirvan cancelar las facturas antes mencionadas, mediante depósito en nuestra cuenta corriente ó cheque que recogeremos de sus oficinas.

CUENTA CORRIENTE No. 191-0755669-1-28  
BANCO DE CREDITO EL PERU  
A nombre de: CROSLAND TECNICA S.A.

*Cond. pago:  
honor: 07 días  
gastos: 30 días*

Le agradecemos por su amable atención, los saludamos.

Atentamente,

CROSLAND TECNICA S.A.

Rivasplata R.  
Gerencia de Cobranzas División Fuerza Motriz  
Tel: 313-5272 anexo 2259  
Email: rivasplata@crosland.com.pe

2004.

**CROSLAND TECNICA S.A.**

Callao 1, PERU Teléfonos (511) 613 5272 4650393 4291136 Fax (511) 4296001 4654747  
E-mail: fmotriz@crosland.com.pe







# CROSLAND TECNICA S.A.

AV. ARGENTINA 3206 - 3250  
 TELF.: 4515272 FAX: 4654747  
 CALLAO - PERU

R.U.C. 20100001498

## FACTURA

Nº 001 - 0012569

ADQUIRENTE

IL S.A.

ENDARIZ 397

DRES LIMA PERÚ

08

FECHA 22/04/2004

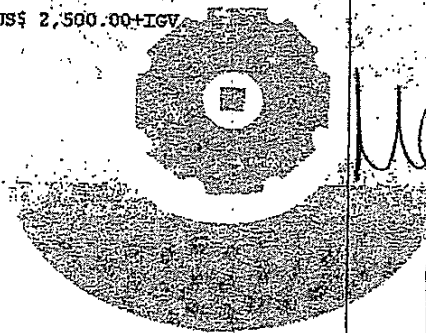
PEDIDO

GUIA

O.T.

0475

DESCRIPCION	U/M	CANT.	PRECIO UNITARIO	TOTAL
SERVICIO LOCOMOTORAS	UNID	1.00	2,500.00	2,500.00
SIGUIENTES SERVICIOS: MANTENIMIENTO DE LOCOMOTORAS Y AUTOVAGONES SERVICIO DE CUSCO-HACHU PICCHU. ELABORACION DE INFORME TECNICO COMPLETO, INCLUYE FOTOGRAFIAS DEL SR. JOHN WRIGHT, Y LA ELABORACION DE LOS INFORMES INDICADOS. ELABORACION DE RESUMEN EJECUTIVO ELABORACION EN 4 EJEMPLARES, INCLUYE FOTOS Y DISKETTE. LOS HONORARIOS US\$ 2,500.00+IGV.				
0001				
"FACTURA NO SUJETA A RETENCION DEL I.G.V. en virtud de art. 5 inc. b) de R.S. Nº 037-2002/SUNAT y Certificado Nº 0032673500110 que acredita a CROSLAND TECNICA S.A. como Agente de Retención"				SUB TOTAL 2,500.00 DSCIO 0.00 DSCIO CLIENTE 0.00 ANTICIPOS 0.00 VALOR VENTA: 2,500.00 I.G.V. (19.00%) 475.00 PRECIO TOTAL \$ 2,975.00



*Mecanica Oksanen*  
*Servicio*  
*23/4*

DOS SETENTA Y CINCO Y 00/100 DOLARES AMERICANOS

CREDITO				CANCIONADO	
LETRA Nº				TOTAL	
IMPORTE \$					
VCTO.					

p. Crosland Técnica S.A.

FECHA

Emission válida hasta: 05-11-2004

ADQUIRENTE

la Orden de CROSLAND TECNICA S.A. gracias.

18:16 DE: 204 12:27 DE: FERROCARRIL TRANSAND 511 2422651

A: 084233551

F: 1

*vb Jamine*

**CROSLAND TECNICA S.A.**

AV. ARGENTINA 3206 - 3250  
 TEL: 4515272 FAX: 4854747  
 CALLAO - PERU

**R.U.C. 20100001498**

**FACTURA**

**Nº 001 - 0012571**

ADQUIRENTE

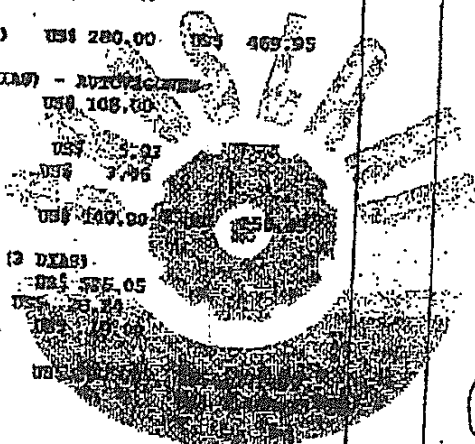
PERU RAIL S.A.

N. ARMENDARIZ 397  
 MIRAFLORES LIMA PERU  
 031871898

FECHA 22/04/2004  
 PEDIDO  
 GUIA  
 O.T.

0475

ITE	DESCRIPCION	UM	CANT.	PRECIO UNITARIO	TOTAL
0001	SERVICIO LOCOMOTORAS R LOS SIGUIENTES GASTOS APLICABLES AL SERVICIO DE LA PARRERA . 001-0012569 DEL 22.04.04	UNE UNO	1.00	1,498.73	1,498.73
	DIAS VIAJE A CUSCO (5 DIAS) - LOCOMOTORAS DIAJE HERERO PUERTO AEROPUERTO: LA US\$ 5.00 CO US\$ 3.46 EQUIP US\$ 3.46 NOS: NOCHES A US\$70.00/NOCHE) US\$ 280.00 US\$ 469.95				
	DIAS VIAJE A CUSCO (2 DIAS) - LOCOMOTORAS DIAJE HERERO PUERTO AEROPUERTO: LA US\$ 5.00 CO US\$ 3.46 EQUIP US\$ 3.46 NOS: NOCHES A US\$70.00/NOCHE) US\$ 140.00 US\$ 239.95				
	DIAS A CORDOVA, ARGENTINA (3 DIAS) DIAJE HERERO PUERTO AEROPUERTO LIMA PUERTO AEROPUERTO CORDOVA NOS: NOCHES A US\$100/NOCHE) US\$ 300.00 US\$ 499.95				
	DE LOS GASTOS				



*W*  
 Per... ..

*ok*  
 29/4/

"FACTURA NO SUJETA A RETENCION DEL I.G.V.  
 en virtud de art. 5 inc. b) de R.S.Nº 037-2002/SUNAT  
 y Certificado Nº 0032673500110 que acredita a  
 CROSLAND TECNICA S.A. como Agente de Retención"

SUB TOTAL	1,498.73
DESCTO	0.00
DESCTO CLIENTE	0.00
ANTICIPOS	0.00
VALOR VENTA:	1,498.73
IGV (18.0%)	269.78
<b>PRECIO TOTAL S</b>	<b>1,768.51</b>

OCHENTA TRES Y 49/100 DOLARES AMERICANOS

LETRA Nº	IMPORTE	VOTA	TOTAL

En el Orden de CROSLAND TECNICA S.A. gracias.

CROSLAND TECNICA S.A.  
 PERU  
 Avenida... ..

*375 US to be paid immediately*

S.A.  
DARIZ 397  
S - LIMA  
1871808

04750

ORDEN DE COMPRA EXTERIOR  
ORDEN No. OCE 100070

350  
936 :

AREQUIPA , 19/10/2004

COTIZACION No.... GG 030/04  
FECHA COTIZACION: 12/01/2004

.A.  
:(5411) 4786 7812 / 4786 8925  
) 4781 7276  
SR. LEMA / ING. J. FORSYTH  
230 PISO 9G - BUENOS AIRES 1428

SCE 100127  
No. SOLICITUD.....

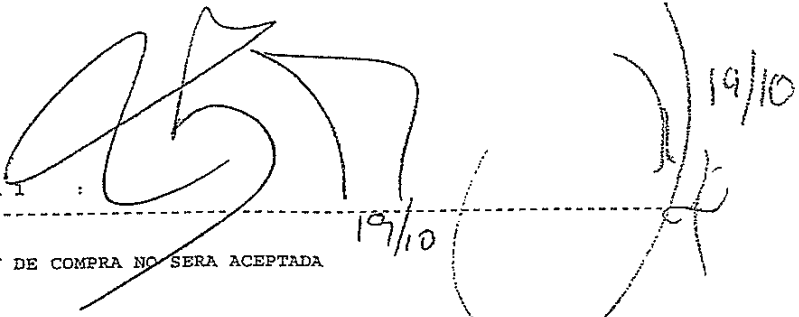
N. PARTE	UND	CANTIDAD	DESCRIPCION	P. U.	TOTAL
0095	DL 535	CU	1.000 ALCO LOCOMOTIVE RSD 35 (DL 535)	526,984.000	526,984.000
					526,984.00

INCOTERMS 2000 - TOTAL PRECIO EXW US\$ 526,984.00

entrega 6 motores de traccion en Cordoba responsabilidad del cliente /El medio  
orte podria ser cambiado y se dara a conocer con la debida anticipacion.

LA ORDEN DE COMPRA PUEDE SER REEMPLAZADA POR UN DOCUMENTO EMITIDO POR LA EMPRESA QUE  
ANCIE ESTA OPERACION, RESPETANDO LAS CONDICIONES PACTADAS. SE INFORMARA OPORTUNAMENTE  
NOMBRE DE LA MISMA.

le Costo:  
1762 Taller Cusco

COPIA 1 : 

JURA QUE NO COINCIDA CON LA ORDEN DE COMPRA NO SERA ACEPTADA

: CADY ARANZAENS

as a : PERURAIL S.A.

EN LA GUIA DE REMISION DEBE FIGURAR EL NUMERO DE LA PRESENTE ORDEN DE COMPRA

ADENCIA : En toda correspondencia que se curse o consulta que se

ccionada con esta orden, debe indicarse el numero de la misma

l : LUN-VIE 08:30 AM - 04:00 PM

COMPRADOR RESPONSABLE



S.A.  
DARIZ 397  
S - LIMA  
11871808

PAG. 002/ 002

04750

350  
936

ORDEN DE COMPRA EXTERIOR  
ORDEN No. OCE 100070

AREQUIPA , 19/10/2004

-----

por : TERRESTRE  
no : AREQUIPA - PERU  
:  
pago : CARTA DE CREDITO CONFIRMADA E IRREVOCABLE, A LA VISTA CONTRA DOCUMENTOS  
Embarque : CORDOBA, ARGENTINA  
: por : No se requiere Inspeccion.  
Recepcion: 01/03/2005  
Embarque :  
FACTURA COMERCIAL ORIGINAL COPY  
[ 03 ] [ 03 ]  
LISTA DE EMPAQUE [ 03 ] [ 03 ]  
CONOC. DE EMBARQUE [ 01 ] [ 02 ]

COPIA 1 :

-----

RA QUE NO COINCIDA CON LA ORDEN DE COMPRA NO SERA ACEPTADA  
: CADY ARANZAENS  
a : PERURAIL S.A.  
EN LA GUIA DE REMISION DEBE FIGURAR EL NUMERO DE LA PRESENTE ORDEN DE COMPRA  
ENCIA : En toda correspondencia que se curse o consulta que se  
ionada con esta orden, debe indicarse el numero de la misma  
: LUN-VIE 08:30 AM - 04:00 PM

COMPRADOR RESPONSABLE

-0475-



# TRACFER S.A.

## E

### FACTURA DE EXPORTACION

Servicios Industriales Ferroviarios  
Representaciones

No. 0001 - 00000079

Fecha: 25 / 07 / 2005

Cabildo 2230 Po. 9 "G" Te: 4780-0834 / 4781-5554  
428) Capital Federal Fax: 4781-7549 / 4780-0834  
Bs. As. - ARGENTINA  
IVA RESPONSABLE INSCRITO

CUIT: 30-68589703-9  
Ing. Brutos Conv. Mult. 990506-05  
Inicio de Actividades: 1-3-96

Exportador(es) PERURAIL SA

Domicilio Av. Armendariz 397  
Miraflores - Lima 18  
PERU

A Resp. Inscripto  Resp. No Inscripto

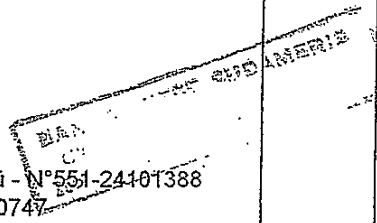
CUIT:

Condiciones de Venta: Contado  Cta. Cte.  C/C

Remito No. 0001-00000171

Item	DETALLE	P. Unit.	TOTALES
1	Locomotora ALCO RSD 35 (DL535) según Orden de compra, OCE 100070 PR de fecha 19/10/2004	u\$s 526.984,00	u\$s 526.984,00
<p>Seguro cubierto por Perurail</p> <p>Carta de Crédito del Banco Wiese Sudameris - Perú - N° 551-24101388</p> <p>Ref. Banco Patagonia Sudameris - Argentina - N° 60747</p> <p>Son 8 bultos según Remito / Lista de Empaque 0001-00000171</p> <p>Valor total EXW - Córdoba - Argentina en dólares Estadounidenses</p>			526.984,00

ORIGINAL



Total	Impuesto	Subtotal	IVA Inscripto.....%	IVA no Inscripto.....%	TOTAL
XX	XXXXXX	XXXXXXX	XXXXXXXX	TOTAL EXW Córdoba U\$S	526.984,00

CALIGARIS CUIT: 27-17823832-4 Hab. No. 9489/69  
Impresión: Jul. de 2004 Impreso del: 0001-0000051 al 100  
24015101532391 Fecha Vto: 12/7/2007

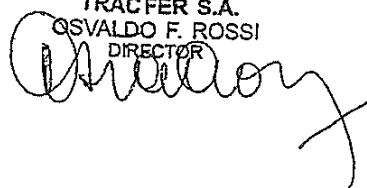
TRACFER S.A.  
OSVALDO F. ROSSI  
DIRECTOR

es  
U RAIL S. A.

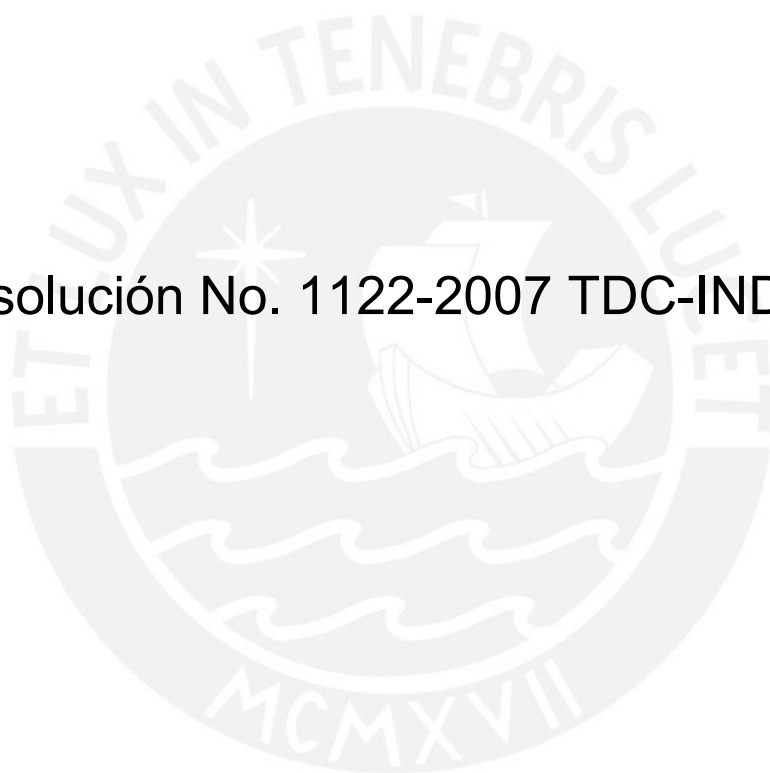
. Armendáriz 397  
lores - Lima 18  
U

**DATOS COMPLEMENTARIOS DE LA FACTURA No. 00000079**

notora ALCO, modelo RSD 35 (DL 535), origen USA, reconstruida en Argentina.  
cia : 1350 HP  
r Diesel, modelo 251 D, No. 05-F2-5015  
ador Principal No. 73 51 202  
ador Auxiliar No. 73 30 964  
r de Tracción 1, No. CTE 050003 M  
r de Tracción 2, No. CTE 050004 M  
r de Tracción 3, No. CTE 050005 M  
r de Tracción 4, No. CTE 050006 M  
r de Tracción 5, No. CTE 050007 M  
r de Tracción 6, No. CTE 050008 M

TRACFER S.A.  
OSVALDO F. ROSSI  
DIRECTOR  


32. Resolución No. 1122-2007 TDC-INDECOPI



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA  
DENUNCIANTE : FERROCARRIL SANTUARIO INCA MACHU  
PICCHU S.A.C.  
COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN  
EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE  
USO PÚBLICO – OSITRAN  
DENUNCIADO : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.  
TERCERO : PERU RAIL S.A.  
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA  
MERCADO RELEVANTE  
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO  
NEGATIVA INJUSTIFICADA  
MEDIDAS CORRECTIVAS  
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN  
PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN  
ACTIVIDAD : TRANSPORTE POR VÍA FÉRREA

**SUMILLA:** *en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., la Comisión de Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ositran, la Sala ha resuelto revocar la Resolución N° 064-2006/CLC del 4 de setiembre de 2006 que declaró infundadas las denuncias de oficio y de Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C. en contra de Ferrocarril Transandino S.A. y declararlas fundadas por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, imponiéndole una multa ascendente a 165,9 UIT y, ordenándole, en calidad de medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante objeto del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur-Oriente; y, el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del referido Contrato de Concesión.*

**SANCIÓN:** 165,9 UIT

Lima, 2 de julio de 2007

#### I. ANTECEDENTES

1. El 1 de agosto de 2003, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, el Ositran) remitió al INDECOPI, copia de los Informes N° 074-03-GS-O3-OSITRAN, 177-03-GS-C3-OSITRAN y 019-03-GAL-OSITRAN, solicitando su opinión respecto de una posible infracción de las normas

M-SDC-02/1C

de libre competencia por parte de Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetrans)<sup>1</sup>.

2. El 27 de agosto de 2004, Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C. (en adelante, Fersimsac) denunció a Fetrans por abuso de posición de dominio al haberse negado a atender su solicitud de alquiler de material tractivo y rodante (en adelante, el material)<sup>2</sup>, el mismo que le fuera entregado por el Estado como resultado del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente, Tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica (en adelante, el FSO).
3. En virtud del Oficio remitido por Ositrán y atendiendo a las conclusiones del Informe N° 055-2004/GEE de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI (en adelante, la GEE) y del Informe N° 035-2004/ST-CLC de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica), mediante Resolución N° 067-2004/CLC del 27 de octubre de 2004, la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Comisión) inició un procedimiento de oficio contra Fetrans por presunta comisión de abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante; y, de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material para su operación en la línea férrea del FSO. Dicho procedimiento de oficio fue tramitado bajo el Expediente N° 012-2004/CLC.
4. Mediante Resolución N° 074-2004/CLC, la Comisión admitió a trámite la denuncia de Fersimsac<sup>3</sup> y resolvió acumular dicha denuncia con la seguida de oficio en el Expediente N° 012-2004/CLC.
5. El 13 de junio de 2005, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 023-2005/ST-CLC (en adelante, el Primer Informe de la Secretaría Técnica), mediante el cual recomendó a la Comisión declarar fundada la denuncia interpuesta contra Fetrans por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato (o trato discriminatorio) al haberse negado a arrendar el material a Fersimsac y, en general, a cualquier otro potencial operador, e imponerle una multa

<sup>1</sup> Con número de R.U.C.: 20432747833

<sup>2</sup> El material tractivo es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros. Está conformado por locomotoras, autovagones y autovías. Por su parte, el material rodante es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros. Está conformado por coches de pasajeros, vagones de carga y jaulas para carga.

<sup>3</sup> Dicho procedimiento fue signado bajo Expediente N° 010-2004/CLC.  
2/46

de 203,9 UIT. Para ello, la Secretaría Técnica consideró las siguientes conclusiones:

- (i) el mercado relevante consiste en el servicio de alquiler del material en el departamento del Cusco. Sobre el particular, la Secretaría Técnica tuvo en cuenta que el servicio requerido por Fersimsac, no tenía sustitutos viables en términos económicos siendo que: (a) la compra del material nuevo o usado implicaba una importante inversión comparada con el bajo precio que Fetrans cobraba por el alquiler del material a su empresa vinculada, Perú Rail S.A. (en adelante, Perurail), utilizado para prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO; (b) no se había acreditado que existieran otros agentes que dispusieran de dicho material en el mercado peruano y los costos de alquiler en el extranjero hacían inviable dicha alternativa de compararse con los bajos costos de alquiler del material que ofrecía Fetrans a Perurail; y, (c) la adaptación de material de trocha ancha a material de trocha angosta (necesario para operar en el FSO) resultaba demasiado onerosa;
- (ii) Fetrans ostentaba posición de dominio en dicho mercado puesto que, según el Contrato de Concesión, tenía a su disposición la totalidad del material que el Estado le otorgó sin ninguna obligación de contraprestación. Por ello, a diferencia de potenciales competidores en la provisión del material, Fetrans podía alquilarlo a un costo considerablemente inferior;
- (iii) había quedado acreditada la negativa de alquiler del material por parte de Fetrans, sustentada en la existencia de un contrato de alquiler suscrito con Perurail, por la totalidad del material;
- (iv) la negativa de Fetrans era injustificada toda vez que representaba una forma de conservar el monopolio que el grupo Fetrans-Perurail tenía en el mercado de servicios de transporte de pasajeros y de carga en el FSO, lo que (i) restringía la competencia y perjudicaba a los consumidores; y, (ii) privaba al Estado peruano de percibir mayores ingresos, producto del mayor pago que realizarían nuevos operadores por el acceso a la vía férrea<sup>4</sup> y el alquiler del material<sup>5</sup>; y,

<sup>4</sup> De acuerdo con la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, el Concesionario debía pagar en primer lugar una "retribución principal", equivalente al 37,25% de sus ingresos brutos obtenidos producto de la explotación de los bienes de la concesión, excluyendo aquellos ingresos obtenidos de la explotación del material tractivo y rodante (v.g. uso de la línea férrea, estaciones, patios de maniobra, entre otros). En este sentido, la Secretaría Técnica concluyó que si un segundo operador ingresaba al mercado de servicios de transporte, el pago total por el uso de la vía férrea y servicio complementarios podría ser mayor que el pago con un solo operador.

<sup>5</sup> De acuerdo con la cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, la segunda retribución denominada "retribución especial" equivale a un 50% de los ingresos brutos percibidos por Fetrans producto del alquiler de material



- (v) el objetivo de la Concesión de promover la competencia en el servicio de transporte ferroviario en el FSO conllevaba a posibilitar el ingreso de nuevos competidores en dicho mercado mediante el alquiler del material otorgado a Fetrans, y no sólo a través de la adquisición de su propio material, ya que ante dicho escenario, el Grupo Fetrans-Perurail podía responder competitivamente reduciendo el precio por el servicio de transporte a un nivel cercano al costo marginal impidiendo que el entrante recupere la inversión realizada en la adquisición del material.
6. El 23 de mayo de 2006, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 013-2006/ST-CLC (en adelante, el Segundo Informe de la Secretaría Técnica) complementando su Primer Informe y recomendando declarar fundada la denuncia seguida contra Fetrans e imponerle una multa de 168,35 UIT<sup>6</sup>. En dicho Informe, la Secretaría Técnica concluye que:
- (i) la posición de dominio de Fetrans no se sustenta sólo en el hecho de que las alternativas de aprovisionamiento de material (compra y adaptación de material de trocha ancha) resulten mucho más onerosas que el alquiler del material de Fetrans – que fue recibido del Estado sin costo alguno –, sino también en que dichos costos podrían ser irrecuperables frente a una estrategia de disminución de precios en el servicio de transporte por parte del grupo Fetrans-Perurail<sup>7</sup>; y,
- (ii) la negativa de Fetrans, basada en la celebración de un contrato previo con Perurail, resulta injustificada siendo que ello imposibilita la competencia en el transporte de carga y pasajeros en la ruta del FSO y, consolida un monopolio en este mercado a favor del Grupo Fetrans-Perurail. Dicho resultado no puede tolerarse únicamente sobre la base del ejercicio de la libertad de contratación de

---

tractivo y rodante del semestre anterior. En este sentido, la Secretaría Técnica concluyó que si un segundo operador ingresaba alquilaba dicho material, el pago total sería mayor que el pago que realizaría un solo operador.

- <sup>6</sup> Para calcular el monto de la multa, la Secretaría Técnica estimó el beneficio esperado de Fetrans en S/ 2 289 551,89 (al igual que el monto calculado en el Primer Informe de la Secretaría Técnica), monto que fue reducido en 75% atendiendo a que se trataba de un "mercado nuevo", y considerando que el grupo económico Fetrans - Perurail había realizado acciones conducentes a promocionar el transporte ferroviario en el FSO.
- <sup>7</sup> El Informe N° 011-2006/GEE de la GEE (en adelante, el Segundo Informe de la GEE) analiza la rentabilidad que tendría un potencial entrante en el servicio de transporte ferroviario frente a una posible estrategia de reducción de precios del Grupo Fetrans – Perurail. Así, concluye que con solo una disminución del 6,82% en el precio del servicio de transporte, la compra de material dejaría de ser una alternativa rentable de aprovisionamiento; y que con una disminución del 20,7% en el precio del servicio de transporte, se descartaría incluso el alquiler del material como una alternativa viable de aprovisionamiento para cualquier empresa, salvo que Fetrans reduzca el precio de alquiler, lo que podría ocurrir únicamente a favor de Perurail, al ser su empresa vinculada.



Fetrans, toda vez que afecta la libre competencia y genera perjuicios a los consumidores.

7. Durante la tramitación del procedimiento en Primera Instancia, Fetrans<sup>8</sup> y Perurail presentaron escritos contradiciendo las infracciones imputadas y las conclusiones de los Informes de la Secretaría Técnica y de la GEE. Sus argumentos fueron los siguientes:

Fetrans:

- no se definió adecuadamente el servicio relevante, al no haberse considerado otras alternativas al alquiler del material otorgado en la Concesión del FSO, como (a) la adquisición de material nuevo o usado (escenario que resulta rentable de acuerdo con las conclusiones de la propia GEE); y, (b) la adquisición de material de trocha ancha para su posterior adaptación a trocha angosta (lo que fue efectuado anteriormente por Perurail);
- no se delimitó correctamente el mercado geográfico relevante al circunscribirlo al departamento del Cusco, toda vez que el aprovisionamiento del material (incluyendo las alternativas señaladas en el párrafo precedente) puede obtenerse de distintos agentes económicos que operan a nivel nacional y mundial;
- Fetrans no ostenta posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento general de material a nivel internacional, toda vez que el porcentaje de participación que posee en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo es de 1,5%, y de material rodante, de 0,3%;
- el material que le fue otorgado en concesión no ha sido incluido como facilidad esencial en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN (en adelante, el REMA)<sup>9</sup> ni en el propio Contrato de Concesión– como sí sucede en el caso de la línea férrea –, ni tampoco se ha dispuesto la obligación de otorgar un acceso universal (modelo *Open Access*) al mismo. Por tanto, como Concesionario adquirió el derecho a la explotación económica de los bienes materia de concesión (entre ellos, del material) pudiendo ejercer dicho derecho con plena libertad de decisión comercial;

<sup>8</sup> Fetrans ha presentado adicionalmente Informes elaborados por su empresa asesora, Apoyo Consultoria S.A.C.

<sup>9</sup> Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 014-2003/CD-OSITRAN

- el proceso de Concesión del FSO buscaba promover primordialmente, la inversión en el sector del transporte ferroviario. Así, se previó que el Concesionario podría optar por constituir una empresa que asegure la operación del servicio, para cuyo efecto se le otorgó el material entregado en la Concesión. De este modo, si se dispusiera de la obligación de acceso compartido al material, se atentaría contra la eficiencia al vulnerar las expectativas de inversión que realizó el Concesionario al postular al Concurso Público, que incluían la posibilidad de la explotación comercial del material. Asimismo, se ignorarían los costos de adquisición del material, entre los cuales debe considerarse su reparación y mantenimiento; y,
- no se ha producido una negativa injustificada de alquiler del material solicitado por Fersimsac, toda vez que éste se encuentra empleado en su totalidad por Perurail.

004375

Perurail:

- el contrato de alquiler del material suscrito entre Fetrans y Perurail es válido y oponible tanto al Estado como a terceros, en aplicación del artículo 62° de la Constitución<sup>10</sup> y el artículo 1354° del Código Civil<sup>11</sup>, motivo por el cual debe ser respetado;
- la Comisión carece de competencia para delimitar las condiciones de alquiler del material entre Fetrans y Perurail, y para modificar las condiciones existentes entre dichas empresas;
- el mercado de transporte ferroviario cuenta con barreras naturales que deben ser superadas por cualquier competidor. Perurail ha realizado grandes inversiones y cumplido estándares muy elevados para prestar el servicio de transporte; y,
- existe material en el país disponible para prestar el servicio de transporte ferroviario, toda vez que se ha devuelto al Estado peruano material obsoleto y/o inutilizable del FSO.

8. Mediante Resolución N° 064-2006/CLC del 4 de setiembre de 2006, la Comisión declaró infundada la denuncia de oficio y aquella interpuesta

<sup>10</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

<sup>11</sup> CÓDIGO CIVIL, Artículo 1354°.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.



RESOLUCIÓN N° 1122-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 010-2004/CLC  
EXPEDIENTE N° 012-2004/CLC  
(Acumulados)

004874

por Fersimsac en contra de Fetrans por presunta infracción al Decreto Legislativo N° 701. La Comisión consideró lo siguiente:

- (i) el Grupo Fetrans-Perurail ostenta posición de dominio en el mercado de alquiler del material que opera en el FSO, de propiedad del Estado;
  - (ii) Fetrans se negó a alquilar a Fersimsac material con capacidad para operar en el FSO, debido a la existencia de un contrato privado previamente suscrito con Perurail, por el cual le alquiló el íntegro de dicho material;
  - (iii) la negativa de Fetrans se encuentra justificada al sustentarse en el Contrato de Concesión, siendo que la Circular N° 17 – que complementa la versión preliminar del Contrato de Concesión – facultaba a Fetrans a constituir una empresa vinculada (Perurail) a efectos de que ésta preste el servicio de transporte de pasajeros y carga en el FSO, alquilándole la totalidad del material, sin existir un procedimiento que limite o restrinja dicha posibilidad; y,
  - (iv) dicha alternativa se contempló en el Contrato de Concesión para asegurar la continuidad de la prestación de los servicios de transporte. Al generar dicha situación una restricción a la competencia, le corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, como órgano competente, intervenir para establecer un procedimiento que promueva la competencia en el servicio de alquiler del material, como la realización de licitaciones periódicas, asegurándose de este modo la posibilidad de acceso al material.
9. El 6 de octubre de 2006, Ositran apeló la Resolución N° 064-2006/CLC, argumentando que la Comisión había interpretado erróneamente la Circular N° 17, al haber omitido considerar otras cláusulas del Contrato de Concesión que evidencian que el objetivo de la Concesión era asegurar la competencia en el servicio de transporte ferroviario. Así, señaló que en la propia Circular N° 17, se estipula que quedaba vigente la obligación del Concesionario de otorgar acceso a la vía férrea a cualquier empresa que lo solicitara y cumpliera los requisitos necesarios, lo que sólo era posible económicamente a través del alquiler del material otorgado por el Estado. Asimismo, señaló que la Comisión debió evaluar que sólo era lícito el alquiler del 100% del material en tanto Fetrans usase de manera efectiva dicho porcentaje, lo que no resultaba cierto, de acuerdo al Informe N° 201-06-GS-OSITRAN.

10. El 9 de abril de 2007, Fetrans presentó una versión confidencial y una versión pública de un Informe Técnico elaborado por Apoyo Consultoría S.A.C. (en adelante, Apoyo). En dicho escrito, Fetrans también cuestionó los argumentos señalados por Ositran en su apelación, señalando lo siguiente:
- Ositran pretende otorgar al material la condición de "facilidad esencial", lo que resultaba incorrecto siendo que podía ser provisto por otros medios (adquisición de material de otras empresas o acondicionamiento de material de trocha ancha);
  - la finalidad primordial de la Concesión era la de promover la inversión en el sector ferroviario que se encontraba en mal estado, por lo que a fin de incentivar esta inversión se otorgó al Concesionario el derecho a utilizar en exclusividad el material. En tal sentido, obligarle a brindar libre acceso al material a sus competidores – pese a haber realizado inversiones para mejorar su estado –, implicaría la modificación de las condiciones originales que llevaron a Fetrans a participar como postor en el proceso de Concesión;
  - si bien se preveía la posibilidad de que exista competencia en el transporte ferroviario en el FSO, ella estaba pensada en el supuesto que los nuevos competidores inviertan en adquirir el material, usando sus propios recursos y no compartiendo los bienes del Estado, cuyo uso constituía un derecho del Concesionario;
  - en el Contrato de Concesión no existe ninguna restricción a alquilar la totalidad del material a su empresa vinculada ni obligación alguna de alquilar dicho material a terceros competidores, por lo que tales prohibiciones y obligaciones resultan inexistentes al no estar contenidas en una norma expresa; y,
  - contrariamente a lo señalado por Ositran, cuyo periodo de investigación corresponde únicamente a enero – junio de 2006 – distinto del periodo de análisis de los hechos denunciados– , Perurail sí utiliza el 100% del material alquilado por Fetrans.
11. El 8 de mayo de 2007, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 032-2007/ST-CLC reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 064-2006/CLC y recomendando se confirme la Resolución apelada.
12. El 24 de mayo de 2007, se realizó la Audiencia de Informe Oral con la presencia de los representantes de Fetrans, Perurail y Ositran.

13. El 25 de mayo de 2007, Ositran presentó un escrito señalando que (i) el promedio de utilización de las locomotoras por parte de Perurail no supera el 59,8%; (ii) el promedio de utilización de los autovagones, es del 60%; y, (iii) el promedio de utilización de los coches de pasajeros, no supera el 43%.
14. El 15 de junio de 2007, Fetrans presentó un escrito argumentando que no ostentaba posición de dominio en el mercado de provisión de material, señalando que dos empresas competidoras, Wyoming Railways S.A. y Andean Railways Corp., han obtenido permisos de operación en el FSO contando con material propio, sin haber solicitado a Fetrans el alquiler del material que le fue otorgado en la Concesión del FSO.
15. El 2 de julio de 2007, Perurail presentó un escrito alegando que la falta de competencia en los servicios de transporte del FSO se debía a las condiciones del mercado (altas barreras económicas de entrada y un mercado ferroviario pequeño en comparación con sus altos costos) y no a una conducta anticompetitiva por parte de Fetrans. Agregó que el inminente ingreso de las empresas Wyoming Railways S.A. y Andean Railways Corp. como operadoras en el FSO evidencian que Fetrans no tiene posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

16. Determinar lo siguiente:
  - (i) si corresponde declarar la confidencialidad de la información presentada por Fetrans en su escrito del 9 de abril de 2007;
  - (ii) si el mercado relevante fue correctamente definido por la Comisión;
  - (iii) si Fetrans mantenía una posición de dominio en el mercado; y, de ser el caso, si la negativa de Fetrans a alquilar el material era injustificada y si, por tanto, ello constituye un abuso de posición de dominio;
  - (iv) si corresponde imponer una sanción a Fetrans y dictar medidas correctivas; y,
  - (v) si corresponde solicitar al Directorio del INDECOPI que disponga la publicación de la presente Resolución.

### III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### La calificación de confidencialidad de la información presentada por Fetrans

17. El 9 de abril de 2007, Fetrans presentó un escrito ante la Sala adjuntando una versión confidencial y una versión pública del Informe Técnico elaborado por Apoyo, contradiciendo los argumentos expuestos por Ositran en su apelación.
18. Conforme a lo señalado en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, aquella información que constituya un secreto industrial o comercial recibida por algún órgano funcional del INDECOPI deberá ser declarada como información reservada por el órgano que la recibió<sup>12</sup>.
19. El secreto comercial se encuentra relacionado con la actividad comercial o financiera de una empresa y en estos casos, no se trata de datos relacionados con los conocimientos tecnológicos con que cuenta la empresa para desarrollar su actividad económica sino de "informes confidenciales que sin poderse considerar verdaderos y propios secretos, son mantenidos celosamente en reserva por cada fondo de comercio"<sup>13</sup>. Así, constituye secreto comercial, por ejemplo, la relación de clientes de una empresa, los volúmenes de ventas, costos de producción, planes de desarrollo, etc.
20. Al respecto, esta Sala considera que la información contenida en la versión confidencial del Informe Técnico presentado por Fetrans y que ha sido omitida en la versión pública del referido documento, es de

<sup>12</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI. Artículo 6°.- La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información bajo responsabilidad.

Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los miembros y personal encargados del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio.

<sup>13</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXV. Bibliográfica Omeba, Editores-Libreros. 1968. Buenos Aires. Argentina. Página 216.

carácter reservado, toda vez que constituye información con un valor comercial de importancia para la denunciada por cuanto la misma está referida a un plan de negocios sobre la viabilidad de la entrada de un competidor. La elaboración de un plan de negocios de esta naturaleza requiere una inversión que podría ser evadida por terceros que accedieran a dicha información, otorgándoles una ventaja competitiva indebida, lo que podría afectar la competencia en dicho mercado en perjuicio de Fetrans.

21. La reserva de dicha información protegería el secreto comercial de Fetrans, sin afectar el derecho de defensa de las partes, considerando que la versión pública del Informe Técnico presentado por Fetrans omite exclusivamente la información calificada como secreto comercial.
22. Sobre la base de estas consideraciones, mediante Resolución N° 029-2005/CLC del 13 de junio de 2005, la Comisión declaró la confidencialidad de la misma información presentada por Fetrans ante dicha instancia.
23. Por tanto, corresponde declarar la reserva y confidencialidad de la información contenida en el Informe Técnico (versión confidencial) presentado por Fetrans en su escrito del 9 de abril de 2007.

#### Delimitación del Mercado Relevante

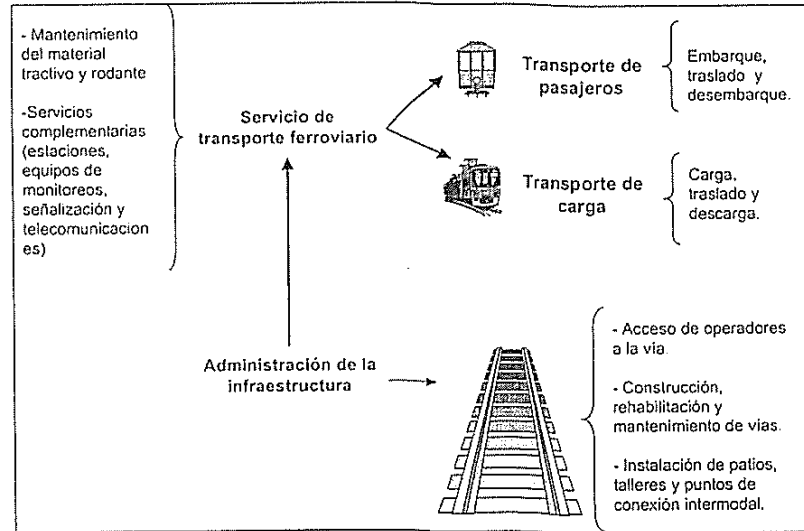
##### La estructura de la cadena de operación del FSO

24. La actividad ferroviaria consiste en el uso del ferrocarril como medio de transporte para el traslado de personas y mercancías desde un punto geográfico hacia otro. Básicamente, la actividad ferroviaria implica: (i) la administración de la infraestructura ferroviaria; y, (ii) el servicio de transporte ferroviario (ver Gráfico N° 1).<sup>14</sup> Ambas actividades son complementarias al requerir el servicio de transporte del uso de la infraestructura ferroviaria; y la inversión en infraestructura tiene razón de ser en tanto haya operadores que utilicen la vía férrea.

---

<sup>14</sup> KOGAN, Jorge H (editor). *Rieles con Futuro. Desafíos para los ferrocarriles de América del Sur*. Corporación Andina de Fomento, Caracas, 2004, p. 216, 217, 235.

Gráfico N° 1  
La Actividad Ferroviaria



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

25. La infraestructura ferroviaria está conformada por la línea férrea, las estaciones y los andenes<sup>15</sup>; los sistemas de señalización y comunicaciones; los patios de maniobras y desvíos; así como, los terrenos y demás instalaciones que permiten la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga.
26. La administración de dicha infraestructura comprende los servicios de: (i) el otorgamiento de acceso a la vía férrea a operadores ferroviarios para permitirles la entrada y utilización de la vía para brindar el servicio de transporte ferroviario; (ii) la programación y coordinación de los horarios durante los cuales el material manejado por los operadores ferroviarios podrán recorrer la vía; (iii) la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas, los terraplenes<sup>16</sup>, puentes, túneles, rieles y durmientes<sup>17</sup>; y, (iv) la instalación de infraestructura

<sup>15</sup> Especie de acera a lo largo de la vía, más o menos ancha, y con la altura conveniente para que los viajeros entren en los vagones y se apeen de ellos, así como también para cargar y descargar equipajes y efectos. Ver: <http://www.rae.es/>, portal web de la Real Academia Española.

<sup>16</sup> Macizo de tierra con que se levanta para hacer una defensa o un camino. (Esta definición es aplicada a puentes). Ver: <http://www.geocities.com/jescud2000/lospuentes/glosario.htm> (visitada el 9 de junio de 2005).

<sup>17</sup> Se llaman durmientes o traviesas a las piezas que se colocan transversalmente sobre el balasto (cierta clase de material, tal como piedra triturada, grava, escoria o cenizas, que se coloca sobre el camino sin pavimentar) para proporcionar a los rieles de la vía un soporte adecuado. Los durmientes no solo soportan los rieles sino que proporciona un medio para que los rieles se conserven con seguridad a la distancia correcta del escantillón (plantilla que sirve para trazar las líneas y fijar las dimensiones según las cuales se han de labrar las piezas en



complementaria que comprende patios, talleres, estaciones y puntos de conexión intermodal<sup>18</sup>.

27. El servicio de transporte ferroviario puede ser de dos tipos: de pasajeros y de mercancías. El servicio de transporte de pasajeros o de mercancías, consiste en el traslado de personas o mercancías (y de ser el caso el embarque o carga y desembarque o descarga) desde un punto geográfico de origen hacia otro de destino, y que requiere necesariamente del uso de material<sup>19 20</sup>.
28. Mediante un Contrato de Concesión que entró en vigencia el 20 de setiembre de 1999, el Estado peruano (Concedente) otorgó a favor de Fetrans (Concesionario), de acuerdo con las estipulaciones contenidas en el mismo contrato y en las leyes aplicables<sup>21</sup>, la Concesión para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los bienes de la Concesión<sup>22</sup>, para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria<sup>23</sup>, y para la prestación de servicios de transporte ferroviario<sup>24</sup> y de servicios complementarios<sup>25</sup> en el área matriz<sup>26</sup>.

---

diversos artes y oficios mecánicos). La mayor parte de los durmientes que se emplean en los ferrocarriles son de madera. También existen los durmientes de concreto, metal, concreto con piezas de metal o de madera insertadas. Ver: [http://construaprende.com/caminos/ferr/tf1/tf1\\_p3.htm](http://construaprende.com/caminos/ferr/tf1/tf1_p3.htm). (visitada el 9 de junio de 2005).

<sup>18</sup> La realización de dichos servicios requiere equipos especiales, tales como cambiadores de durmientes, rameadores, niveladores, equipo de encarrilar, lubricadores de rieles, perforadores de durmientes, tiraferas, ajustadores, entre otros. Ver: Cláusula Primera del Contrato de Concesión de Ferrocarriles: Definiciones y Reglas de Interpretación.

<sup>19</sup> Locomotoras, autovagones, vagones, coches de pasajeros, jaulas de carga, entre otros.

<sup>20</sup> El transporte ferroviario requiere de una serie de servicios complementarios para el normal funcionamiento de sus operaciones, tales como: (i) el mantenimiento del material tractivo y rodante, para que éste opere en las condiciones adecuadas y se eviten o minimicen las fallas técnicas; (ii) equipos de monitoreo y señalización, que permitan el óptimo y seguro recorrido del material tractivo y rodante sobre la vía férrea y se eviten congestiones y accidentes; (iii) estaciones para la partida y arribo de pasajeros; y (iv) equipos especiales para la carga y descarga de las mercancías a ser transportadas (por ejemplo, grúas o fajas).

<sup>21</sup> Según la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, las Leyes Aplicables significará cualquier ley, reglamento, decreto, norma, resolución, decisión, orden y/o disposición emitida por una Autoridad Gubernamental.

<sup>22</sup> Según la Cláusula 1.1, los Bienes de la Concesión son los bienes de propiedad del Concedente que se entregan al Concesionario, detallados en el Anexo No. 2 y en el Anexo No. 3, incluyendo las Mejoras y cualquier otro bien que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.4 del Contrato, deba incluirse dentro de este concepto.

<sup>23</sup> Según la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, la Infraestructura Vial Ferroviaria significa, en los tramos de ferrovías que se detallan en el Anexo No. 2 del Contrato de Concesión, la Línea Férrea, las estaciones y andenes, los sistemas y elementos de señalización y comunicaciones, patios de maniobras y otros desvíos, terrenos y demás instalaciones que permitan la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga, existentes en la Fecha de Cierre. Esta definición también comprende a todas las Mejoras.

<sup>24</sup> Según la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, los Servicios de transporte ferroviario significará los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las

29. El ámbito de la Concesión incluye los tramos ferroviarios de<sup>27</sup>:
- Ferrocarril del Sur (Tramos Matarani-Arequipa, Arequipa-Juliaca, Juliaca-Puno, Juliaca-Cusco); y,
  - FSO (Tramo Cusco- Machupicchu - Hidroeléctrica)
30. Para asegurar la competencia en el FSO, se requeriría proporcionar a los demandantes del servicio de transporte de pasajeros y carga en Cusco, medios alternativos de transporte. Entre éstos, puede incluso considerarse el servicio de transporte intramodal<sup>28</sup>. Según el Informe N° 003-2000-INDECOPI/CLC del 14 de agosto de 2000, las alternativas para trasladarse desde Cusco hacia Machupicchu<sup>29</sup> – especialmente en el tramo de Piscaycucho-Hidroeléctrica – serían limitadas, no constituyendo sustitutos cercanos del transporte ferroviario, por lo que la competencia intermodal<sup>30</sup> resulta casi inexistente.<sup>31</sup> En el Informe N° 055-2004/GEE se sostiene que no se habrían registrado cambios

---

operaciones relacionadas al Material Tractivo y Material Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones. El Concesionario puede desarrollar estos servicios, con excepción del transporte de pasajeros y/o de carga.

- <sup>25</sup> Según la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, los Servicios Complementarios son todos aquellos servicios diferentes a los Servicios de Transporte Ferroviario que exclusivamente el Concesionario puede prestar y explotar en el Área Matriz incluyendo, pero no limitándose a almacenamiento, servicios turísticos y de hospedaje, autoservicio, publicidad, entre otros, cumpliendo con las Leyes Aplicables y obteniendo las autorizaciones, licencias y/o permisos que corresponda. El Concesionario puede prestar y explota los Servicios Complementarios directamente a través de terceros con quien contrate para ello.
- <sup>26</sup> Según la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, Área matriz significará el Área donde se encuentra la Infraestructura Vial Ferroviaria con todas las instalaciones e inmuebles que ella requiere para su funcionamiento y en donde también podrá realizarse la explotación de Servicios Complementarios. El Área Matriz se describe en el Anexo No. 2 del Contrato.
- <sup>27</sup> Cláusula 2.4 del Contrato de Concesión.
- <sup>28</sup> La competencia intramodal en el transporte ferroviario hace referencia a la competencia de dos o más empresas que utilizan una misma infraestructura o vía férrea.
- <sup>29</sup> Tales como: (i) vía carretera (en bus) desde Cuzco a Ollanta; (ii) vía Camino Inka desde Ollanta a Machupicchu; y (iii) desde Cuzco a Machupicchu, ya sea en helicóptero o la alternativa bimodal (que consiste en viajar en bus hasta Ollanta y luego en tren hasta Machupicchu).
- <sup>30</sup> Existe competencia intermodal cuando el servicio de transporte ferroviario tiene como sustitutos otros medios de transporte (transporte por carreteras, transporte aéreo o acuático). En efecto, por el lado del servicio de transporte de pasajeros puede existir la competencia de buses, aviones, barcos y autos privados; mientras que por el lado del servicio de transporte de carga, el ferrocarril puede enfrentar la competencia de camiones, barcazas, buques y aviones.
- <sup>31</sup> Los Ferrocarriles del Centro y del Sur sí enfrentan una competencia directa del transporte de vehículos automotores. Así, en el caso del Ferrocarril del Centro la competencia se daría a través de la Carretera Central, mientras que en el caso del Ferrocarril del Sur la competencia se daría en las carreteras Cusco – Juliaca, Arequipa – Juliaca, Juliaca – Cusco, Matarani – Puno, Puno – Matarani y Mollendo – Cusco. En: OSITRAN. Informe N° 21-01-GEE-Ositrán: Evaluación de Desempeño Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente. Lima, setiembre de 2001.

sustanciales en las condiciones de competencia intermodal en el mencionado tramo.

31. En el Contrato de Concesión se preveía originalmente, un modelo de organización del sector ferroviario en el FSO de separación vertical, en el cual el administrador del servicio de infraestructura (Fetrans) no podía participar en la prestación del servicio de transporte de pasajeros y carga.<sup>32</sup> Sin embargo, el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. - CEPRI – ENAFER (en lo sucesivo, Cepri – Enafer), a efectos de asegurar la continuidad del servicio, emitió la Circular N° 17 del 15 de marzo de 1999, precisando lo siguiente:

Con la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia programada para la Fecha de Cierre, el Cepri Enafer ha decidido aclarar y ampliar los términos de las Bases y de la versión preliminar del Contrato de Concesión, conforme a lo dispuesto por la presente circular:

1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.
2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario...

(...)

(Subrayado añadido)

32. Por medio de esta Circular, se dispuso la obligación del Concesionario de contar con un operador de servicios de transporte ferroviario a efectos de asegurar la continuidad del servicio. Sin embargo, la Circular no impide que terceros puedan acceder a competir en el servicio de transporte. Con ello, el modelo pasó de ser uno de separación vertical a uno de acceso competitivo<sup>33</sup>.
33. Sobre la base de esta modificación, Fetrans constituyó la empresa Perurail<sup>34</sup>, encargada de prestar el servicio de transporte de pasajeros y

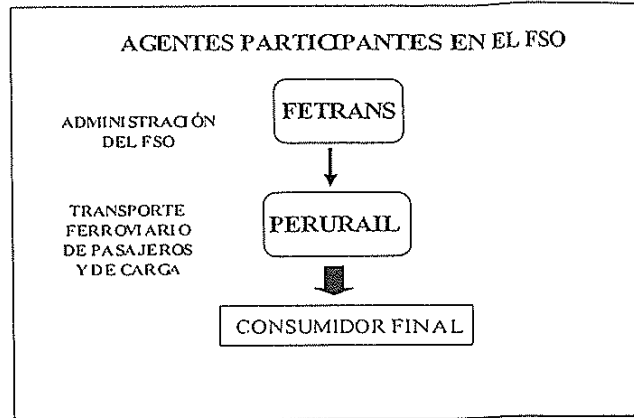
<sup>32</sup> Ver numerales 125 – 130, 144 – 145 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

<sup>33</sup> Ver numerales 121 – 124, 152 – 153 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

<sup>34</sup> Conforme se señala en el punto 3.3.1 del Primer Informe de la Secretaría Técnica, Perurail y Fetrans constituyen mismo grupo económico

de carga en el FSO. Para tales efectos, Fetrans alquiló a Perurail el material que le fue otorgado en la Concesión del FSO.

Gráfico Nº 2  
Agentes actuales en el FSO

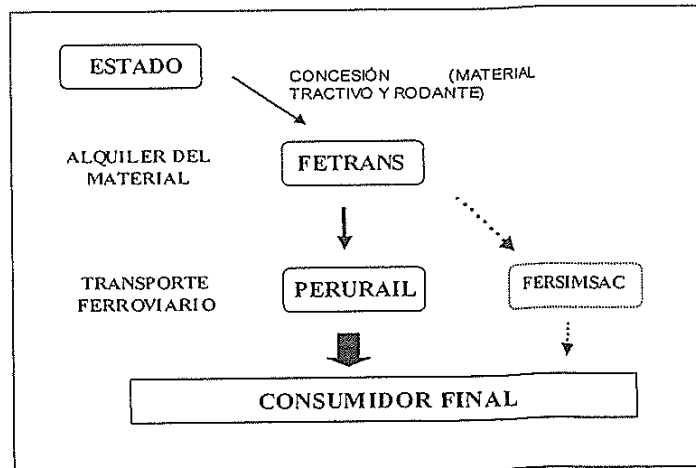


Elaboración: ST-SDC/INDECOPI

El mercado de producto y mercado geográfico relevante

34. Fersimsac, empresa dedicada al transporte ferroviario, solicitó a Fetrans el alquiler del material para competir con Perurail, en el mercado de transporte de pasajeros y carga en el FSO.

Gráfico Nº 3



Elaboración: ST-SDC/INDECOPI

35. El servicio demandado por Fersimsac fue entonces, el servicio de alquiler del material otorgado en concesión a Fetrans por el Estado



RESOLUCIÓN Nº 1122-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 010-2004/CLC  
EXPEDIENTE Nº 012-2004/CLC  
(Acumulados)

004884

Peruano. En estos términos, la Comisión delimitó el mercado relevante<sup>35</sup>.

36. Si bien la delimitación del mercado relevante no fue materia de impugnación, Fetrans – en respuesta a la apelación interpuesta por Ositran – cuestionó la delimitación del mercado relevante que había realizado la Comisión en la Resolución Nº 064-2006/CLC. A su entender, debió incluirse en el análisis otras alternativas al material otorgado en la Concesión del FSO como (i) la adquisición de material nuevo o usado; y, (b) la adquisición de material de trocha ancha o estándar para su posterior adaptación a la trocha angosta que requerían las vías del FSO. Por ello, el mercado de servicio relevante consistiría en el aprovisionamiento del material de manera general. En este sentido, argumentó también que dicho aprovisionamiento podría obtenerse de distintos agentes que operan a nivel nacional e internacional, por lo que el mercado geográfico relevante no podía estar circunscrito únicamente al departamento del Cusco.
37. Para definir el mercado relevante de servicio debe incluirse a todos aquellos servicios que resulten sustitutos adecuados del servicio que se demanda. El análisis de la sustituibilidad de la demanda tiende a buscar aquellos servicios que pueden ser considerados como intercambiables por un número significativo de consumidores, considerando sus necesidades, a partir de factores como precio, calidad, utilidad, entre otros. Al momento de delimitar los sustitutos del alquiler del material debe considerarse no sólo su posibilidad en abstracto, sino la viabilidad económica dadas las condiciones del mercado en particular. Por ello, se requiere efectuar un análisis de las alternativas que permitirían que un operador ingrese al mercado en condiciones competitivas. A estos efectos, resulta útil evaluar la contestabilidad del mercado de servicio de transporte de carga y de pasajeros en el FSO en dicho escenario.
38. Un mercado es altamente contestable si la posibilidad o amenaza de entrada de nuevos competidores genera que un agente ya posicionado (incumbente) no adopte precios anticompetitivos o monopólicos. El supuesto contrario ocurrirá cuando se trate de un mercado poco contestable. Como se puede apreciar, esta teoría permite advertir el

---

<sup>35</sup> La Comisión señaló que Fetrans goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante de propiedad del Estado Peruano que opera en el FSO. Ver numerales 26 – 27 de la Resolución Nº 064-2006/CLC.

nivel de competencia que puede afrontar un incumbente frente a potenciales competidores en un mercado.<sup>36</sup>

39. Esta teoría indica que un mercado es perfectamente contestable si permite que un potencial entrante adopte una estrategia de "hit and run". Esto es, que un agente pueda entrar al mercado donde opera un incumbente, desviar la demanda a su favor (*hit*) y salir del mercado (*run*) antes que el incumbente pueda responder efectivamente – a fin de recuperar oportunamente la demanda perdida –. El nivel de contestabilidad de un mercado dependerá del grado de concurrencia de las siguientes condiciones que, de cumplirse, se trataría de un mercado altamente contestable:

1. *Inexistencia de barreras de entrada: no debe haber costos que hayan sido soportados por el entrante y no por el incumbente;*
2. *Inexistencia de barreras de salida: el entrante puede emprender una estrategia de entrada de tipo "hit and run", debido a que puede salir del mercado sin incurrir en costo alguno, esto es, no existen "costos hundidos"; y,*
3. *Lapsos de tiempo asimétricos: el lapso de tiempo que toma al incumbente responder a la entrada de un nuevo agente mediante una reducción de precios, debe ser mayor que al lapso de tiempo que requiere el entrante para salir del mercado. Como es ampliamente reconocido, la clave para una entrada de tipo "hit and run" consiste en que el entrante pueda ganar la "carrera entre la entrada y las medidas de respuesta de los incumbentes". El entrante debe poder ingresar al mercado, disfrutar de rentas a precios sobre-competitivos por un breve periodo de tiempo, y salir del mercado sin incurrir en costos, antes que el incumbente pueda responder.<sup>37</sup>*

<sup>36</sup> TYE, William. *The Theory of Contestable Markets. Applications to regulatory and antitrust problems in the rail industry*, New York, Greenwood press, p. 2 – 3

<sup>37</sup> Traducción libre de:

1. *No barriers to entry: There must be no costs borne by the entrant that are also not borne by the incumbent.*
2. *No barriers to exit: The entrant can engage in hit-and-run entry because it can exist at no cost, i.e., there are no "sunk costs"; and*
3. *Assymetric time lags: The time lag in the incumbent's price response to entry must be greater than the time lag in the entrant's ability to exit. As is widely recognized, the key to hit-and-run entry is that the entrant must be able to win "the race between entry and retaliatory measures by incumbents". It must be able to enter the market, enjoy profits at prices above competitive levels for a brief period of time, and exit at no cost before the incumbent can retaliate.*

TYE, William. *Ob. Cit.*, p. 2 – 3

40. Del análisis de estas condiciones, se aprecia que el índice de contestabilidad de un mercado evidencia las posibilidades de competencia en el mismo. Por ello, evaluar las condiciones de contestabilidad del mercado permitirá determinar si un potencial entrante está en capacidad de ingresar al mercado de servicios de transporte en el FSO en condiciones competitivas. Para esto, se evaluará su factibilidad en el supuesto que el potencial entrante optara por alternativas distintas al alquiler del material de Fetrans, como puede ser la compra a otros agentes o el aprovisionamiento de material de trocha ancha o estándar y su adaptación a trocha angosta, opciones que resultarían económicamente viables según la denunciada para ingresar al mercado.
41. Los costos para acceder al mercado de prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga pueden ser altos. De un análisis de la viabilidad económica (rentabilidad) de la adquisición de material nuevo y/o usado de otros agentes como alternativa al alquiler del material otorgado en concesión, se aprecia que constituye una alternativa evidentemente más costosa conforme ha sido señalado en el Primer Informe de la Secretaría Técnica<sup>38</sup>.
42. El hecho que los costos de acceso al mercado de prestación de servicio de transporte en el FSO sean altos, vía la compra del material, no justifica que se descarte esta alternativa. Así, la GEE ha estimado que manteniéndose constante el precio por el servicio de transporte, un operador aún podría considerar rentable la compra de material en un lapso de siete (7) años, en un escenario optimista donde el entrante obtiene una participación del 30% del mercado<sup>39</sup>.
43. Si bien la alternativa de compra de material podría, en principio, resultar rentable, esta opción deja de ser viable en términos económicos si se considera la existencia de un operador ya posicionado en el mercado y su probable respuesta competitiva frente al ingreso de un nuevo operador. Esto ha sido apreciado en el Segundo Informe de la Secretaría Técnica al analizar la viabilidad económica real de los pretendidos sustitutos del alquiler de material, en una situación de

<sup>38</sup> De acuerdo con la Secretaría Técnica de la Comisión, el valor de compra fluctúa entre US\$ 70 000,00 y US\$ 2 700 000,00 por vagón tolva; mientras que el alquiler diario (promedio simple) de una unidad de material a Perurail, se estimó en aproximadamente un poco más del costo de un (1) pasaje de ida vuelta Cusco – Machupicchu de un pasajero en el servicio local. Ver numeral 214 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

<sup>39</sup> Conclusión del Informe N° 055-2004/GEE. Por su parte, Apoyo presentó un Informe donde realizan observaciones al Informe de la GEE y concluyen un Valor Actual Neto y una Tasa Interna de Retorno (TIR) económica mayor, también en un lapso de siete (7) años.



competencia con el operador existente (Perurail). Frente al escenario del ingreso de un competidor (Fersimsac o cualquier otro agente económico) en la prestación del servicio de transporte de pasajeros y/o de carga, el operador ya posicionado, Perurail, podría responder mediante una estrategia de reducción de precios – subsidiada por los ingresos previamente obtenidos durante el tiempo en que fue el único operador en el mercado – que atentaría contra la rentabilidad del entrante.

44. Partiendo del propio modelo propuesto por Fetrans<sup>40</sup>, en el Informe N° 011-2006/GEE<sup>41</sup> se concluye que basta una disminución del 6,82% del precio del servicio de transporte, para que la compra de material deje de ser una alternativa viable de aprovisionamiento; y, con una disminución del 20,7% del precio del servicio de transporte, incluso el alquiler – en las condiciones que actualmente tendría Perurail – dejaría de ser una alternativa viable de aprovisionamiento. En este último escenario, debe considerarse que el precio de alquiler del material cobrado por Fetrans a Perurail es simplemente "formal" al pertenecer a un mismo grupo económico. Así, sólo Perurail podría seguir compitiendo con esta última disminución en el precio del servicio de transporte, por ser la única empresa con posibilidades de obtener un precio de alquiler aún más bajo que el que actualmente le ofrece Fetrans.
45. Los costos de adquisición de material para operar en el FSO, representan una inversión que no puede trasladarse a otro mercado geográfico fácilmente, considerando no sólo los costos de transporte sino las particularidades técnicas del FSO, que ocasionaría que un entrante tenga que adaptar el material adquirido a los diferentes anchos de las vías férreas. Otros costos adicionales lo representan las barreras legales de entrada en otros mercados, como son las autorizaciones o licencias requeridas para operar.
46. El análisis precedente permite descartar la compra de material como un sustituto viable, en términos económicos, al alquiler del material concesionado a Fetrans, dado que constituye: (i) una barrera de acceso por los mayores costos en que debe incurrir un potencial entrante respecto de aquellos que tuvo que afrontar Perurail; (ii) una barrera de

<sup>40</sup> En el informe presentado por Apoyo del 30 de mayo de 2005, que obra a fojas 1863 – 1905 del Expediente.

<sup>41</sup> Informe N° 011-2006/GEE de la GEE del 14 de marzo de 2006. Este documento obra a fojas 4017 del Expediente.



salida por el costo hundido<sup>42</sup> incurrido; y, (iii) una importante inversión que, en principio, sólo podría ser recuperable en un periodo de tiempo de 7 años. Ello permite que Perurail pueda responder a la entrada de un nuevo agente mediante una reducción de precios impidiendo la implementación de una estrategia de tipo "hit and run" y eliminando la posibilidad de que la inversión realizada resulte rentable.

47. El mismo resultado se alcanza respecto del aprovisionamiento de material de trocha ancha y estándar y su posterior adaptación a trocha angosta. En dicho caso, no sólo debe considerarse la reducción o eliminación de la rentabilidad de dicha opción para un operador entrante frente a una disminución del precio en el servicio de transporte sino también los mayores costos que involucran la adaptación de este material. Por lo tanto, puede concluirse la Comisión ha delimitado correctamente el mercado de servicio relevante, como el de alquiler de material.
48. Del estudio sobre la sustituibilidad del servicio, puede inferirse que el mercado geográfico relevante estaría restringido al departamento del Cusco, toda vez que al descartarse las pretendidas alternativas al alquiler del material, se excluirían a los demás posibles agentes económicos a nivel nacional e internacional que permitirían el aprovisionamiento en general de material, y se reducirían únicamente a los agentes que permitirían el alquiler en una situación similar a la que otorga Fetrans a Perurail. Por ello, la Sala coincide con lo resuelto por la Comisión en el extremo que delimita el mercado relevante como el del servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento del Cusco.

#### La Posición de Dominio de Fetrans

49. En la Resolución apelada, la Comisión concluyó que Fetrans contaba con posición de dominio en el mercado relevante al ser la única empresa que prestaba el servicio de alquiler de material en condiciones que permitían operar en el FSO de manera competitiva.
50. El Decreto Legislativo N° 701 define como posición de dominio, aquel supuesto en que una empresa o entidad puede actuar con

---

<sup>42</sup> Costo hundido: Costo irrecuperable que ya se ha incurrido y que no es relevante para la toma de decisiones de producción. (En: <http://www.auladeeconomia.com/glosario-c.htm>, página web visitada el 21 de mayo de 2007). Adicionalmente, como se verá más adelante, las condiciones en que Fetrans obtuvo la Concesión de dicho material, reducen las posibilidades reales de acceso al material por parte de fuentes externas.

prescendencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Así, su artículo 4° establece textualmente lo siguiente:

*“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.”*  
(Subrayado añadido)

51. La Sala coincide con las conclusiones de la Comisión, toda vez que en el análisis del mercado relevante efectuado se aprecia que no existían alternativas económicas viables para que un operador entrante pueda competir rentablemente con Perurail en el mercado de transporte de pasajeros y/o de carga en el FSO. Debido a las condiciones en que Fetrans adquirió el material en la Concesión del FSO, esta empresa se encuentra en aptitud para alquilar el material a un precio tan bajo que otros agentes, que podrían arrendar o vender material a un potencial entrante, no representarían alternativas viables en términos de precio. Al no existir otras alternativas al alquiler del material, Fetrans se constituye en el único agente que prestaba el servicio relevante.
52. Fetrans y Perurail han señalado que las empresas Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A. han solicitado el permiso de operación ferroviario en el FSO, lo que, en su opinión, evidenciaría que existen fuentes alternativas de aprovisionamiento de material y que, por lo tanto, Fetrans no ostentaría posición de dominio en dicho mercado.
53. Sobre el particular, debe reiterarse lo expuesto en los numerales 43 - 46 de la presente Resolución en el sentido que la posición de dominio de Fetrans no se sustenta en una presunta imposibilidad de encontrar alternativas de aprovisionamiento de material, sino en la inviabilidad económica de estas alternativas frente a las condiciones en que Fetrans obtuvo el material y la posibilidad de una estrategia de reducción de precios del grupo Fetrans – Perurail frente a la entrada de un nuevo operador en el mercado de transporte ferroviario.
54. La obtención de un permiso de operación no acredita, por otra parte, que las empresas titulares de dichas autorizaciones cuenten con el

material con el que podrían competir en el FSO<sup>43</sup>, ni tampoco permite concluir que otras fuentes de aprovisionamiento de material constituyan opciones viables en términos económicos en comparación con el alquiler del material otorgado en la Concesión del FSO a favor de Fetrans.

55. De conformidad con la Cláusula 3.1 del Contrato de Concesión, el material formaba parte de los bienes entregados en concesión a Fetrans, sin necesidad de que éste realizara aporte alguno por este concepto o por explotar los otros bienes de la Concesión<sup>44</sup>. En este sentido, el costo de la inversión de Fetrans estaba representado por los pagos que debía efectuar al Estado correspondientes a la Retribución Principal y a la Retribución Especial que, como se verá más adelante, consisten en un porcentaje de las tarifas que el Concesionario cobra a los operadores del servicio de transporte<sup>45</sup>. Así, el principal costo en que el Concesionario debe incurrir en relación con el material, está representado por las inversiones en reparación y mantenimiento del mismo, las que podían ser fácilmente recuperadas a través de los precios – no regulados – que puede cobrar a los operadores que quisieran arrendar el material.
56. Ello genera que la inversión efectuada por Fetrans para acceder al material no sea de difícil recuperación. Por ello, Fetrans puede cobrar un precio menor por el alquiler del material respecto de otros proveedores sin incurrir en pérdidas, mientras que estos últimos tendrían que cubrir mayores costos para disponer de material similar, lo que se traduciría en un menor riesgo de competencia para Fetrans.
57. En consideración de lo expuesto, la Sala coincide con lo resuelto por la Comisión en el extremo que concluye que Fetrans tenía posición de dominio en el mercado de prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento del Cusco.

---

<sup>43</sup> Debe tenerse presente que, en su oportunidad, Fersimsac también obtuvo un permiso de operación en el FSO, pese a no contar con material propio para operar. Mediante Resolución Directoral 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorgó a Fersimsac un permiso de operación para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO (tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica) por el periodo de un año. No obstante, mediante Resolución Vice Ministerial N° 275-2003-MTC/02 del 26 de agosto de 2003, en virtud de la cual se confirma la Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14 por medio de la cual se declara la caducidad del Permiso de Operación de Fersimsac.

<sup>44</sup> Esto también fue aclarado mediante la Circular N° 24 del 17 de marzo de 1999, donde se señala que: "El Material Tractivo y Rodante del Estado será materia de la concesión y no de venta. (...)"

<sup>45</sup> Ver el numeral 86 de la presente Resolución.

La negativa injustificada de trato

La configuración de la negativa de trato

58. El artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 prohíbe las conductas que constituyan un abuso de posición de dominio en el mercado.<sup>46</sup>
59. El artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 define el abuso de posición de dominio en los siguientes términos:

*“Artículo 5°.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. (...)”*

60. El inciso 'a' del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701<sup>47</sup> hace referencia a la negativa injustificada de trato. Este tipo de conductas pueden encerrar un objetivo anticompetitivo. Así, quien rechaza contratar con otro agente en el mercado puede tener por objeto reducir la capacidad competitiva del agente económico, negándole el acceso a aquel bien o servicio cuya carencia podría ponerlo en una situación desventajosa frente a su(s) competidor(es).
61. En el presente caso, Fersimsac acreditó que Fetrans se negó a otorgarle en alquiler el material con capacidad para operar en el FSO, argumentando que éste se encontraba íntegramente en posesión de Perurail hasta el año 2010, en virtud del contrato de arrendamiento suscrito.

<sup>46</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 701. ELIMINAN LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA, Artículo 3°.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

<sup>47</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 701. ELIMINAN LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA, Artículo 5°.-  
(...)  
Son casos de abuso de posición de dominio:  
a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.

62. Así, la negativa de Fetrans de tratar con Fersimsac basada en la existencia de un contrato suscrito con Perurail<sup>48</sup>, equivale a una negativa general que Fetrans opondría a cualquier otro operador potencial que pretenda ingresar al mercado de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.<sup>49</sup>

La negativa injustificada de trato

63. La libertad contractual presenta dos aspectos: uno positivo consistente en la libertad de celebrar contratos; y, otro negativo consistente en la libertad de negarse a celebrarlos. En una acepción más restringida, estos dos aspectos forman parte de lo que se conoce como libertad de contratar, entendida como la facultad que tiene una persona de decidir si contrata y con quién lo hace; mientras que la libertad contractual o libertad de configuración contractual, en un sentido estricto, consiste en la posibilidad de decidir la materia respecto de lo que se va a contratar.
64. La Constitución Política del Perú establece que la libertad de contratación, así como el ejercicio de los derechos de propiedad privada, deben respetar los límites previstos en la ley<sup>50</sup>, por lo que estos derechos deben ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 701, que precisamente constituye la legislación de desarrollo constitucional del principio rector de la libre competencia.
65. Estas libertades no son absolutas ni irrestrictas, siendo un límite natural de ellos el interés público contenido en las normas de defensa de la libre competencia. Es decir, si bien existe el derecho a contratar o no

<sup>48</sup> "La negativa a mantener relaciones comerciales puede adoptar diversas formas. La empresa dominante puede simplemente negarse a suministrar el bien básico o puede aplicar un precio prohibitivamente alto. También puede hacer que el bien que supone un cuello de botella sea incompatible con los productos ofrecidos por los competidores o vincular el bien básico a otros bienes, de manera que a las empresas competidoras no les resulte atractivo comprar el paquete. O también puede firmar un contrato de exclusividad con una empresa concreta, excluyendo así a las otras empresas del mercado." (subrayado añadido) REY, Patrick y otros. Un Enfoque Económico del Artículo 82. En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y Amadeo PETITBÒ JUAN (Dir.). El Abuso de la Posición de Dominio. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 143 – 144.

<sup>49</sup> Ver numeral 256 y ss. del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

<sup>50</sup> Constitución Política del Perú.- Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar validamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...).

Artículo 70°.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. (...).

contratar con otra persona, este derecho no puede ser ejercido de manera tal que restrinja injustificadamente la libre competencia.

66. Son la Comisión de Libre Competencia y la Sala en segunda instancia los órganos administrativos encargados de velar por que estas libertades no sean ejercidas vulnerando la libre competencia.
67. En un caso anterior, la Sala sancionó y ordenó a la empresa Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (en adelante, Dino) el cese de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados, que se habían materializado mediante la celebración de diversos contratos de distribución de cemento y otros materiales de construcción. Ante ello, Dino y Ferretería Salvador S.R.L. – una de las empresas que había celebrado un contrato de distribución con Dino –, interpusieron una demanda de amparo en contra de la Resolución de la Sala, por considerar que la medida de cese de las conductas infractoras implicaba una vulneración de los contratos que habían celebrado.
68. El Tribunal Constitucional, en última instancia, declaró infundada la demanda interpuesta, reconociendo de manera expresa las potestades del Indecopi para ordenar el cese de conductas que afecten la competencia, aún cuando éstas se pongan de manifiesto mediante la celebración de contratos entre dos o más agentes del mercado<sup>51</sup>:

*"22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección de los consumidores y usuarios?*

*Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61º de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65º de la Constitución)."*

*(subrayado añadido)*

<sup>51</sup> Fundamento Jurídico N° 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC.

69. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional añadió en su Fundamento Jurídico N° 25 lo siguiente:

*Si bien podría argumentarse que la orden de "cese de conductas" trae como consecuencia directa que la empresa DINO incumpla sus compromisos contractuales con sus afiliados –entre ellos la recurrente –, ello de ningún modo puede equipararse con una declaración de invalidez de los contratos en sede administrativa; y menos aún, puede predicarse que el derecho a la libertad contractual tiene la calidad de isla oponible a cualquier medida correctiva, puesto que, si se parte de la hipótesis de que dichas conductas, concretizadas en contratos ligados, fueron contrarias a las Ley, entonces, de ninguna manera podrían ampararse en los alcances de los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, pues estos únicamente protegen la libertad contractual bajo el supuesto que sea ejercida válidamente, esto es, con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público; más aún si se considera que los derechos y libertades que la Constitución del Estado reconoce tiene límites. Y ello por que su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales, pero también de los derechos fundamentales de las personas. Los derechos y libertades económicas no están exentos, en modo alguno, de la plena observancia de los tales principios, bienes y derechos fundamentales. (subrayado añadido)*

70. Este principio fue recogido también la Corte Suprema de los Estados Unidos de América cuando señaló que "ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o de un productor de decidir libremente con quien contratar en sus transacciones privadas" ("Doctrina Colgate")<sup>52</sup>.
71. La negativa injustificada de trato se configura como uno de los supuestos donde la libertad (negativa) de contratar puede devenir en un ilícito, en tanto representa la posibilidad de que dispone una empresa con suficiente poder de mercado de negarse a contratar con otro agente económico generándole a éste un perjuicio económico y restringiendo sensiblemente la competencia en el mercado, con el

<sup>52</sup> Traducción libre del texto: "In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal". United States v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919).



propósito, entre otros, de conservar su posición dominante en el propio mercado.

72. Para que se configure un abuso de la posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de trato, se requiere: (i) el ejercicio indebido de la posición de dominio; (ii) una negativa o rechazo injustificado a contratar con un agente económico; y, (iii) la concurrencia potencial o real de un perjuicio para un agente en particular y para el mercado en general, y un beneficio competitivo para quien se niega a contratar.
73. El abuso de posición de dominio de un agente es reprimible en tanto evidencie la existencia de un objetivo de restricción del mercado (*foreclosure*), el que puede tener lugar en el mismo mercado donde opera el dominante o en un mercado relacionado o conexo, buscando el "apalancamiento" (*monopoly leveraging*) de su poder de mercado. Así, la doctrina ha hecho referencia a tres posibles tipos de efecto exclusorio: "la exclusión dentro del mismo mercado, en la que un operador fuerza la salida o impide la entrada de un competidor; la exclusión en un mercado adyacente, en la que la empresa dominante excluye a fabricantes activos en mercados distintos pero relacionados con su mercado principal, y la exclusión en un mercado relacionado verticalmente, en la que la exclusión se produce en diferentes etapas del proceso productivo"<sup>53</sup>.

#### La justificación de la negativa de trato

74. La negativa de trato de un dominante puede tener por efecto restringir sensiblemente la competencia. Sin embargo, ello no resulta suficiente para sancionar a una empresa que decide no contratar con otro agente. En efecto, para sancionar una negativa de trato de una empresa dominante como anticompetitiva se requerirá analizar previamente si dicha negativa resultaba injustificada.

#### A) Interpretación del Contrato de Concesión

75. La Comisión consideró en la Resolución apelada que, pese a que se había comprobado que Fetrans se negó a arrendar el material a Fersimsac, dicha conducta no resultaba sancionable bajo el Decreto Legislativo N° 701, toda vez que el Contrato de Concesión amparaba al

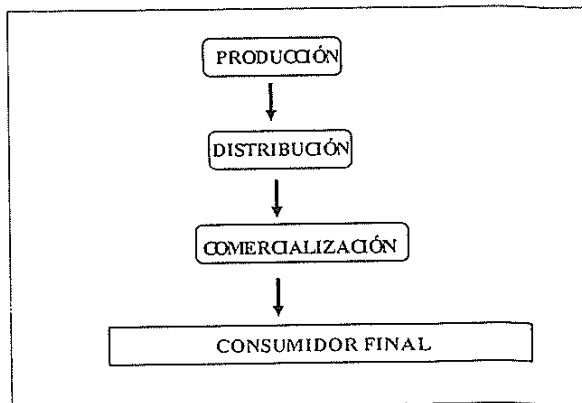
<sup>53</sup> REY, Patrick y otros. Ob. Cit., p. 116



Concesionario (Fetrans) a arrendar el 100% del material que le fue otorgado en Concesión a su operador vinculado (Perurail), como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Circular N° 17.

76. Como ha sido desarrollado en los antecedentes de la presente Resolución, la Circular N° 17 introdujo una importante modificación en el modelo de la Concesión del FSO. Así, se pasó de un modelo de separación vertical de las actividades de administración de la infraestructura ferroviaria y de prestación de servicios de transporte de pasajeros y de carga, a un modelo de acceso competitivo donde el Concesionario podía participar en ambas actividades a través de un operador vinculado.
77. En principio, todo agente económico tiene la posibilidad de operar en distintos niveles o eslabones de una cadena de producción y comercialización, esto es, tiene libertad de integrarse verticalmente en dicha cadena.

Gráfico N° 4  
Modelo de Integración Vertical



78. En el modelo original de Concesión del FSO se prohibía la integración vertical – lo que sucede generalmente en la privatización de industrias donde existen “cuellos de botella” – con la finalidad de evitar conductas anticompetitivas y la existencia de subsidios cruzados entre actividades reguladas y no reguladas. Así, en el caso particular del transporte ferroviario, si un determinado agente es el titular o administrador de la vía férrea, y a la vez participa (directamente o a través de una empresa vinculada) en la prestación del servicio de transporte, puede tener incentivos para discriminar a sus competidores reales o potenciales en el servicio de transporte, y el acceso a la vía férrea podría ser un medio

útil para crear barreras a la entrada del mercado para estos competidores.

79. La Circular N° 17, no obstante, permitió esta situación, con lo cual Fetrans se encontraba dentro del marco general de libertad de integración vertical, y bajo este esquema, la posibilidad de alquilar la totalidad del material a Perurail estaba permitida en principio. Esta facultad no conlleva necesariamente a admitir una exclusividad permanente en el alquiler a favor de Perurail, conforme se desarrolla en los numerales siguientes.
80. La admisión de la integración vertical en el FSO no significa que Fetrans esté excluida del respeto de normas de orden público, como la Constitución y el Decreto Legislativo N° 701. Como se ha explicado, al igual que cualquier operador, Fetrans tiene la libertad de establecer vínculos contractuales de integración vertical, pero al mismo tiempo, tiene el deber de garantizar que mediante esta integración no se restrinja injustificadamente la libre competencia, lo que constituiría una práctica ilícita.
81. Lo que corresponde es determinar si el Contrato de Concesión amparaba a Fetrans a negarse a arrendar el material a un operador no vinculado y, por consiguiente, si su negativa era justificada. Para ello, resulta necesario acudir a los principios y métodos de interpretación contractual.
82. Fetrans señaló sobre el particular que el Contrato de Concesión le permitía disponer en exclusividad, a favor de su operador vinculado, la totalidad del material otorgado y, que esta facultad condicionó su participación como postor en la Concesión, por lo que permitir un acceso competitivo al material en cuestión limitaría los ingresos que había previsto.
83. Una interpretación literal de la Circular N° 17, permite apreciar que en tanto se amparaba la integración vertical en el FSO, disponiéndose que el adjudicatario de la Concesión Fetrans podía optar por contratar a una empresa como operador de servicios de transporte o por constituir una persona jurídica que actúe como tal. Sin embargo, ello no implica reconocer una suerte de exclusividad sobre el material a favor del Grupo Fetrans – Perurail, en virtud de la cual Fetrans pudiera negarse a solicitudes de alquiler de material de terceros, distintos de su vinculado.

84. Debido a que una lectura textual de la Circular N° 17 no ayuda a determinar si la lógica de la Concesión era la de permitir una exclusividad en el uso del material a favor del Grupo Fetrans – Perurail, conviene recurrir a una interpretación sistemática del Contrato de Concesión, acudiendo a otras cláusulas contenidas en éste, partiendo de la premisa que el Contrato debe entenderse como un conjunto armónico, donde sus estipulaciones deben interpretarse de modo complementario.<sup>54</sup>
85. En lo que respecta a los derechos económicos del Concesionario, la Cláusula 2.3 del Contrato especifica que mediante la Concesión se otorga al Concesionario la facultad de explotación de los Bienes de la Concesión, dentro de los que se encuentra el material. En este sentido, la Cláusula Sexta del Contrato reconoce este derecho de explotación de los bienes de la Concesión, poniendo como límite principal la prestación del servicio de transporte de pasajeros y/o de carga en el FSO, condición que, como se ha analizado, fue relativizada por la Circular N° 17 al permitir que un operador vinculado del Concesionario prestara dichos servicios en el FSO.
86. El alquiler del material constituye uno de los derechos de explotación económica de la Concesión otorgados a Fetrans, de conformidad con la Cláusula 5.2 del Contrato de Concesión. En virtud de dicho alquiler, Fetrans se comprometía a pagar un monto al Estado peruano, denominado Retribución Especial<sup>55</sup>, equivalente al 50% de los ingresos del semestre obtenidos por este concepto, deducido el Impuesto General a las Ventas.
87. La Retribución Especial constituye uno de las contraprestaciones más relevantes que debía pagar Fetrans por haber obtenido la Concesión del FSO. A diferencia de lo que sucede con el acceso a la vía férrea, no existía una regulación de la tarifa que el Concesionario debía cobrar a los operadores que alquilaran el Material.
88. De esta disposición se puede extraer una conclusión preliminar, que es que la Retribución Especial a favor del Estado estaba considerada para un escenario donde terceros no vinculados al Concesionario alquilaran

<sup>54</sup> LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. La Interpretación del Negocio Jurídico y del Contrato. En: SOTO, Carlos Alberto (Dir.). Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 1692.

<sup>55</sup> Según la Cláusula 1.1, la Retribución Especial es una contraprestación que el Concesionario está obligado a pagar a favor del Concedente, en los términos establecidos en el numeral 5.2 del Contrato.

opi

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia



RESOLUCIÓN N° 1122-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 010-2004/CLC  
EXPEDIENTE N° 012-2004/CLC  
(Acumulados)

004899

el material. Un escenario como el actual donde Fetrans alquila todo el material a Perurail, constituiría una situación excepcional, debido a que en ese caso el Grupo Fetrans – Perurail tiene incentivos para subvaluar el precio del alquiler del material con el objeto de pagar un monto menor al Estado por concepto de Retribución Especial. El criterio de la buena fe exige una interpretación acorde con la causa del contrato que, en este caso, demanda que la Retribución Especial tuviera una utilidad y reflejara una verdadera contraprestación a favor del Estado, lo que sucede cuando el material es arrendado, cuando menos de manera parcial, a un operador no vinculado al Concesionario<sup>56</sup>.

89. La Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión contiene un mandato al Concesionario de no discriminación frente a los operadores de servicios de transporte ferroviario:

7.6 Equidad en Servicios. El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las Partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este Contrato, facultando al Concedente a aplicar lo previsto en la Cláusula Vigésima de este Contrato.

(Subrayado y resaltado añadidos)

90. Esta disposición contractual contempla expresamente la prohibición de discriminación de Fetrans entre los operadores del servicio de transporte. Esta obligación no se encuentra restringida únicamente al acceso a la vía férrea, pues como se señala en el Contrato de Concesión, se prohíbe la discriminación para servicios equivalentes, entre los que se encuentra el servicio de alquiler del material, de lo que se concluye que Fetrans no podría dar condiciones diferenciadas a dos

<sup>56</sup> "La buena fe comprende dos aspectos: el de salvaguardar la utilidad de la otra parte has el límite del apreciable sacrificio o el de la lealtad. (...) la buena fe prohíbe las interpretaciones sutiles, falsas con alguna apariencia de verdad, en contraste con la causa del contrato o con el espíritu del acuerdo." BARCHI, Luciano. La Interpretación del Contrato en el Código Civil peruano de 1984. En: SOTO, Carlos Alberto (Dir.). Ob. Cit., p. 1782.

operadores a los que le arrienda el material o a los que le solicitan su alquiler.

91. En este sentido, esta Cláusula carecería de contenido si se admitiera la interpretación propuesta por Fetrans y acogida por la Comisión respecto de los alcances de la Circular N° 17. En efecto, permitir una exclusividad en la utilización del material por parte del Grupo Fetrans – Perurail, implicaría reconocer que en el acceso a este material Fetrans puede otorgar a Perurail un trato diferenciado en comparación con terceros operadores no vinculados.
92. De conformidad con una interpretación sistemática del Contrato de Concesión y bajo los principios de buena fe y de conservación<sup>57</sup> de las cláusulas contractuales, debe optarse por una lectura alternativa. Así, la Circular N° 17 planteó un escenario excepcional, en el cual se amparaba el alquiler de la totalidad del material a Perurail; sin embargo, cuando un operador no vinculado a Fetrans solicitara acceso a este material, debía brindársele un trato no discriminatorio, lo que significa que Fetrans no podía negarle el acceso al material únicamente sobre la base del alquiler previo a Perurail.
93. Esta lectura resulta consistente con el propósito buscado al admitir la integración vertical en el FSO, que se encuentra expresa en la propia Circular N° 17, esto es, “asegurar la continuidad del servicio de transporte” de pasajero y de carga<sup>58</sup> y no otorgar una suerte de exclusividad al Concesionario en el aprovechamiento del Material en el servicio de transporte de pasajeros y de carga.
94. Considerando que el Contrato de Concesión no amparaba la posibilidad de que Fetrans rechazara las solicitudes de operadores no vinculados

<sup>57</sup> “De acuerdo a tal principio [de conservación], el contrato o las cláusulas singulares deben ser interpretados en el sentido en el cual puedan tener algún efecto antes que en aquel en el cual no tendría ninguno (interpretación inútil).” (lo consignado entre corchetes es añadido). BARCHI, Luciano, Ob. Cit., p. 1794.

<sup>58</sup> El principio de continuidad implica que el servicio debe prestarse ininterrumpidamente, es decir, debe ser prestado en cualquier momento que lo requiera el usuario.

En ese sentido, Juan Carlos Cassagne ha señalado: “Si la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva de tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, el modo de asegurar que la prestación se haga efectiva es, precisamente, la regla de la continuidad.

Según este principio, el servicio público ha de prestarse sin interrupciones; sin embargo, ello no implica en todos los supuestos, la continuidad física de la actividad pues sólo se requiere que sea prestada cada vez que aparezca la necesidad...” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II, séptima edición, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 303).

de acceso al material y, por el contrario, le imponía un deber de no discriminación, puede concluirse que la negativa de alquiler de Fetrans resultaba injustificada.

B) Los efectos anticompetitivos de la negativa

95. Fetrans denegó el acceso al material amparándose en el Contrato de Arrendamiento celebrado con Perurail sobre la totalidad del material. Sin embargo, como se ha visto en los numerales 64 a 69 de la presente Resolución, un contrato privado no puede justificar una restricción a la competencia cuando constituya una práctica ilícita. Así, la conducta de Fetrans configuraba en la práctica un apalancamiento de su posición dominante en el mercado de alquiler del material hacia el mercado de transporte de pasajeros y de carga a favor de Perurail, considerando las condiciones del mercado ya explicadas en los numerales 24 a 48 de la presente Resolución<sup>59</sup>.
96. Fetrans ha señalado que no podía alquilar a terceros el material, debido a que éste había sido arrendado a Perurail, quien lo utilizaba en su totalidad, por lo que alquilarlo a terceros le generaría un daño al restringir la cantidad y frecuencia de su propia utilización del material.
97. Sin perjuicio de que Ositran ha cuestionado el nivel de utilización del material por parte del Grupo Fetrans – Perurail<sup>60</sup>, debe recordarse que la negativa de Fetrans no se encontraba justificada sobre la base de una presunta exclusividad en el uso del material. Una situación excepcional como la integración vertical en el FSO, permitida con la sola finalidad de asegurar la continuidad del servicio de transporte ferroviario, no permite justificar una conducta como la de Fetrans que busca extender su posición de dominio al mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga. En este sentido, la presunta infracción no consiste en el simple arrendamiento de la totalidad del material a Perurail, sino en aprovechar dicha situación para apalancar

<sup>59</sup> "La negativa a mantener relaciones comerciales es una forma típica de exclusión en los mercados relacionados verticalmente cuando una empresa dominante controla un insumo que es básico para la producción de las empresas que compiten en un mercado descendente (o ascendente) en el proceso productivo. Al denegar el acceso al insumo, la empresa dominante extiende su monopolio desde el mercado de dicho insumo básico al mercado descendente que es potencialmente competitivo." (subrayado añadido) REY, Patrick y otros. Un Enfoque Económico del Artículo 82. En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y Amadeo PETITBÓ JUAN (Dir.). El Abuso de la Posición de Dominio. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 144

<sup>60</sup> En su escrito del 25 de mayo de 2007, Ositran afirmó, sobre la base de la información que ha obtenido en su condición de Organismo Regulador, que: (i) en locomotoras, el porcentaje de utilización promedio no supera el 59,8%; (ii) en autovagones, el porcentaje de utilización promedio es de 60%; y, (iii) en coches de pasajeros, el porcentaje de utilización promedio no supera el 43%.

su posición de dominio negándose a arrendar el material a cualquier otro operador.

98. Como ha sido desarrollado en el Primer Informe de la Secretaría Técnica, Fetrans y Perurail constituyen un mismo grupo económico, respondiendo a un mismo centro de interés<sup>61</sup>, por lo que no se evidencia obstáculo alguno para que estos agentes "renegociaran" el contrato y permitieran el acceso al material a otros agentes, en condiciones similares o no discriminatorias, de modo tal que puedan competir en el mercado de transporte ferroviario con Perurail.
99. Empero, para sancionar esta conducta deben analizarse, previamente, los efectos negativos generados por la exclusión de terceros en el mercado de transporte ferroviario de pasajeros y de carga.
100. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que Fetrans obtuvo una posición monopólica en el mercado de administración y explotación de los bienes de la Concesión del FSO. Si bien su actividad se encuentra regulada en algunos aspectos (como en las tarifas por acceso a la vía férrea), en otros se permite su libre desarrollo (como en las tarifas por arrendamiento del material). Esta libertad ocasiona que pueda adoptar estrategias anticompetitivas que el propio mercado no puede contrarrestar. Así, las condiciones en que le fue otorgado el material ocasiona que tenga posición de dominio en su alquiler, una posición que no puede ser contestada en las condiciones vigentes del mercado, lo que le brinda un amplio campo de acción para desarrollar conductas que podrían tener efectos anticompetitivos, como sucede en el presente caso.
101. A nivel doctrinario han sido reconocidos los efectos particularmente negativos que se derivan de las conductas estratégicas de operadores que, gracias a procesos de privatización, han obtenido el control de infraestructuras o recursos, anteriormente estatales:

*"Respecto a la modalidad de abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de suministro, nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado que ésta tiene una especial gravedad cuando la posición de dominio deriva de un monopolio legal y el abuso se lleva a cabo en un mercado – conexo con aquel – en el que*

<sup>61</sup> Ver numerales 172 – 197 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

si hay libre competencia, lo que supone el cierre de mercado a un competidor y el consiguiente perjuicio para los consumidores finales<sup>62</sup>.

102. La restricción a la competencia en el mercado de transporte de pasajeros y de carga en el FSO es importante si se tiene en consideración la ausencia de competencia a nivel intermodal en el tramo Piscaycucho - Hidroeléctrica. De este modo, los consumidores sólo tendrán una alternativa disponible para el transporte en dicho mercado y deberán soportar eventuales precios anticompetitivos o monopólicos del grupo Fetrans-Perurail, que no podrían ser desalentados mediante la amenaza de competencia de potenciales entrantes en el mercado, si se mantiene la conducta exclusoria.
103. Contrariamente a lo argumentado por Fetrans, permitir el acceso competitivo al material únicamente genera que el grupo Fetrans-Perurail compita en el sector de transporte de pasajeros y carga del FSO en condiciones no discriminatorias con terceros operadores. Fetrans, por su parte, podrá obtener ingresos derivados del alquiler del material a dichos terceros, con lo que sus intereses económicos previstos en el Contrato de Concesión no se verán afectados.
104. A lo previamente expuesto se suma el hecho de que la ecuación económica del Concesionario no se vería afectada con el acceso competitivo, siendo que como se evaluó en el numeral 55 de la presente Resolución, éste no incurrió en mayores costos para obtener dicho material.
105. Si bien como regla general, debe permitirse que una empresa utilice en exclusiva los recursos en los que ha invertido para evitar posibles conductas de *free riding*<sup>63</sup>, el escenario en el presente caso es distinto, siendo que existía un deber de no discriminación respecto de estos recursos concesionados por el Estado, y considerando los posibles efectos anticompetitivos que generaría una exclusividad perenne en el uso de dichos recursos a favor del Concesionario:

<sup>62</sup> DIEZ ESTELLA, La Doctrina del Abuso en Los Mercados Conexos: Del "Monopoly Leveraging" a las "Essential Facilities", p. 23.

<sup>63</sup> *Free riding*: Obtener el beneficio de un bien o servicio sin tener que pagar por él, no necesariamente de manera ilegal. Traducción libre de: "Getting the benefit of a good or service without paying for it, not necessarily illegally." (<http://www.economist.com/research/Economics/alphabetical.cfm?letter=E>, página web visitada el 21 de mayo de 2007).



*“Si el cuello de botella es el resultado de la inversión o de las actividades de innovación de la empresa dominante, obligando a la misma a permitir el acceso de sus competidores a dicho cuello de botella, nos encontraríamos ante una expropiación de la rentabilidad del esfuerzo de la empresa. Esto puede hacer que esta empresa y otras desistan de invertir en el futuro y reducir los incentivos que existen para innovar. Por lo tanto, tolerar un monopolio (temporal) puede ser la mejor manera de fomentar la inversión y los incentivos para la innovación, promoviendo así una eficiencia dinámica.*

*(...)*

*Sin embargo, si el cuello de botella resulta de un legado histórico, de economías de escala o de alcance, o de factores externos, la intervención estaría justificada<sup>64</sup>.*

106. El deber de no discriminación, dispuesto en el Contrato de Concesión, guarda relación con la propia lógica de la Concesión. En el esquema original de prohibición de la integración vertical no habían riesgos de discriminación anticompetitiva por parte del Concesionario a favor de algún operador del servicio de transportes. Sin embargo, habiéndose admitido la integración vertical a través de la Circular N° 17, era más relevante aún mantener el deber de no discriminación, con el objeto de evitar la posibilidad de estrategias anticompetitivas por parte del Concesionario.
107. De manera opuesta a lo argumentado por Perurail, mediante el deber de no discriminación no se buscaba “asistir” el ingreso de nuevos competidores al FSO. Debe considerarse lo expuesto en el numeral 55 de la presente Resolución, en el sentido que Fetrans no pagó una contraprestación por obtener el material concesionado, y que los costos incurridos no fueron elevados, por lo que el deber de no discriminación en relación con el alquiler del material, propugnaba la igualdad de condiciones de acceso al mercado y que el Concesionario no favoreciera a su operador vinculado en el servicio de transporte ferroviario, con la modificación introducida por la Circular N° 17.
108. Teniendo presente todo lo expuesto, puede concluirse que la negativa de alquiler por parte de Fetrans era injustificada. Por ello, cabe considerar que la negativa injustificada de trato de Fetrans que ostenta posición de dominio en el servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento del Cusco, constituye una infracción a lo dispuesto en los artículos 3° y 5°

<sup>64</sup> REY, Patrick y otros. Ob. Cit., p. 145 – 147.

del Decreto Legislativo N° 701. En consecuencia, debe revocarse la Resolución N° 064-2006/CLC en este extremo.

### Medidas Correctivas

109. El abuso de posición de dominio de Fetrans no se manifiesta en el hecho de haber celebrado un contrato de arrendamiento sobre el material con su empresa vinculada Perurail, sino en haber utilizado dicho contrato como pretexto para negar injustificadamente el alquiler del material a Fersimsac (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador) en el mercado relevante.
110. Como se ha señalado en los numerales 68 a 69 de la presente Resolución, el Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido que los particulares no pueden hacer ejercicio de su libertad contractual vulnerando normas de orden público, como el Decreto Legislativo N° 701. En dicho escenario, la agencia de competencia tiene la facultad de ordenar el cese de estas conductas ilícitas, aun cuando pudieran implicar el incumplimiento de contratos celebrados con terceros.
111. Las medidas correctivas de cese de las conductas infractoras permiten poner fin al comportamiento anticompetitivo. Sin embargo, en algunas ocasiones resulta necesario adoptar medidas que permitan corregir los efectos anticompetitivos de las conductas ilícitas y evitar que las empresas infractoras incurran nuevamente en ellas<sup>65 66</sup>.
112. Dentro de este tipo de medidas o remedios, se distinguen entre remedios estructurales y remedios conductuales o de comportamiento. Mientras los primeros implican una separación de los activos que una empresa posee; los segundos imponen una obligación de hacer o no hacer. Como puede apreciarse, una medida de cese de la práctica infractora constituye un ejemplo de remedio conductual.
113. En el FSO, la integración vertical de las actividades de alquiler de material y de transporte de pasajeros y de carga, genera la existencia

---

<sup>65</sup> Debe tenerse en consideración que en otros ordenamientos las sanciones impuestas y la posibilidad de que los potenciales afectados con conductas anticompetitivas demanden a los infractores una indemnización por los posibles perjuicios ocasionados, generan en ocasiones suficientes desincentivos que suplen o complementan las medidas específicas de acceso o *injunction orders*. PICKER, Randal. Mandatory Access Obligations and Standing. *Journal of Corporation Law*. Winter 2006, p. 6.

<sup>66</sup> Sobre los objetivos que persiguen los remedios y sanciones en casos de abuso de posición de dominio, ver: OECD. Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases. Mayo 2007, p. 20 - 25 (disponible en <http://www.oecd.org/competition>).

permanente de un riesgo de apalancamiento del poder de mercado, esto es, quien tiene el monopolio del alquiler del material (mercado aguas arriba) puede tener incentivos para favorecer a una empresa vinculada en detrimento de terceros competidores en el mercado de transporte (mercado aguas abajo). Sin embargo, dado que la integración vertical es una posibilidad amparada en el Contrato de Concesión, la autoridad de competencia no podría variar estas condiciones<sup>67</sup>.

114. Empero, cabe la imposición de medidas correctivas o remedios conductuales que busquen corregir los efectos anticompetitivos de comportamientos como los analizados en el presente caso, donde Fetrans utilizó su posición de dominio en el alquiler del material para restringir la competencia en el mercado de transporte ferroviario de pasajeros y de carga y evitar su reiterancia.
115. La agencia de competencia debe reconocer, no obstante, los límites que tiene sobre el particular, debido a que existen medidas de difícil supervisión o que implican una regulación excesiva de la conducta empresarial de la empresa infractora, por lo que deberá autolimitar su actuación en lo posible con el fin de permitir el ejercicio de las libertades de empresa y de contratación de los agentes involucrados en un marco de respeto de la libre competencia<sup>68</sup>. En tal sentido, las

<sup>67</sup> Si bien las medidas estructurales como la de separación vertical de actividades en los casos de abuso de posición de dominio pueden tener un mayor efecto en el mercado para permitir la competencia, a su vez, presentan el riesgo de tener efectos definitivos que no pueden ser corregidos; mas aun en casos donde su eficacia a largo plazo puede ser cuestionada debido a los avances en tecnología. OECD. Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases. Mayo 2007, p. 48 -50 (disponible en <http://www.oecd.org/competition>).

La Unión Europea ha expuesto de manera clara su preferencia por medidas o remedios conductuales sobre los estructurales cuando ello sea posible:  
REGLAMENTO (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Artículo 7°. Constatación y cese de la infracción.-

1. Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo para hacerlo, podrá igualmente constatar la pasada comisión de una infracción. (subrayado añadido).

<sup>68</sup> Dentro de las dificultades que implican la imposición de medidas o remedios conductuales, se señalan: (a) el costo y dificultad de su administración; (b) la frustración de sus objetivos por problemas inesperados; y (c) su dificultad frente a mercados de alta tecnología y cambiantes. Ver: OECD. Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases. Mayo 2007, p. 51 (disponible en <http://www.oecd.org/competition>). "Parece que por lo menos tres lecciones pueden extraerse con seguridad de la experiencia en la aplicación de remedios hasta la fecha en este caso: a) los remedios conductuales pueden ser difíciles y caros de administrar; b) pueden estar sujetos a problemas inesperados que pueden frustrar sus propósitos; y c) aplicar remedios conductuales a mercados de alta tecnología y rápidamente cambiantes no es una actividad simple" (Traducción libre del 39/46

medidas serán justificadas cuando involucren beneficios sustanciales para la competencia que superen los costos de su imposición y supervisión<sup>69</sup>.

116. Si bien ni el propio Contrato de Concesión ni la regulación sectorial han establecido un mecanismo de acceso competitivo al material que repercute en beneficio de los consumidores, la agencia de competencia puede dictar medidas para exigir a las empresas infractoras una conducta acorde con la legislación de libre competencia, dando libertad a las empresas involucradas para optar por el mecanismo idóneo para estos fines. Esto permitirá, por una parte, impedir la continuidad de la conducta anticompetitiva sancionada y, por otra parte, evitar la regulación de las condiciones de acceso al material competitivo, las que deben ser determinadas por los agentes involucrados en ejercicio de su libertad de contratación.
117. La medida correctiva debe estar destinada a reprimir un escenario en que Fetrans niegue el acceso a potenciales operadores al material – de manera directa a través de una negativa de trato, o de manera indirecta a través de la imposición de condiciones discriminatorias<sup>70</sup> –, con la finalidad de favorecer a un operador, respecto del cual Fetrans pueda tener interés, como es el caso de Perurail<sup>71</sup>.
118. Si bien el presente procedimiento tiene su origen en la negativa de Fetrans de alquilar el material a Fersimsac, mediante Resolución N° 072-2006/CLC del 16 de octubre de 2006, la Comisión declaró

---

siguiente texto: "It seems that at least three lessons can safely be drawn from the remedial experience to date in this case: a) conduct remedies can be difficult and expensive to administer; b) they can be subject to unexpected problems that may frustrate their purpose; and c) applying conduct remedies to rapidly changing, high technology markets is not a simple undertaking."

- <sup>69</sup> SUBIOTTO, Romano y Robert O'DONOGHUE. Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers Under Article 82 EC, p. 683
- <sup>70</sup> "(...) nada impide (...) que las prácticas discriminatorias consistan en negar el "suministro" o acceso a determinados servicios a terceros a favor de las propias actividades de la empresa titular de los recursos o las redes que se consideran imprescindibles para el ejercicio de la actividad." DIEZ ESTELLA, Fernando. La doctrina del Abuso en los Mercados Conexos: del "Monopoly Leveraging" a las "Essential Facilities", en: Revista de Derecho Mercantil, n° 248, Julio 2003.
- <sup>71</sup> En un caso, seguido por la Comisión de Competencia de Reino Unido, se sancionó a la empresa Birds-Eye Wall's (BEW) por adoptar acuerdos de exclusividad con minoristas en el uso de congeladoras que le prestaba para el almacenamiento de sus productos, y acuerdos de distribución exclusiva. En ese caso, se dispuso dentro de las medidas correctivas, que BEW permitiera que los minoristas utilizaran las congeladoras prestadas para almacenar productos de competidores de BEW hasta en un máximo del 50% de la capacidad. Esta medida buscaba que en el uso de las congeladoras, hubiera un trato igualitario entre los productos de BEW y los de la competencia. Al respecto, ver: Commission de la concurrence, « The Supply of Impulse Ice Cream: A Report on the Supply in the UK of Ice Cream Purchased for Immediate Consumption », enero 2000, (disponible en [www.competition-commission.org.uk/rep\\_publ/reports/2000/436ice.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_publ/reports/2000/436ice.htm)).

inadmisible su recurso de apelación, por lo que la medida correctiva a dictarse no tiene por objeto imponer un mandato particular a Fetrans de negociación con Fersimsac, sino evitar situaciones futuras de abuso de posición de dominio por parte de Fetrans mediante negativas de alquiler del material de manera directa o indirecta a cualquier operador que solicite dicho alquiler. Los operadores a los que Fetrans deniegue de manera injustificada el acceso competitivo al material, pueden denunciar dicha conducta como un incumplimiento de la medida correctiva a dictarse.

119. Teniendo en consideración lo señalado en los numerales precedentes, corresponde ordenar a Fetrans, en calidad de medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler del material; y, el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente

#### Graduación de la Sanción

120. Habiéndose acreditado la existencia de un abuso de posición de dominio de Fetrans al negarse de manera injustificada a alquilar el material, corresponde determinar el monto de la sanción aplicable al infractor.
121. De acuerdo con el artículo 23° del Decreto Legislativo N° 701, la autoridad puede imponer sanciones de hasta mil (1000) UIT según sea el caso que la infracción se califique como leve o grave, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la Resolución de la Comisión. Asimismo, en caso la infracción sea calificada como muy grave, la multa que se imponga podrá ser superior a las mil (1000) UIT siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.
122. Los criterios a considerar para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:
- (i) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
  - (ii) la dimensión del mercado afectado;
  - (iii) la cuota de mercado de la empresa correspondiente;

- (iv) el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;
- (v) la duración de la restricción de la competencia; y
- (vi) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

123. Asimismo, dentro de los principios generales recogidos por la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General – que son de aplicación a los procedimientos sancionadores, debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>72</sup>. Este principio también forma parte de los principios especiales que rigen los procedimientos sancionadores enunciados en el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

1. El procedimiento administrativo se sustenta en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.4.1 Principio de Razonabilidad.- Las redediciones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

(...)

<sup>73</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo norma por rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido procedimiento.

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a la prevista legalmente, salvo casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

124. Mediante la negativa injustificada de trato, Fetrans resguarda la posición de dominio de Perurail en el mercado de transporte de pasajeros y de carga en el FSO, privando a la sociedad de los beneficios que se hubieran producido por la libre interacción de los operadores (potenciales y reales) del servicio de transporte ferroviario en el FSO, limitando con ello la asignación eficiente de los recursos. Una reducción en el número de competidores produce una disminución de la oferta de bienes o servicios y, por ende, un mayor precio producto de la escasez<sup>74</sup>. Este resultado reduce el excedente del consumidor y genera pérdidas de eficiencia social, afectando el interés económico general.
125. La Sala concuerda con el análisis efectuado en el Primer y en el Segundo Informe de la Secretaría Técnica haciendo suyos los fundamentos ahí señalados<sup>75</sup>, al momento de calcular el beneficio

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. Continuación de Infracciones.- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. Non bis in idem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

<sup>74</sup> Ejercicios teóricos han demostrado que mercados con estructura monopólica presentan un mayor precio y una menor cantidad de bienes o servicios que mercados con estructura oligopólica, y que éstos, a su vez, presentan mayores precios y menores cantidades producidas que mercados con estructura de competencia. Al respecto, Viscusi, Vernon y Harrington han señalado:

*La teoría del oligopolio no ha dado predicciones definitivas análogas a la predicción precio = costo marginal de la competencia perfecta, o a la predicción de precio superior al costo marginal del monopolio. La mayoría de teorías de oligopolio implican que el precio excede el costo marginal, pero por menos que bajo monopolio.*

Traducción libre del siguiente texto:

*Oligopoly theory does not yield any definite predictions analogous to the price = marginal cost prediction of perfect competition, or the price greater than marginal cost prediction of monopoly. Most theories of oligopoly imply that price will exceed marginal cost, but by less than under monopoly.*

(VISCUSI, W. Kip, HARRINGTON, Joseph y VERNON, John. Op. Cit., pág. 81.)

<sup>75</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

esperado por el agente infractor, estimado en S/ 2 289 551,89 equivalente a 663,3 UIT<sup>76</sup>, sobre la base de la diferencia de los precios que tenía Perurail en marzo de 2003 – fecha en que Fetrans negó el acceso al material a Fersimsac – respecto de los precios que hubiera logrado en un entorno competitivo. Este diferencial evidencia los beneficios que habría obtenido el Grupo Fetrans – Perurail al poder cobrar un nivel determinado de precios por los servicios de transporte ferroviario sin enfrentar competencia.

126. Si bien una multa calculada sobre la base del beneficio esperado del infractor multiplicado por la probabilidad de detección<sup>77</sup> permite desincentivar efectivamente las conductas ilícitas que restrinjan la libre competencia, esta Sala también recoge el hecho de que el transporte ferroviario en el FSO era un mercado nuevo y considera las acciones del grupo Fetrans-Perurail a fin de promocionar el transporte ferroviario en el FSO, como factores atenuantes de la infracción, y por ende, corresponde reducir la multa en un 75% del valor original. Por lo tanto, la Sala considera que corresponde imponer una multa a la empresa infractora ascendente a 165,9 UIT<sup>78</sup>.

#### Publicación de la presente Resolución

127. La publicación de las resoluciones emitidas en el marco de un procedimiento por infracción al Decreto Legislativo N° 701, constituye un instrumento idóneo a efectos de tutelar eficazmente la libre competencia en el mercado y, consecuentemente, los derechos de los consumidores.
128. La Sala considera que la presente Resolución debe ser publicada tomando en cuenta la gravedad de la infracción cometida, así como el importante impacto en el mercado y, en particular, en los consumidores, que genera la declaración de ilicitud de la conducta anticompetitiva desarrollada.

---

<sup>76</sup> 1 UIT 2007 = S/. 3 450.  
663,3 UIT = S/ 2 289 551,89

<sup>77</sup> La probabilidad de detección considerada fue de 100% debido a las grandes implicancias económicas del caso.

<sup>78</sup> Sobre el particular, la Sala se remite al razonamiento desarrollado en los numerales 49 – 52 del Segundo Informe de la Secretaría Técnica.



129. Mediante el respeto de los agentes económicos a las normas que tutelan la libre competencia, los consumidores se ven beneficiados al disponer de mayores alternativas de consumo, y al obtener los resultados de las eficiencias que logran las empresas que concurren en el mercado en su búsqueda por lograr la preferencia de los consumidores (reducción de las tarifas, mayor frecuencia en los servicios de transporte, mejores condiciones de los servicios ofrecidos, etc.). Ello toma una mayor relevancia en el presente caso, considerando las crecientes necesidades de transporte de pasajeros y de carga en dicha región, producto del incremento de la actividad turística. En este sentido, la libre competencia repercutirá en un mayor beneficio para los consumidores y para el mercado en general.

130. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807<sup>79</sup>, corresponde proponer al Directorio del Indecopi la publicación de la presente Resolución.

#### IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

**PRIMERO:** declarar la reserva y confidencialidad de la información contenida en el Informe Técnico presentado por Ferrocarril Transandino S.A. (versión confidencial) en su escrito del 9 de abril de 2007.

**SEGUNDO:** revocar la Resolución N° 064-2006/CLC del 4 de setiembre de 2006 que declaró infundadas las denuncias de oficio y de Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C. en contra de Ferrocarril Transandino S.A. y declararlas fundadas por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, imponiéndole una multa ascendente a 165,9 Unidades Impositivas Tributarias.

**TERCERO:** ordenar a Ferrocarril Transandino S.A., en calidad de medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante objeto del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur – Oriente; y, el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del referido Contrato de Concesión.

---

<sup>79</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 807. LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, Artículo 43°.- (...) El Directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial El Peruano cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.



RESOLUCIÓN N° 1122-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 010-2004/CLC  
EXPEDIENTE N° 012-2004/CLC  
(Acumulados)

004910

CUARTO: recomendar al Directorio del INDECOPI la publicación de la presente Resolución, en aplicación del artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807.

*Con la intervención de los señores vocales: Rosa María Graciela Ortiz Origgí, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Juan Luis Avendaño Valdez, Luis José Díez Canseco Núñez y José Luis Fernando Piérola Mellet.*

ROSA MARÍA GRACIELA ORTIZ ORIGGI  
Presidenta