

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre Resolución N°1122-2007-TDC-INDECOPI-
Libre competencia Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu
S.A.C. (FERSIMSAC) Ferrocarril Transandino S.A.
INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que
presenta:

Katherin Regina Baldeón Ugarte

ASESOR:

Lucio Andrés Sánchez Povis

Lima, 2022

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Lucio Andres Sanchez Povich, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del informe jurídico titulado, “Informe Jurídico sobre Resolución N°1122-2007-TDC-INDECOPI-Libre competencia Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C. (FERSIMSAC) Ferrocarril Transandino S.A. INDECOPI”, de la autora Katherin Regina Baldeón Ugarte, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 36%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 12/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 24 de enero de 2023

<u>Sanchez Povich, Lucio Andres</u>	
DNI: 43460854	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

El presente informe analiza los principales fundamentos de la Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del Indecopi, mediante la cual declara responsable a la empresa Ferrocarril Trasandino S.A.C (en adelante, Fetrans) y le impone como medida correctiva el cese del abuso de la posición de dominio, así como una multa ascendente a 165,9 UIT. Ello a propósito del procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio y como consecuencia de la denuncia interpuesta por la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. La sanción impuesta corresponde a la infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701 cometida por la empresa Fetrans, al haberse demostrado la negativa injustificada de alquilar el material tractivo y rodante otorgado en concesión por el Estado peruano.

El análisis de los problemas jurídicos identificados nos permite afirmar la insuficiencia de la medida correctiva ordenada por el Tribunal, siendo que, con dicho pronunciamiento, se dejó abierta la posibilidad de que se continúe en un mercado con condiciones anticompetitivas, aún cumpliendo con el mandato; por lo que, la reformulación de la misma o la consideración del servicio de alquiler de material de locomotoras y vagones con capacidad de operar en el tramo Sur Oriente peruano (en adelante, el material) por parte del Ositran, resultan alternativas menos gravosas que pudieron haber sido consideradas por la autoridad administrativa o que podrían serlo en posteriores pronunciamientos. En el mismo sentido, el análisis de los requisitos de validez de la resolución previa que habilita el pronunciamiento del Tribunal nos permite afirmar la validez del acto administrativo en esta última instancia.

Palabras clave

Libre Competencia – mercado relevante – procedimiento administrativo – abuso de posición de dominio

ABSTRACT

This report analyzes the main foundations of Resolution No. 1122-2007/TDC-INDECOPI, issued by the Court for the Defense of Competition and Intellectual Property of Indecopi, by which it declares the company Ferrocarril Trasandino S.A.C (hereinafter, Fetrans) and imposes as a corrective measure the cessation of the dominant position, as well as a fine amounting to 165.9 UIT, this in connection with the disciplinary administrative procedure initiated ex officio and as a consequence of the complaint filed by the company Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. The sanction imposed corresponds to the violation of articles 3 and 5 of Legislative Decree No. 701 committed by the Fetrans company, having demonstrated the unjustified refusal to rent the tractive and rolling stock granted in concession by the Peruvian State.

The analysis of the legal problems identified allows us to affirm the insufficiency of the corrective measure ordered by the Court, being that, with said pronouncement, the possibility of continuing in a market scenario with anti-competitive conditions was left open, even in compliance with the mandate; Therefore, its reformulation or the consideration of the material rental service for locomotives and wagons with the capacity to operate in the Peruvian South East section (hereinafter, the material) by Ositran, are less burdensome alternatives that could have been considered by the authority or could be considered in subsequent pronouncements. In the same sense, the analysis of the validity requirements of the resolution that enables the Court's pronouncement allows us to affirm the validity of the administrative act in this last instance.

Keywords

Free Competition – relevant market – administrative procedure – abuse of dominant position

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
1.1	Justificación de la elección de la resolución	5
1.2	Presentación del caso	6
II.	IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	7
2.1	Antecedentes	7
2.2	Hechos relevantes del caso	9
2.2.1	Fundamentos de la parte denunciante (Fersimsac)	9
2.2.2	Fundamentos de la parte denunciada (Fetrans)	10
2.3	Principales pronunciamientos administrativos	11
III.	IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
3.1	Primer problema principal: ¿Es la medida correctiva ordenada por el Tribunal del Indecopi, mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, la más idónea para salvaguardar la libre competencia en el mercado ferroviario peruano?	13
3.1.1	¿Cuál es la medida correctiva ordenada por el Tribunal del Indecopi, mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI?.....	13
3.1.2	¿Cuál es el objetivo de la medida correctiva ordenada por el Tribunal?.....	14
3.1.3	Idoneidad de la medida correctiva	14
3.1.4	Propuesta de medida correctiva menos gravosa	16
3.2	Segundo problema principal: ¿Considerar el servicio de alquiler de material tractivo y rodante como “facilidad esencial” cambiaría la decisión del Tribunal del Indecopi, adoptada mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI?	17
3.2.1	¿Qué se entiende por la condición de “facilidad esencial”?.....	17
3.2.2	¿Cuáles son las consecuencias de otorgar la condición de “facilidad esencial” a un bien o servicio en el mercado ferroviario peruano?	19
3.2.3	¿Por qué el Tribunal del Indecopi no desarrolló este argumento expuesto por la empresa Fetrans?	22
3.3	Tercer problema principal: ¿La Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI fue válidamente emitida por el Tribunal del Indecopi?	24
3.3.1	Argumentos esgrimidos en la Resolución 1825-2006/TDC-INDECOPI	24
3.3.2	Ositran y su competencia para ser parte de un procedimiento administrativo sancionador	27
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	30
V.	POSICIÓN INDIVIDUAL	31
VI.	BIBLIOGRAFÍA:.....	32

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<p>No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso</p>	<p>Denuncia interpuesta por Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. contra Ferrocarril Trasandino S.A. (Resolución N)</p>
<p>Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso</p>	<p>Derecho administrativo – Aplicación de normas de libre competencia</p>
<p>Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC (inicio de procedimiento administrativo sancionador) 2. Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC (admisión a trámite de las denuncias, proceso acumulado). 3. Resolución N° 061-2005-INDECOPI/CLC (declara procedente la solicitud formulada por Perú Rail S.A. a fin de que se apersona como tercero legítimo con interés al procedimiento) 4. Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI (declara fundada la queja formulada por Ositran contra la CLC de Indecopi por no haberse respetado su condición de parte en el procedimiento.) 5. Resolución N° 1122-2007/ TDC-INDECOPI que revoca la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC que declara infundada la denuncia contra Ferrocarril Trasandino S.A.
<p>Demandante / Denunciante</p>	<p>Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C (FERSIMSAC)</p>
<p>Demandado / Denunciado</p>	<p>Ferrocarril Trasandino S.A.</p>
<p>Instancia administrativa o jurisdiccional</p>	<p>Comisión de Libre Competencia – Tribunal de Defensa de la Competencia (Indecopi)</p>

I. INTRODUCCIÓN

Con el fin de reprimir las prácticas monopólicas, anticompetitivas y colusorias, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión), la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) y, en última instancia administrativa en esta materia, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, el Tribunal), han desarrollado importantes criterios de análisis e interpretación para los casos puestos a su discusión. Siendo la finalidad de los referidos Órganos Funcionales del Indecopi velar por un eficiente desarrollo de la libre competencia en el mercado peruano, resulta necesario analizar sus pronunciamientos y la pertinencia de su aplicación.

La libre competencia se fundamenta en lograr la libertad de elección de los consumidores y productores dentro de un mercado regulado libremente por la oferta y la demanda, así como por reglas establecidas en igualdad de condiciones. En un mercado en condiciones competitivas, las empresas lograrán ventajas a través de la mejora de la calidad de sus bienes o productos, de sus procesos y de su desarrollo tecnológico, con el fin de lograr atraer a más consumidores; los mismos que se verán motivados a consumir por la variedad de opciones y la reducción de precios. La competencia, entonces, saca lo mejor de cada proveedor, en cuanto a creatividad y calidad respecto de lo que ofrece.

Este escenario virtuoso del mercado se quebranta al no haber incentivos para lograr competitividad o estos están disminuidos. Al final, el perjudicado es y será el consumidor final, quien no encontrará opciones de calidad y variedad. Es por esa razón que, la libre competencia tiene en nuestro país importante regulación normativa, no sólo en la Constitución peruana, sino también en normativa regulatoria sobre la materia.

Por muchos años, se han evidenciado nuevas modalidades de comportamientos anticompetitivos por parte de las empresas privadas, cuyo fin es mantenerse en el mercado **abusando** de su posición de dominio en un determinado mercado relevante. Por ello, se justifica la creación de instancias del Indecopi, a efectos de perseguir y sancionar prácticas que restrinjan el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Teniendo en cuenta ese escenario, el presente informe tiene como objetivo analizar uno de los pronunciamientos del Tribunal respecto al mercado ferroviario peruano, nos referimos al caso del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa Ferrocarril Trasandino S.A. Para tal fin, en primer lugar, se detallan los principales hechos y argumentos de las partes.

Luego, se analiza la medida correctiva ordenada por el Tribunal, con el fin de aterrizar en propuestas menos gravosas e idóneas para la protección de la libre competencia

en dicho mercado, sin contradecir el pronunciamiento final de la autoridad administrativa; y, finalmente, se analiza la validez de la resolución emitida en última instancia administrativa, a propósito de los cuestionamientos de una resolución previa (Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI) que gatilló el pronunciamiento que resuelve la controversia.

1.1 Justificación de la elección de la resolución

La elección del presente caso tiene una relevancia particular, en tanto se presentan temas como la aplicación del marco regulatorio de la Libre Competencia en un mercado de trascendencia significativa, como el transporte ferroviario en el tramo Sur Oriente peruano. Este mercado resulta atractivo, pues, más allá del marco legal que se aplica y las distintas aristas de análisis, nos aproxima también a temas de tinte político e intereses económicos donde se evidencia aquellos problemas jurídicos pendientes de resolver que, sin la repercusión del tema mediático, no estarían en el ojo de la tormenta.

El procedimiento iniciado contra Ferrocarril Transandino S.A.C nos diversas posibilidades de análisis, tales como la eliminación de la posición de dominio, así como de las prácticas restrictivas, monopólicas y colusorias de la libre competencia en la prestación del servicio de transporte ferroviario peruano. Recordemos pues que este mercado fue y sigue siendo un monopolio estratégico en su rubro, en cuyas bases se encuentran los más grandes intereses económicos, que no permiten la aplicación y/o regulación por parte del Estado, a través de sus organismos competentes (Indecopi u Ositran), de medidas restrictivas del abusivo ejercicio de la posición de dominio.

Con independencia de los temas que este caso trae a colación (comportamiento estratégico, integración vertical, regulación de contratos de concesión, regulación económica del servicio, entre otros) nos permite reflexionar sobre el desempeño imparcial de los organismos reguladores actuales, sus criterios interpretativos y la aplicación normativa que va evolucionando, a fin de hacerle frente a comportamientos abusivos de posición en el mercado.

Finalmente, la emisión de diversos informes tanto de los organismos competentes, los órganos funcionales del Indecopi y los realizados de forma privada por los denunciados, evidencian la complejidad del presente caso, pues el mismo tiene información relevante que debe estar sujeta a análisis. Si bien el propósito del presente informe se circunscribe al cuestionamiento de la última Resolución emitida por el Tribunal del Indecopi, ello no implica el desligue de los demás pronunciamientos precedentes, los mismos que se detallan en los antecedentes del presente informe.

1.2 Presentación del caso

En el proceso de privatización y promoción de la inversión, se estimó conveniente trasladar la administración de la actividad ferroviaria peruana manejada por ENAFER a una empresa privada. Es así que, después de un proceso de licitación, el Estado peruano entregó en concesión a la empresa Ferrocarril Transandino S.A. la totalidad de la infraestructura de transporte ferroviario de la ruta Cusco – Hidroeléctrica -Machu Picchu, incluido el material tractivo y rodante (locomotoras, vagones, entre otros) para desarrollar la actividad.

Pues bien, de acuerdo al contrato de concesión, Fetrans se encargaría de la administración de la infraestructura y lo que ello implica (construcción, mantenimiento y rehabilitación de las vías férreas), ya que la integración vertical se encontraba prohibida por las normas de competencia, es decir, una misma empresa no podía administrar y, a la vez, desarrollar la actividad principal: transporte ferroviario de pasajeros y carga. Sin embargo, con el fin de asegurar la continuidad del servicio, mediante Circular N^o 17, se estableció que el adjudicatario (Fetrans) tenía que contratar o constituir una persona jurídica que actúe como operador del servicio de transporte.

Fetrans optó por constituir la empresa Perurail S.A. para brindar el servicio de transporte de carga y pasajeros en la referida ruta, por lo que suscribieron un contrato de arrendamiento de todo el material tractivo y rodante para iniciar con las actividades. Por muchos años, ambas empresas, pertenecientes al mismo grupo económico, desarrollaron la actividad ferroviaria en un escenario monopólico, en tanto no se presentaban nuevos competidores en el mercado.

No es sino hasta el 2003 que la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C. solicitó a Fetrans el alquiler de material tractivo y rodante a efectos incursionar en el mercado de transporte ferroviario. Fetrans denegó dicha solicitud argumentando que no había material disponible, ya que todo había sido alquilado a Perurail. Ante la negativa, Fersimsac denunció a Fetrans ante el Indecopi por abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa injustificada de contratar.

En paralelo, el Ositran, después de realizar su labor de supervisión, advirtió al Indecopi sobre un presunto abuso de posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante, conducta que restringía la competencia en el mercado de servicio de transporte ferroviario. Por tal razón, Indecopi inició un procedimiento administrativo sancionador de oficio y admitió a trámite la denuncia interpuesta por Fersimsac, acumulando ambos procedimientos bajo un mismo expediente.

En primera instancia, la Comisión de Libre Competencia declaró infundadas las denuncias contra Fetrans¹. Si bien señaló que la posición de dominio que ostentaba Fetrans en el servicio de alquiler del material, podría restringir la competencia, consideró que corresponde al Estado, a través del MTC, instaurar un proceso que permita a los interesados acceder al material tractivo y rodante.

Fersimsac interpuso recurso de apelación a la resolución de primera instancia; no obstante, dicho recurso fue declarado improcedente. Ositran, por su parte, no fue notificado con la resolución de primera instancia al no haber sido parte del procedimiento, de acuerdo a una comunicación remitida por la Secretaria Técnica. El ente regulador presentó recurso de queja manifestando habersele vulnerado su derecho al debido procedimiento, a la defensa y a presentar recursos impugnativos. Este recurso fue declarado fundado por el Tribunal del Indecopi, instancia que, además, ordenó admitir a trámite el recurso de apelación.

Así pues, el Tribunal, en última instancia administrativa², revocó la resolución de primera instancia; y, reformándola, declaró responsable a Fetrans por infracción a los artículos 3º y 5º del Decreto Legislativo N° 701 y le impuso una multa ascendente a 165,9 UIT. Asimismo, ordenó como medida correctiva el cese de la negativa injustificada de alquilar el material a todo potencial operador que quiera entrar al mercado ferroviario a prestar servicios de transporte de carga y pasajeros en el tramo Sur Oriente peruano.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

En agosto del 2003, el Ositran observó que la empresa Fetrans le había negado un pedido de alquiler a la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu (en adelante, Fersimsac), un nuevo operador que buscaba incursionar en el mercado ferroviario del tramo Cusco – Hidroeléctrica – Machupicchu (vía Sur Oriente peruano) con el fin de competir con Peru rail, empresa perteneciente al mismo grupo económico de Fetrans.

Al advertir una posible infracción, Ositran remitió un oficio al Indecopi³, mediante el cual solicita la elaboración de un informe sobre las consecuencias de la aplicación de las normas de libre competencia al servicio de alquiler del material en las concesiones de ferrocarriles en la vía Sur Oriente en el Perú.

A fin de atender el requerimiento solicitado, la Presidencia del Indecopi remitió dicha comunicación a la Gerencia de Estudios Económicos de dicha institución

¹ Resolución N°064-2006-INDECOPI/CLC, del 04 de septiembre del 2006

² Resolución N°1122-2007/TDC-INDECOPI, del 02 de julio del 2007

³ Oficio N° 476-03-GG-Ositran

(en adelante, la GEE) para la elaboración del informe correspondiente, sin que ello signifique posición vinculante a la Comisión ni a otro Órgano Funcional del Indecopi.

Es así que, el 18 de agosto de 2004, la GEE emitió el Informe N° 055-2004/GEE a través del cual realiza un estudio pormenorizado de la forma en cómo se maneja la industria ferroviaria en el Perú, las condiciones de entrada al mercado de servicios de transporte de pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente, así como un análisis de la consulta de Ositran, en específico, la aplicación de las normas a la competencia intramodal en dicho tramo.

Para tal fin, como cuestión previa, el informe describe exhaustivamente las características generales de la actividad ferroviaria peruana, qué tipo de competencia es viable en el tramo Sur Oriente (competencia intramodal o intermodal) para, posteriormente, analizar las condiciones de entrada al mercado de transporte ferroviario en dicho tramo.

Asimismo, a efectos de determinar si se presentan barreras legales, estructurales y/o estratégicas que impiden la entrada al mercado de nuevos operadores en dicho rubro, realiza una simulación de la entrada de un nuevo competidor, a través de dos opciones: compra o alquiler de material tractivo y rodante para desarrollar la actividad; concluyendo, finalmente, que el alquiler es la mejor opción en términos de rentabilidad, pues dada la especificidad de los activos que requiere esta actividad, la inversión en la adquisición de activos propios (traídos del extranjero) significaría un gasto hundido difícil de recuperar.

Por lo expuesto, señala el informe, una negativa por parte de la concesionaria Fetrans del arrendamiento del material necesario a un potencial nuevo competidor, sin mediar justificación válida, podría ser considerada un acto de abuso de posición de dominio, conforme lo establecido en el Decreto Legislativo N° 701 (Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia), así como un incumplimiento del Contrato de Concesión, mediante el cual se estableció que el concesionario no puede discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.

A razón de dichas conclusiones, el 20 de octubre de 2004, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Secretaría Técnica), recomendó iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador de oficio (en adelante PAS) contra la empresa Fetrans, por el presunto abuso de posición de dominio, en las modalidades de negativa injustificada de contratar y trato discriminatorio.

En tal sentido, el 27 de octubre de 2004, mediante Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC (tramitado bajo el Expediente N° 012-2004/CLC), la Comisión,

resolvió – entre otros – hacer suyo el Informe elaborado por la Secretaría Técnica e iniciar un PAS de oficio contra la empresa Ferrocarril Trasandino S.A.C.

2.2 Hechos relevantes del caso

Como consecuencia de la función de supervisión del Ositran y las diversos informes elaborados por los órganos competentes, el 27 de agosto de 2004, la empresa Fersimsac interpuso una denuncia contra Fetrans. – concesionario del Ferrocarril Sur – Oriente (ruta Cusco - Hidroeléctrica – Machupicchu) ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi, por el grave perjuicio económico ocasionado debido al accionar de la empresa denunciada consistente en la reiterada negativa de atender la petición de alquiler de material tractivo y rodante, que fuera entregado por el Estado como parte de los bienes concesionados a Fetrans S.A., siendo que, en la fecha de interposición de la denuncia, hasta el año 2010, dicho material fue utilizado por su operador vinculante Perú Rail, en virtud del Contrato de Alquiler suscrito con Fetrans.

Ahora bien, considerando que los hechos denunciados por Fersimsac se refieren a los mismos hechos que dieron lugar al inicio de un PAS de inicio contra Fetrans, mediante Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC (tramitado bajo el Expediente 010-2004/CLC) del 17 de noviembre de 2004, la Comisión dispuso admitir a trámite la denuncia interpuesta por Fersimsac contra Fetrans por presunta infracción a las normas de la libre competencia. Asimismo, se dispuso acumular el procedimiento al tramitado bajo el Expediente N° 012-2004/CLC que, a raíz de los informes emitidos por la GEE y la Secretaría Técnica, dispuso iniciar un PAS de oficio.

2.2.1 Fundamentos de la parte denunciante (Fersimsac)

En atención al procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Fetrans, derivado de la negativa de alquilar el material, Fersimsac precisó lo siguiente:

- Mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre del 2002 el MTC concedió el permiso de operación ferroviaria a nuestra representada por el periodo de un año para que preste servicios de transporte de pasajeros y carga en la vía de ferrocarril de Sur Oriente; para tal efecto, se concedió el plazo de un mes a fin de presentar todos los requisitos necesarios que permita su inserción en el mercado (pólizas de seguros, entre otros). Asimismo, se requirió que, dentro del mismo plazo, nuestra empresa presente copia del contrato vigente celebrado con la empresa Ferrocarril Trasandino S.A., acto jurídico que permitiría que nuestra representada tenga derecho de acceso a la línea férrea.

- Es así que se iniciaron las relaciones con la empresa denunciada a efectos de suscribir el referido Contrato; por lo que mediante Carta remitida a Fetrans el 17 de enero de 2003, se solicitó el alquiler de material tractivo y rodante a fin de iniciar nuestras actividades.
- Fetrans respondió a la solicitud señalando que no existían bienes disponibles, toda vez que la totalidad de dichos activos habría sido arrendada a la empresa Perú Rail S.A.
- Dicho argumento constituye una flagrante infracción a lo establecido en el numeral 7.6 de la cláusula sétima del Contrato de Concesión, en virtud del cual el Estado peruano otorgó en concesión el mantenimiento y la administración de la estructura ferroviaria, así como el material rodante y tractivo necesario para realizar las actividades de transporte ferroviario.
- Fetrans dilató dolosamente el tiempo de atención al requerimiento, ocasionando que el MTC, mediante Resolución Directoral N° 054-2003-MTC/14 del 14 de julio del 2003, declare la caducidad del permiso de operaciones. Asimismo, colocó en una situación de desigualdad a Fersimsac en beneficio de Perú Rail, empresa vinculada económicamente a Fetrans, a la que arrendó la totalidad de los activos dados en concesión.
- Fetrans está ejerciendo discriminación entre los operadores de servicios ferroviarios, así como actos restrictivos de la libre competencia. El contrato de arrendamiento entre Fetrans y Perú Rail solo le es oponible a ambas partes, más no al Estado peruano, siendo susceptible de modificación en cualquier momento.
- Por lo expuesto, solicitamos al Indecopi exija a Fetrans la garantía de un trato equitativo entre Fersimsac y Perú Rail en lo referido al alquiler del material de propiedad del Estado, toda vez que estaría cometiendo abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada de satisfacer las demandas de contratar y la aplicación de relaciones comerciales disímiles para prestaciones equivalentes, colocando a ciertos competidores en posición de desventaja frente a otros.

2.2.2 Fundamentos de la parte denunciada (Fetrans)

El 19 de noviembre de 2004, Fetrans se apersonó al procedimiento y presentó sus descargos a las imputaciones de la Secretaría Técnica mediante el informe realizado el 20 de octubre de 2004. Cabe precisar los descargos por parte de Fetrans descargos se realizaron a consecuencia de la notificación del

procedimiento de oficio instaurado mediante Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC, sin embargo, entre sus argumentos hace referencia a la solicitud de arrendamiento de material rodante y tractivo que realizó Fersimsac.

En la misma línea, el 5 de enero de 2005, Fetrans presentó nuevamente sus descargos, pero esta vez respecto a la Resolución N° 74-2004/CLC-INDECOPI, mediante el cual la Comisión dispuso admitir a trámite la denuncia interpuesta por Fermisac.

Los principales argumentos esbozados por la parte denunciada (Fetrans) son los siguientes:

- En las Bases de la Licitación Pública, aclaradas mediante la Circular N° 17, se dispuso que, con el fin de no afectar la operación ferroviaria, el concesionario tenía que contratar o construir una persona jurídica distinta que realice las actividades como operador del servicio ferroviario, por ello, Fetrans suscribió un contrato con su empresa vinculada Perú Rail.
- El 7 de enero de 2003, Fermisac informó a Fetrans su solicitud de alquilar material tractivo y rodante, siendo respondida con información verídica sobre la falta de dichos activos por estar arrendada a Perú Rail.
- La Secretaria Técnica no toma en consideración la interpretación de la Circular N° 17, mediante el cual no se obliga a nuestra empresa a dar en alquiler los activos señalados, más aún cuando existen diversos proveedores (como el concesionario del tramo Centro) nacionales e internacionales.
- El alquiler del material en cuestión no es facilidad esencial para el acceso a la vía férrea, siendo que puede ser adquirida contemplando otras alternativas, más aún cuando Fermisac señaló que ya contaba con algunos activos que luego argumentó habersele sido negado.
- Nuestra empresa no ostenta posición de dominio, pues solo ejerce estrategias de eficiencia económica y empresarial, sin contravenir lo establecido en el Contrato de Concesión.

2.3 Principales pronunciamientos administrativos

- Con fecha 13 de junio de 2005, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 023-2005/ST-CLC, en virtud del cual recomendó a la Comisión declarar fundada la denuncia interpuesta por Fermisac e imponer a Fetransa una multa ascendente

a 209, 3 UIT, ello en razón de haberse negado a arrendar los bienes solicitados por Fermisac y otros potenciales operadores.

- En el 2006, la Secretaría Técnica emitió un segundo informe complementario, en el mismo sentido recomendò declarar fundada la denuncia en contra de Fetranza imponiéndole, esta vez, una multa ascendente a 168,35 UIT.
- En el interín del desarrollo del procedimiento en primera instancia, Fetran y Peru Rail presentaron descargos contradiciendo todas las imputaciones realizadas por la Secretaría Técnica y la GEE.
- El 4 de septiembre de 2006, la Comisión, mediante Resolución N° 064-2006/CLC declaró infundada la denuncia de oficio contra Fetran, así como la que fue interpuesta por Fermisac. Dicha Resolución fue notificada a las partes (Fersimsac y Fetran) el día 6 de septiembre de 2006, siendo que Ositran y el MTC tuvieron conocimiento de la decisión de Comisión mediante Oficio N° 131-2006/CLC-INDECOPI recién el 15 de septiembre de 2006.
- El 27 de septiembre de 2006, Fersimsac presenta recurso de apelación contra la referida Resolución, siendo declarada inadmisibile al no acreditarse el pago correspondiente a la tasa administrativa. Posteriormente, el 6 de octubre del 2006, Ositran se apersona al procedimiento y apela la Resolución N° 064-2006/CLC, sustentando su posición en que la Comisión habría interpretado de forma errónea la Circular N° 17, dejando de lado otras estipulaciones del Contrato de Concesión.
- Sin embargo, la Secretaría Técnica de la Comisión, mediante Oficio N° 162-2006/CLC-INDECOPI, informa a Ositran que ya el procedimiento administrativo había llegado a su fin, quedando firme el pronunciamiento de la Comisión, por lo que, al no ser parte del procedimiento, no corresponde tramitar apelación alguna.
- Ositran interpone recurso de queja contra la Comisión por afectación a su ejercicio legítimo de apersonarse al procedimiento y a su derecho a la contradicción en sede administrativa. Es así que el Tribunal, previo descargo de la Secretaría Técnica (por encargo de la Comisión) y revisión completa del expediente, emite la Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI, a través de la cual declara fundada la queja interpuesta por Ositran y dispone que se evalúe los argumentos del recurso impugnativo de apelación.
- Quedando abierta la discusión de la controversia, en el 2007, Fetran contrató el apoyo de una consultoría a fin de sustentar de manera especializada sus argumentos, por lo que entre el 15 de junio y el 2 de julio de 2007, tanto Fetran como Perú Rail presentaron escritos mediante los cuales justifican que Fetran

no ostenta posición de dominio, es más, que el ingreso de dos potenciales operadoras desmiente lo señalado por los diversos informes de la Secretaría Técnica y la GEE.

- Finalmente, el 2 de julio del 2007, el Tribunal de Indecopi revocó la Resolución N° 064-2006/CLC que declaró infundadas la denuncia de oficio y de parte interpuesta por Fermisac, imponiéndole una multa de 165,9 UIT a la dueña de la concesión, por infracción a los artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701. Asimismo, le ordenó a Fetrans, en calidad de medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler de material tractivo y rodante objeto del Contrato de Concesión, así como el cumplimiento del deber de no discriminación establecido en el numeral 7.6 del Contrato de Concesión.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Primer problema principal: ¿Es la medida correctiva ordenada por el Tribunal del Indecopi, mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, la más idónea para salvaguardar la libre competencia en el mercado ferroviario peruano?

3.1.1 ¿Cuál es la medida correctiva ordenada por el Tribunal del Indecopi, mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI?

Después de haber determinado la responsabilidad de Fetrans por haber cometido abuso de posición de dominio -manifestado en el hecho de usar como pretexto la suscripción de un contrato de arrendamiento con Peru Rail para negar de forma injustificada el alquiler de material tractivo y rodante a Fersimsac (o cualquier otro potencial operador)-, el Tribunal del Indecopi ordenó medidas correctivas.

En efecto, amparándose en las facultades de ordenar el cese de los comportamientos anticompetitivos e ilícitos, reconocidas por el Tribunal Constitucional⁴, esta agencia de competencia estimó pertinente corregir el efecto anticompetitivo de Fetrans mediante una medida correctiva, a nuestro entender, insuficiente.

Para ello, primero, distinguió entre **remedios estructurales** y **remedios conductuales** o de comportamiento⁵, precisando que estos últimos implican una obligación de hacer o no hacer. En tal sentido; y, siendo éstos últimos los aplicables al caso bajo análisis, ordenó **“el cese de la negativa injustificada de alquiler del**

⁴ F.j. N° 22 - Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006 / Expediente N° 1963-2006-PA/TC.

⁵ Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, numeral 112, p. 38.

material; y, el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur Oriente”⁶.

En este punto, cabe señalar una particular precisión que realiza el Tribunal, en tanto reconoce sus límites para intervenir o regular de forma excesiva la conducta empresarial de la empresa infractora, autolimitando su actuación lo más que se pueda, a fin de que no se vulnere el ejercicio de las libertades de empresa y de contratación con los agentes involucrados⁷.

3.1.2 ¿Cuál es el objetivo de la medida correctiva ordenada por el Tribunal?

El objetivo de esta medida correctiva es evitar que Fetrans vuelva a ejercer abuso de su posición de dominio en el mercado de alquiler de los activos necesarios para operar en el Ferrocarril Sur Oriente, y que, en consecuencia, sirva de **apalancamiento para impedir la libre competencia** en el mercado de prestación del servicio de transporte ferroviario, extendiendo su posición de dominio indebido a ese ámbito, pues el potencial operador tendrá que recurrir a alternativas muy onerosas y de irrecuperable inversión. Es decir, el Tribunal pretendió que, la posibilidad de alquilar no se niegue injustificadamente no solo al denunciante que dio origen al procedimiento (Fersimsac), sino también a cualquier potencial operador que quiera entrar al mercado ferroviario peruano.

Al respecto señaló (...) ***“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”⁸***, por lo que, a aquellos potenciales operadores que, en futuro, se les niegue el alquiler, podrán denunciar la conducta como incumplimiento de la medida correctiva señalada.

Cabe precisar que el Tribunal no estableció un mandato particular, toda vez que, mediante Resolución N° 072-2006/CLC, la Comisión resolvió declarar inadmisibles el recurso de apelación presentado por Fersimsac.

Lo que se pretende proteger es la libre competencia en la prestación del servicio de transporte pues, el alquiler del material, total o parcialmente, no se encuentra prohibido por el Contrato de Concesión.

3.1.3 Idoneidad de la medida correctiva

Ahora bien, ¿es esta medida correctiva la más idónea para salvaguardar la libre competencia en el mercado de prestación de servicio de transporte ferroviario? o, por

⁶ Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, numeral 118, p. 41.

⁷ Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, numeral 115, p. 39.

⁸ Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, numeral 118, p. 41.

el contrario, deja abierta la posibilidad de que se mantenga el abuso de posición de dominio no solo en el servicio de alquiler de material, sino que este escale al servicio de transporte de pasajeros y carga. Para responder este cuestionamiento, es preciso señalar los posibles escenarios de las consecuencias de su aplicación.

Por ejemplo, supongamos que, en cumplimiento de la medida correctiva ordenada, Fetrans acepte la solicitud de alquiler de material tractivo y rodante a un potencial operador, no obstante, como el mandato sólo fue el cese de la negativa injustificada de alquiler de material, se va a seguir dejando a discreción de Fetrans el establecer los términos y condiciones de sus respectivos contratos de alquiler, por lo que, como es evidente y acorde a sus intereses, alquilará a su empresa vinculada Perurail a un precio significativamente bajo.

Entonces, seguiremos frente a un mercado con condiciones no competitivas, pese a cumplirse con la medida correctiva. Sobre el particular, debemos remitirnos a las conclusiones a las que arribó la GEE en su Segundo Informe sobre la rentabilidad que tendría un futuro proveedor del servicio de transporte ferroviario frente a una inminente estrategia de reducción de costos del referido servicio por parte del grupo económico Fetrans - Perurail. Pues bien, la GEE señala 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 del alquiler, lo que podría ocurrir únicamente a favor de Perurail, al ser su empresa vinculada”**⁹,

Basta observar cómo se presenta el escenario en la actualidad, pues si bien hay dos empresas que entraron a competir con Perurail: Inca Rail S.A.C. y Andean Railways Corp. S.A, ambas tuvieron que fusionarse para hacerle frente al mercado con condiciones poco competitivas, funcionando desde el 2013 como una sola firma bajo el nombre de *Inca Rail*, cuya participación actual en el mercado es de aproximadamente el 33%¹⁰.

La particularidad de una **necesaria fusión** en la que tuvieron que participar las dos empresas, por ejemplo, no la tuvo en consideración Fernández-Baca Llamosas quien, en un su estudio realizado el 2012¹¹, expone las actividades que realizan los dos nuevos operadores como la “mejor prueba” de la posibilidad de adquirir dicho material, presentándola como una “alternativa rentable”. Es más, señala que **“el mercado contraste entre los hechos y la historia que cuenta el informe de la Secretaría Técnica revela la importancia de investigar con mayor profundidad los argumentos que presentan las partes, con el fin de emitir un juicio objetivo”**¹²

⁹ Informe N° 011-2006/GEE

¹⁰ Informe de Desempeño 2020 - Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente

¹¹ La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), 233-250

¹² La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), p. 250.

Cabe señalar que las empresas fusionadas adquirieron material rodante propio, por lo que ni siquiera se contempló la posibilidad de solicitar el alquiler a Fetrans, pues resulta evidente que los términos y condiciones de un probable contrato de arrendamiento no resultaría un escenario favorecedor. Es decir, tuvieron que recurrir a la **estrategia de fusionarse** para permanecer en el mercado de transporte ferroviario, situación que no se presentaría en todos los potenciales operadores.

Si bien según el Informe de Desempeño elaborado anualmente por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos del Ositran, Fetrans y su empresa vinculada Perurail establecieron una renta de alquiler mínima de USD 20.000 mensuales, a nuestro entender, es una fijación de precios meramente “formal”, pues esta no se encuentra regulada, siendo pactados de mutuo acuerdo entre las partes; por lo que sus decisiones se encuentran condicionadas en favor de sus intereses como empresas pertenecientes al mismo grupo económico.

Arribar a estas conclusiones nos lleva a reflexionar sobre la insuficiencia en el contenido de la medida correctiva ordenada por el Tribunal. En ese sentido, en este apartado nos atrevemos a plantear un par de alternativas que debieron haber sido consideradas entre los argumentos del Tribunal para justificar su decisión de declarar responsable a Fetrans.

3.1.4 Propuesta de medida correctiva menos gravosa

Así pues, la medida correctiva debió haber sido redactada en el siguiente tenor:

“ (...) 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, respecto a la equidad de servicios solicitados por los potenciales operadores, contemplándose, entre ellos, el servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el tramo del Ferrocarril Sur Oriente peruano, bajo términos y condiciones equitativas en los contratos de arrendamiento que suscriba con los potenciales operadores del servicio de transporte ferroviario”¹³. (énfasis agregado)

Con el establecimiento de la obligación de suscribir contratos de arrendamiento en igualdad de condiciones, se hubiese podido atenuar la posición de dominio sobre el servicio de alquiler de material, evitando con ello que sirva de apalancamiento para ejercer abuso de dominio en el servicio de transporte ferroviario, pues si Perurail y otros potenciales operarios están sujetos a los mismos términos y condiciones de arrendamiento, estos últimos también podrían reducir precios sin que Perurail pueda beneficiarse más de la cuenta.

¹³ Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, numeral 118, p. 41.

En la línea de ejercer la función regulatoria y supervisora sobre el servicio de alquiler, consideramos que otra manera de lograrlo es a través del otorgamiento de la condición de **“facilidad esencial”** al referido servicio, ya que, al no estar incluido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, no se encuentra sujeta a la regulación de tarifa del servicio de alquiler, como si lo está el acceso a la vía férrea. No siendo el propósito del presente acápite extenderse en las posibles alternativas que pudo haber tomado en consideración el Tribunal al emitir su fallo, la posibilidad de considerar el servicio de alquiler como “facilidad esencial” será analizado en los párrafos posteriores.

3.2 Segundo problema principal: ¿Considerar el servicio de alquiler de material tractivo y rodante como “facilidad esencial” cambiaría la decisión del Tribunal del Indecopi, adoptada mediante Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI?

3.2.1 ¿Qué se entiende por la condición de “facilidad esencial”?

3.2.1.1 Regulación normativa

El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (en lo sucesivo, Rema) tiene alcance respecto de todas aquellas “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” (artículo 6), estableciendo **condiciones de acceso**, en específico, “licencias, seguros, fianzas, requisitos técnicos de seguridad o logísticos, reglas de conducta, horarios, requisitos sobre aspectos ambientales u otros similares, que no son más que **términos que se exigen a cambio del Acceso**”.

Este cuerpo normativo se fundamenta en una de las principales funciones de OSITRAN, ya que, a efectos de promover un escenario de competencia en la prestación de servicios esenciales, establece requisitos y parámetros de obligatorio cumplimiento por parte de las Entidades Prestadoras (operadoras principales en virtud de un contrato de concesión), así como los operadores secundarios o intermediarios para el acceso al mercado de transportes.

Es así que, en el Anexo N° 1 del Rema se establece la lista de las Facilidades Esenciales; de igual manera, en el Artículo 9 de dicha normativa se define como **“aquella instalación o infraestructura de transporte de uso público o parte de ella, que cumple con las siguientes condiciones: a) Es administrada o controlada por un único o un limitado número de Entidades Prestadoras; b) No es eficiente ser**

duplicada o sustituida; c) El acceso a ésta es indispensable para que los Usuarios Intermedios realicen las actividades necesarias para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.”

Ahora bien, si queremos establecer un marco de definición más preciso, podemos citar a la doctrina norteamericana, ya que, al analizar casos similares al que estamos analizando, ha definido a una “facilidad esencial” como una *instalación, infraestructura, servicio o insumo que cumple con las siguientes condiciones*¹⁴:

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; y,

ii) Su reproducción es, sino imposible, sumamente difícil por razones técnicas y/o económicas.

Incluso, la Secretaría Técnica de la Comisión señaló que una de las características inherentes a una facilidad esencial es que, además de las ya mencionadas, el titular de la supuesta facilidad tenga posición de dominio, es decir, control sobre el recurso que se considera esencial.¹⁵

Antes de analizar si el servicio de alquiler de los bienes solicitados por Fersimsac se puede o no subsumir a las características de la condición de “facilidad esencial”, primero, expondremos la situación nacional y extranjera en torno al desarrollo de esta doctrina, a efectos de que, posteriormente, podamos tener mayor alcance de las consecuencias de asignar dicha condición al referido servicio.

3.2.1.2 La doctrina de las facilidades esenciales

En nuestro país, la doctrina de las facilidades esenciales no ha tenido vasto desarrollo académico ni jurisprudencial, siendo la autoridad administrativa, por ejemplo, Indecopi, el único referente de desarrollo a través de sus decisiones. Ahora bien, en la doctrina nacional algunos autores se han referido a este concepto, tal es el caso de Baldo Kresalja Roselló y Eduardo Quintana Sánchez, quienes realizan un estudio de la historia de este concepto y su recepción en nuestro país.

Del mismo modo, Alfredo Ugarte Soto, describe el panorama del desarrollo y avance doctrinal y jurisprudencial respecto a la libre competencia y su relación con la institución de las facilidades esenciales, así como el abuso de posición dominante que

¹⁴ LIPSKY, Abbott y SIDAK, Gregory. *Facilidades esenciales*, En: Ius Et Veritas. Año XIV, No 27. Lima, diciembre de 2003, págs. 143 y ss.

¹⁵ Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, numeral 46 y ss.

realizan determinadas empresas en el mercado; para tal fin, describe las características, condiciones y requisitos para determinar cuando, en una estructura de libre competencia, nos encontramos frente a las denominadas “**essential facilities**”.

Contrario a nuestra situación, la doctrina extranjera sí ha desarrollado dicho concepto con mayor amplitud. A modo de ejemplo, podemos citar a Abbott Lipsky y Gregory Sidday, quienes nos brindan un importante aporte sobre la regulación de esta institución en los Estados Unidos, así como las consecuencias de su regulación. Sus aportes académicos fueron de gran aporte para los fundamentos de la Corte norteamericana al momento de analizar casos de conductas restrictivas y monopólicas castigadas en virtud del *Sherman Act*.

A raíz del procedimiento iniciado contra Fetrans, es importante traer a colación las opiniones de los agentes involucrados, tales como la Secretaría Técnica, el Ositran y el mismo Tribunal, ya que, de la revisión de los principales fundamentos, se ha evidenciado que el concepto y sus implicancias no están del todo claras, tan es así que el Tribunal no ha analizado dicho argumento, esbozado por la empresa denunciada Fetrans a propósito de la presentación de sus descargos.

La revisión del tratamiento de la doctrina, la normativa peruana y los principales pronunciamientos administrativos de la doctrina de las facilidades esenciales, nos van a permitir tener claro las principales características, a fin de corroborar si el servicio de alquiler de material tractivo y rodante puede ser subsumido en esta definición y, por ende, promover su inserción en el Rema, con el objetivo de que su tarifa se encuentre regulada, siendo otra alternativa viable que permita evitar que el ejercicio abusivo de la posición de dominio por parte de Fetrans en este mercado escale al servicio de transporte ferroviario.

3.2.2 ¿Cuáles son las consecuencias de otorgar la condición de “facilidad esencial” a un bien o servicio en el mercado ferroviario peruano?

A través del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte, aprobado mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 014-2003-CD/OSITRAN, el organismo regulador Ositran establece disposiciones que regulan la naturaleza de las facilidades esenciales en los distintos sectores del transporte público. Si bien en el Anexo 1 del Reglamento se verifica una lista taxativa de los bienes que tienen esta calificación, tales como la *línea férrea, los patios de maniobras, los desvíos y las estaciones ferroviarias de carga y descarga de mercancías; y, embarque y desembarque de pasajeros*, ello no implica, de modo alguno, que Ositran pueda, de oficio o a pedido de parte, calificar un bien como “facilidad esencial”. Entonces, ¿qué implicancias tiene otorgar la condición de *facilidad esencial* a un bien o servicio?; ¿el Ositran tiene las facultades para establecer la regulación económica del servicio de alquiler del material en cuestión?

Respecto al primer cuestionamiento, es posible señalar dos principales consecuencias. A saber, la primera implica la regulación de la tarifa de servicio de alquiler *-tal como sucede con la regulación de la tarifa de acceso a la vía férrea-*; por lo que las condiciones del precio del arrendamiento serán fijados, siendo equitativos para todo operador que pretenda su ingreso al mercado de prestación de servicio de transporte ferroviario. Dicha situación gatillará la segunda consecuencia: la disminución de las prácticas colusorias, monopólicas y anticompetitivas por parte de las empresas que ostentan posición de dominio en un determinado mercado; en nuestro caso, el que ostenta Fetrans en el mercado de alquiler de locomotoras y vagones con capacidad de operar en el Ferrocarril Sur Oriente.

Ahora bien, respecto a si Ositran tiene las facultades para otorgar la condición esencial a un determinado bien, servicio o infraestructura, y, por ende, regular la tarifa del servicio de alquiler del material, es posible corroborar dicha prerrogativa. La misma que proviene no sólo de su normativa de creación, 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, sino también de su finalidad de procurar el bienestar de los usuarios a través de la promoción de la competencia en la prestación de servicios.

Habiendo determinado las implicancias positivas de la asignación de la condición de las facilidades esenciales y la habilitación de Ositran para calificar a un bien o servicio como tal, corresponde determinar si el servicio de alquiler cumple con las condiciones antes señaladas.

Pues bien, en atención a lo señalado precedentemente, es evidente que el servicio de alquiler de material *-con capacidad para operar el tramo del Ferrocarril Sur Oriente-* es un recurso indispensable para brindar el servicio de transporte de pasajeros y carga, más aun teniendo en cuenta las especificidades técnicas que necesitan los activos en el tramo Cusco - Hidroeléctrica - Machupicchu (el ser de trocha angosta, por ejemplo).

Asimismo, este material sólo puede ser provisto por un proveedor: Fetrans, en tanto es la única alternativa viable en términos de rentabilidad, en contraste con la adquisición de material propio de proveedores extranjeros o la adecuación de material de trocha ancha a trocha angosta, razón por la cual cumple con la segunda condición: no es factible de ser sustituida técnica o económicamente para proveer un servicio esencial como el de transporte.

Para cuestionar lo mencionado, Fetrans señaló que no se encontraría obligado a prestar el servicio de alquiler, toda vez que el mismo órgano regulador no le brindó la condición de facilidad esencial porque consideró que los materiales pueden ser adquiridos libremente por otros agentes económicos, incluso *-señala la empresa denunciada-* la propia Secretaría Técnica confundió los conceptos de facilidad

esencial y recurso importante, por lo que erróneamente le atribuyó este último calificativo al referido servicio.

Sobre el particular, cabe señalar que Ositran no ha esgrimido entre sus argumentos que la mejor alternativa es adquirir libremente el material tractivo y rodante por los distintos agentes económicos y que, por ello, no se debería considerar como facilidad esencial. Si esa fuera la línea de su argumento, no hubiera presentado recurso impugnativo de apelación ni hubiera llevado el proceso a las últimas instancias. Asimismo, no hubiera promovido el inicio de un procedimiento administrativo sancionador al advertir que Fetrans estaba infringiendo las normas de libre competencia en el desarrollo de sus actividades, sujetas a fiscalización.

En la misma línea de defensa y bajo el argumento de que el servicio de alquiler **no** es una facilidad esencial, Fetrans señala que la “equidad en servicios” y la prohibición de trato discriminatorio entre los operadores que soliciten “servicios equivalentes”, a la que se refiere la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, hace alusión a la igualdad de condiciones al momento de permitir el acceso a la vía férrea, más a no al servicio de alquiler. La equidad en la prestación de los servicios, bajo una interpretación sistemática del Contrato, también se refiere al servicio de alquiler, caso contrario no se hubiera establecido el pago de una retribución por este concepto. Lo que pretendió hacer Fetrans, es más bien, una interpretación antojadiza para atenuar su responsabilidad.

La finalidad de poner la administración de la estructura ferroviaria peruana en manos de los privados fue desarrollar un eficiente mercado competitivo del servicio de transporte. Nuestro sistema regulatorio que reprime prácticas abusivas y restrictivas de la competencia es enfático en prohibir la articulación vertical, por ello, se busca que una misma empresa no realice la actividad de administración de una estructura y, a la vez, participe como operador del servicio que se administra. Con la modificación del contrato de concesión, mediante Circular N° 17, si bien se permitió que la empresa adjudicataria (Fetrans) constituyera una persona jurídica que participe en el mercado como operador, no se pretendió, de ningún modo, que dicha situación tenga carácter permanente, sino no tendría sentido establecer tarifas de retribución que debe pagar cada operador entrante.

Se priorizó, en ese momento, la continuidad de la prestación del servicio a fin de no propiciar pérdidas económicas. Ello no le quita el fin de **promoción de la competencia** que tiene el Estado en la prestación de los servicios públicos en general. Entonces, la recuperación de las inversiones privadas depende de cada empresa, que desplegarán sus mejores estrategias comerciales para, no solo recuperar, sino obtener utilidades del negocio en el que se desarrollan.

Si las consecuencias de atribuir la condición de “facilidad esencial” al servicio de alquiler de material tractivo y rodante es una alternativa viable para hacerle frente al abuso de posición de dominio, ¿por qué el Tribunal, al emitir su decisión, no se

pronunció sobre este argumento? En los párrafos posteriores se expondrán algunas razones, sujetas a discusión, evidentemente.

3.2.3 ¿Por qué el Tribunal del Indecopi no desarrolló este argumento expuesto por la empresa Fetrans?

Compartiendo los argumentos escuetos que señaló la Secretaria Técnica en sus dos informes técnicos, el Tribunal reconoció sus limitaciones para establecer una medida correctiva idónea, pues no pretendía incidir excesivamente en la esfera de la empresa infractora ni tampoco pretendía invadir las competencias del ente regulador al respecto. En efecto, el Tribunal decidió no desarrollar dicho concepto y optó por basar su decisión en la interpretación de las cláusulas del Contrato de Concesión, dictando medidas correctivas que, de forma general, evitarían el comportamiento abusivo de la empresa infractora.

La medida correctiva, como ya se mencionó, ordena el cese de la negativa injustificada de alquilar el material tractivo y rodante a potenciales operadores que pretendan ingresar al mercado de prestación de servicio de transporte de pasajeros y carga; sobre esta medida correctiva podemos encontrar en la doctrina posiciones contrapuestas.

Por ejemplo, los autores Rivas Franchini, Gómez Apac y Mejía Trujillo, en su estudio sobre el los efectos nocivos de la privatización de las actividades ferroviarias en el tramo Cusco- Hidroeléctrica - Machupicchu, señalan que *“Si Fetrans tiene que alquilar parte del Material a una tercera empresa (en condiciones similares al alquiler con Perurail), esta tercera empresa y Perurail van a competir en la prestación del servicio de transporte de carga y de pasajeros, y esta competencia va a beneficiar a todos los consumidores que utilizan el FSO, que es lo que busca la Constitución y los DL 690 y 701”*¹⁶

Sin embargo, cabe disentir al respecto, ya que, aun evitando la negativa injustificada de alquilar el material necesario, se va a mantener el margen de discreción por parte de Fetrans de establecer los términos y condiciones de los contratos de arrendamiento, con lo que, trayendo nuevamente a colación lo señalado por el GEE, ante una estrategia de reducción de precios, la imposición de esta obligación no será suficiente para evitar el riesgo de continuar en un mercado en condiciones anticompetitivas. Puesto que, bajo el argumento de la autonomía privada y la libertad determinación del programa contractual entre las partes, estaríamos expuestos ante un trato discriminatorio entre Perurail y los demás solicitantes del servicio de alquiler.

¹⁶ Eda Rivas Franchini / Hugo Gómez Apac / Gianfranco Mejía Trujillo. Abuso de Posición de Dominio en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente. En Derecho y Sociedad, págs. 250 y ss.

Entonces, la alternativa de considerar a este servicio como facilidad esencial se presenta como la más viable, a fin de que se encuentre regulado económicamente para que los potenciales operadores accedan al material en condiciones equitativas y preestablecidas.

Sobre el particular, si bien el Tribunal no tiene competencia para atribuir dicha condición a un bien o servicio, si consideramos que debió pronunciarse sobre este aspecto, pues en su calidad de agente de competencia con facultades para reprimir las conductas anticompetitivas debió emitir previamente su opinión, dejando el camino para que el ente regulador actúe en el marco de sus competencias.

Así es, en virtud de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 y sus modificatorias, así como el Reglamento General de Ositran, este ente regulador, a través de su Consejo Directivo, se encuentra habilitado para ejercer su función normativa y reguladora. De esa manera, podrá emitir normativa de carácter general que se refiere a la lista de los bienes o servicios considerados como facilidad esencial.

En efecto, la regulación económica del servicio de alquiler es plenamente posible por parte de Ositran a través de la modificación de su normativa. Al encontrarse regulado en el Rema, se va a tener el servicio de alquiler como una condición de acceso que, al igual que la tarifa de acceso a la vía férrea, va a tener que constar en un **contrato de acceso pactado mutuamente**, por lo que el arrendamiento del material resultará indispensable y fijado

Ahora, en el supuesto de que exista falta de acuerdo entre las partes, no se llegue a suscribir el contrato oportunamente y, por ende, se dilate maliciosamente el inicio de las operaciones, el ente regulador Ositran cuenta con herramientas; por ejemplo, establecer un mandato de acceso temporal que permitirá suplir la voluntad de las partes cuando no se llegue a un acuerdo que permita la libre competencia en el mercado ferroviario.

Un argumento contrapuesto a lo mencionado podría ser el hecho de que haya un exceso de oferta en el servicio, es decir, que se desnaturalice la competencia intramodal al haber muchos competidores queriendo entrar al mercado; sin embargo, consideramos que el escenario de un mercado con los suficientes competidores va a ser previamente evaluado por un potencial operador entrante, pues va a decidir su inserción en base a al porcentaje de participación que tendría en dicho mercado.

Ahora bien, la Secretaría Técnica consideró un escenario en donde las partes no llegaron a un acuerdo, por lo que planteó alternativas como el alquiler del 50% del material cuando sólo un operador de transporte solicite el servicio, o, de menos del 50% cuando son dos o más operadores que llegaran a solicitar el material; para tal fin, propone establecer los precios que de arrendamiento por paquetes, tanto

entregados a Perurail como a los demás operadores y así evitar que se fijen precios prohibitivos.

No obstante, los resultados de estas posibles soluciones tienen el mismo efecto que otorgar la condición de facilidad esencial al servicio de alquiler, ya que en dicho escenario también se pretende regular económicamente el servicio, solo que por la vía más idónea y por el ente regulador competente.

3.3. Tercer problema principal: ¿La Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI fue válidamente emitida por el Tribunal del Indecopi?

Ahora bien, el cuestionamiento de la Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI surge a raíz de lo alegado en contra de la Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI que declaró fundada la queja interpuesta por Ositran y, por ende, admitió a trámite la apelación interpuesta por este regulador, con lo que se encuentra en tela de juicio si el Tribunal, mediante la resolución bajo análisis, debió emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia o no. Para determinar ello, es necesario dilucidar tres aspectos. Primero, si la Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI desarrolló argumentos sólidos que permitan defender su validez; segundo, si la apelación presentada por Ositran cumplía con los requisitos de la normativa; y, finalmente, si Ositran gozaba de legitimidad para presentar recurso impugnativo.

3.3.1 Argumentos esgrimidos en la Resolución 1825-2006/TDC-INDECOPI

En atención a la queja interpuesta por Ositran contra la Comisión, La Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi, mediante Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI, determinó la incurrancia de la Comisión en algún defecto de tramitación respecto a dos cuestiones: 1) la notificación de la resolución que puso fin a la instancia y 2) la tramitación del recurso de apelación interpuesto por Ositran contra la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC que exime de toda responsabilidad a Fetrans.

Pues bien, el recurso de queja es un remedio procesal que actualmente se encuentra normado en el artículo 169° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, ya que establece que, 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 respectiva¹⁷.

En tal sentido, cuando un administrado advierte defecto en la tramitación de un procedimiento, queda expedito su derecho de acudir al superior jerárquico de la autoridad que emitió la resolución que le causó agravio a fin se subsane la inactividad procedimental injustificada o la desviación en la tramitación del expediente.

En el presente caso, Ositran alegó no haber sido notificado debidamente con la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, en tanto tuvo conocimiento de la decisión de la Comisión mediante un oficio remitido por la Secretaría Técnica, vulnerándose su derecho a apersonarse en el procedimiento y presentar sus descargos como parte del procedimiento.

La Sala de Defensa declaró fundada la queja interpuesta y ordenó tramitar la apelación presentada por Ositran - en tanto el procedimiento ya se encontraba en dicha instancia-, sustentando su decisión, a nuestro entender, en tres principales argumentos. El primero se refiere a la naturaleza de los procedimientos administrativos sancionadores¹⁸. Al respecto señaló que es válida 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”**¹⁹, por lo que pueden apersonarse al procedimiento en el momento que consideren pertinente.

El segundo, hace mención a la condición de parte del Ositran y su legitimidad para obrar en el procedimiento. Sobre ello, la Sala de Defensa argumenta que Ositran debió haber sido notificado con la Resolución que pone fin al procedimiento, ya que, si fue notificado con la imputación de cargos (de conformidad con el considerando tercero de la parte resolutive de la Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC), no hay razón que justifique el impedimento de notificación por la vía idónea de los demás actuados, máxime cuando la decisión de la autoridad afecta sus intereses, sustenta

¹⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL** aprobado por **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS**

Artículo 169.- Queja por defectos de tramitación

169.1 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.

169.2 La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad que tramita el procedimiento, citándose el deber infringido y la norma que lo exige. La autoridad superior resuelve la queja dentro de los tres días siguientes, previo traslado al quejado, a fin de que pueda presentar el informe que estime conveniente al día siguiente de solicitado.

169.3 En ningún caso se suspenderá la tramitación del procedimiento en que se haya presentado queja, y la resolución será irrecurrible.

167.4 La autoridad que conoce de la queja puede disponer motivadamente que otro funcionario de similar jerarquía al quejado, asuma el conocimiento del asunto.

169.5 En caso de declararse fundada la queja, se dictarán las medidas correctivas pertinentes respecto del procedimiento, y en la misma resolución se dispondrá el inicio de las actuaciones necesarias para sancionar al responsable.

(Texto según el Artículo 158 de la Ley N° 27444)

¹⁸ Resolución N° 1825-2006/ TDC-INDECOPI, página 3 y ss.

¹⁹ Resolución N° 1825-2006/ TDC-INDECOPI, página 6 y ss.

dicho argumento en el reconocimiento de la legitimidad para obrar derivada de la Ley de Procedimiento Administrativo General y el Decreto Legislativo N° 701.

Un tercer argumento esbozado por Sala tiene que ver con el tratamiento brindado al recurso de apelación interpuesto por Ositran, ya que, la denegatoria fue comunicada mediante un mero Oficio expedido por la Secretaría Técnica y no por la Comisión (órgano funcional que tiene competencia exclusiva sobre la materia) sin profundizar sobre las cuestiones importantes, tales como la legitimidad para obrar, el plazo para interponer recurso impugnativo, notificación a las partes por a vía idónea, entre otros.

A efectos de determinar si la Resolución que resuelve la queja interpuesta por Ositran no adolece de un vicio de nulidad, es menester determinar brevemente si cumple con los requisitos de validez de los actos administrativos establecidos en el artículo 3 de la LPAG. Así pues, con respecto a la competencia, es posible advertir que la Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI fue emitida por el órgano funcional facultado en razón de materia y competencia: la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal. En efecto, de conformidad con el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, esta Sala es el órgano competente para pronunciarse sobre los reclamos, quejas y recusaciones contra la Comisión de Libre Competencia.

Ahora, con relación al objeto o contenido del acto administrativo, de lo expuesto precedentemente, se verifica que la Resolución N° 1825-2006/TDC-INDECOPI resuelve adecuadamente las cuestiones controvertidas, toda vez que para determinar el defecto de notificación de la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC y la indebida tramitación del recurso de apelación contra esta última, expone argumentos suficientes como la legitimidad para obrar de Ositran, la naturaleza de un procedimiento administrativo sancionador y la participación de terceros con legítimo interés, sustentada en la normativa correspondiente, ello con el fin de determinar la condición de parte del ente regulador. De igual modo, si bien brevemente, pone en manifiesto el desvío del conducto regular por el que Ositran tuvo conocimiento de la Resolución impugnada, haciendo una interesante acotación sobre los efectos de notificación.

Al ser un recurso de queja resuelto en el plazo establecido y por el órgano competente, es posible concluir que fue emitido en cumplimiento de un procedimiento regular y con la debida motivación. Finalmente, esta Resolución resuelve una controversia de importancia particular, pues determina la vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva, en específico la manifestación del derecho a la defensa de Ositran al brindarle la posibilidad de que sus argumentos sean valorados y analizados, siendo el evento gatillador que permitirá el pronunciamiento por parte del Tribunal del fondo de la controversia.

3.3.2 Ositran y su competencia para ser parte de un procedimiento administrativo sancionador

3.3.2.1 ¿Ositran gozaba de legitimidad para presentar recurso impugnativo?

Uno de los argumentos de la Sala de Defensa es la cuestionada legitimidad para obrar del Ositran, ya que se apersonó al procedimiento a efectos de cuestionar la resolución que declara infundadas las denuncias de oficio y de parte contra Fetrans, eximiendo de responsabilidad a esta última. Es en ese contexto que nos preguntamos si Ositran realmente gozaba de legitimidad para presentar un recurso impugnativo y, por ende, tener la condición de parte en el procedimiento administrativo sancionador

Para responder ello, es necesario remitirnos a la norma de creación de este ente regulador. En efecto, el numeral 7.1° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios Públicos, establece la competencia exclusiva de Ositran para desempeñar acciones de fiscalización y supervisión de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, para ello se encuentra facultado para velar por el cumplimiento de los contratos de concesión que celebre el Estado concedente y las empresas concesionarias (Entidades Prestadoras), el fin que subyace dicha labor se centra en la protección de los intereses estatales, puesto que Ositran protege intereses difusos, en específico la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios públicos, recogido en el artículo 65 de nuestra Constitución.

Sobre el particular, Baldo Kresalja y César Ochoa, definen los intereses difusos como aquellos que *“se caracterizan por pertenecer a muchos en común o a una serie indeterminada de individuos de difícil determinación, configurando auténticos intereses de la sociedad; lo difuso es el grupo humano y no el interés mismo”*²⁰. Ositran tiene la importante misión de realizar acciones conducentes a promover una real y efectiva competencia en el mercado vinculadas a la infraestructura nacional de transporte público.

Ahora bien, si bien se está determinando el interés colectivo que subyace las funciones realizadas por Ositran, es preciso también señalar una consideración importante, la misma que se refiere al Aporte por Regulación. Pues bien, según el artículo 10 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, cada entidad reguladora recibirá de las empresas y entidad bajo su ámbito un **aporte por regulación** “el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido

²⁰ Kresalja Baldo, Ochoa César. *Derecho Constitucional Económico*, Colección “Lo esencial del Derecho” N° 8. En: Fondo Editorial PUCP. Lima, 2019, pág. 47.

el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito”²¹

Este aporte por regulación permite que los Organismos Reguladores reciban una contribución a fin de que cumplan efectivamente el desarrollo de sus actividades. Entonces, habiendo señalado que Ositran no solo persigue el cumplimiento de intereses difusos sino también propios que benefician su actividad, es evidente que tenía legítimo interés para que en el mercado ferroviario peruano se establezcan condiciones de competencia óptimas, alentando la competencia intramodal en este rubro, de lo contrario, a menor cantidad de Entidades Prestadoras, se reduciría el monto del aporte por regulación.

Teniendo legítimo interés para apersonarse a un procedimiento, debido a que sus intereses se encontraban siendo perjudicados, como el instaurado en contra de Fetrans, es válido su apersonamiento, de conformidad con los artículos 61° y 118° de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

En la misma línea, corresponde señalar que la facultad para iniciar un procedimiento administrativo sancionador cuando advierta incumplimiento a las normas legales en materia de su competencia, no sólo proviene de su norma de creación, sino también del mismo Contrato de Concesión suscrito entre el Estado peruano y Fetrans. Así es, el numeral 7.6 del Contrato establece claramente lo siguiente:

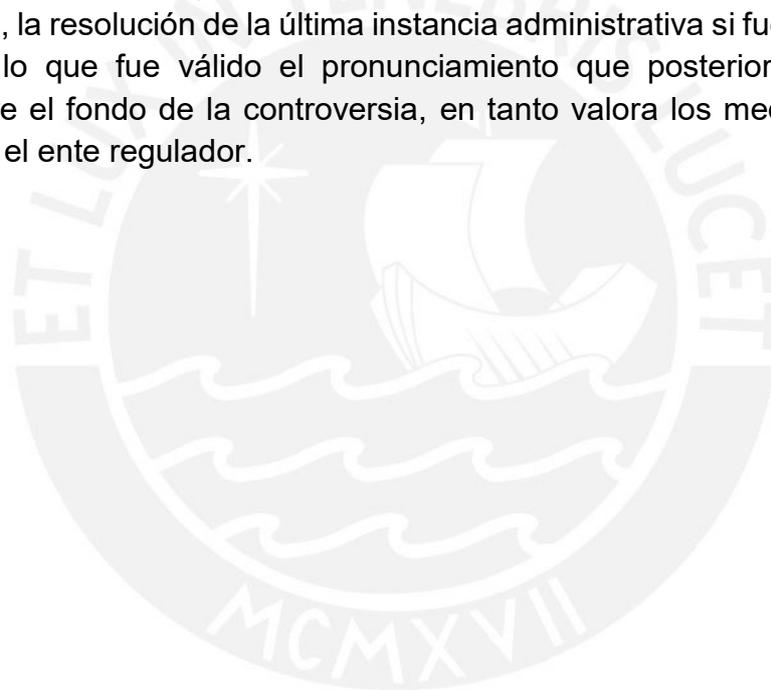
*“7.6. **Equidad en Servicios.** El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara 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 procedimientos ante INDECOPI, en caso consideren que el Concesionario esta 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.”*

²¹ Ley Macro de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332

[Énfasis agregado]

De igual modo, si Ositran fue notificado con la imputación de cargos como parte del procedimiento, reconocido en la parte resolutive de la resolución de primera Instancia emitida por la, ¿porque no fue notificado de la misma manera con la resolución que declara infundadas las denuncias de oficio y de parte? Consideramos que, en este aspecto, la Comisión dejó erróneamente a Ositran fuera del procedimiento, cuando si debió ser notificado con todos los actuados del procedimiento, en tanto se ha acreditado su condición de parte y legitimidad para obrar en un procedimiento que afectaba su legítimo interés, más aún cuando, en reiteradas ocasiones se le requirió información para un mejor resolver.

Por lo tanto, coincidimos con la Sala de Defensa al permitir la reversión de la situación perjudicial en la que colocó a Ositran mediante la resolución impugnada. En tal sentido, la resolución de la última instancia administrativa si fue correctamente emitida, por lo que fue válido el pronunciamiento que posteriormente emite el Tribunal sobre el fondo de la controversia, en tanto valora los medios probatorios ofrecidos por el ente regulador.



IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La medida correctiva dictada por el Tribunal de Indecopi no es idónea para salvaguardar la libre competencia en el mercado ferroviario peruano, toda vez que su contenido es insuficiente, por lo que se plantean dos alternativas: replantear la redacción o incluir el servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad para operar en el FSO como facilidad esencial, a efectos de que su tarifa sea regulada.
2. El objetivo de la medida correctiva ordenada por el Tribunal es evitar que el ejercicio abusivo de la posición de dominio en el mercado relevante de servicio de alquiler del material escale al mercado de prestación de servicio de transporte de pasajeros y carga en el tramo Cusco – Hidroeléctrica – Machu Picchu, se prioriza proteger la competencia en este rubro y no la recuperación de la inversión privada, cuestión que depende de cada empresa.
3. Con la propuesta de reformulación de la medida correctiva, la decisión del Tribunal se mantiene; sin embargo, si representaría una opción de medida correctiva mejor delimitada, ya que implicaría el involucramiento del ente regulador.
4. El servicio de alquiler de material tractivo y rodante, con capacidad de operar en el tramo del Ferrocarril Sur Oriente si debería ser calificado como una facilidad esencial por parte de Ositrán, entidad que debe ejercer su función reguladora y normativa. Con el desarrollo de ese argumento si bien la decisión del Tribunal se hubiera mantenido, la motivación hubiese sido mejor desarrollada, es decir, no cambia el sentido del fallo, pero si la calidad en la motivación de los argumentos que lo sustentan.

5. Las consecuencias de otorgar la condición de facilidad esencial al servicio de alquiler de material tractivo y rodante son evidentemente positivas, ya que permite la fijación de su tarifa y su regulación en un contrato de acceso, a efectos de que no se establezcan términos y condiciones desiguales y abusivos.
6. Ositran sí gozaba de legitimidad para ser parte del procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de Fetrans al demostrarse su legítimo interés, por lo que sus argumentos de contradicción expuestos en su recurso de apelación fueron oportunamente analizados y valorados por la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi.
7. La resolución que resuelve el recurso de queja y admite a trámite el recurso de apelación de Ositran si cumple con los requisitos de validez establecidos en la LPAG, razón por la cual el Tribunal estaba expedito de pronunciarse sobre los argumentos de Ositran planteados en su apelación y resolver el fondo de la controversia, siendo válida la resolución analizada a lo largo del presente informe.

V. POSICIÓN INDIVIDUAL

La actuación de la agencia de competencia, a través de las actuaciones emitidas por el Tribunal del Indecopi, resultan fundamental para el desarrollo de precedentes administrativos que representen insumos para el análisis de casos en donde se evidencie un abuso en el ejercicio de la posición de dominio, sobre todo en un escenario de monopolio como el transporte ferroviario peruano en el Sur Oriente peruano. Si bien compartimos la decisión final del Tribunal al declarar responsable a la empresa Fetrans, es suma importancia analizar los principales argumentos que sustentan la decisión. La medida correctiva ordenada en la resolución que pone fin a la controversia en sede administrativa resulta insuficiente, pues nos sigue manteniendo en un mercado con condiciones anticompetitivas, Con lo desarrollado en el presente informe se pretende brindar un aporte crítico que permita seguir reflexionando sobre los pronunciamientos de nuestras autoridades, mas aun cuando afectan intereses públicos.

VI. BIBLIOGRAFÍA:

ALFREDO UGARTE SOTO

2013. Facilidades esenciales y abuso de posición dominante. *Revista De Derecho-Universidad Católica del Norte. Sección Estudios Año 20, N° 2, p. 233-268.*

BALDO KRESALJA ROSELLO, EDUARDO QUINTANA SÁNCHEZ

2012. La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú. p. 59-89.

BALDO KRESALJA ROSELLÓ, CESAR OCHOA

2019. *Derecho Constitucional Económico, Colección "Lo esencial del Derecho" N° 8.* En: Fondo Editorial PUCP. Lima, pág 47.

COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1998 Ley de Supervisión del Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los servicios de Transporte Aéreo, Ley N° 26917.

<https://www.ositran.gob.pe/anterior/wp-content/uploads/2017/12/MNR08 - LEY N 26917 - LEY DE OSITRAN1.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2000 Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.

<https://www.sunass.gob.pe/wp-content/uploads/2020/09/Ley-N%C2%BA-27332-Ley-Marco-de-Organismos-Reguladores..pdf>

EDA RIVAS FRANCHINI / HUGO GÓMEZ APAC / GIANFRANCO MEJÍA TRUJILLO

2012 Abuso de Posición de Dominio en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente. En *Derecho y Sociedad*, págs. 250 y ss.

FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, J.

2012. La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), 233-250. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13506>.

GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

2006 Informe N° 011-2006/GEE

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI)

2013 Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Disponible

en: https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI)

2021 Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1940636/Texto%20integrado%20ROF%20Indecopi.pdf?v=1623369303>

LIPSKY, ABBOTT y SIDAK, GREGORY

2003 Facilidades esenciales, En: Ius Et Veritas. Año XIV, No 27. Lima, diciembre de 2003, págs. 143 y ss.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

2003 Resolución del Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN. Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y sus modificatorias. Lima, 23 de septiembre de 2003.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

2020 Informe de Desempeño 2020 - Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente. Gerencia de Regulación y Estudios Económicos. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1987977/id-2020-ferrocarril-sur-sur-oriente.pdf>

SECRETARÍA TÉCNICA - COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI

2005 Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, numeral 46 y ss.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2006 Expediente N° 1963-2006-PA/TC. Caso Dino. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2020 Expediente N.° 01484-2015-PA/TC. Disponible en: <https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/STC%20EXPEDIENTE%20N%C2%BA01484-2015-AA-TC LALEY.pdf>

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

2007 Sala de Defensa de la Competencia: Resolución N° 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-03-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)¹.

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)², 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 Ositran 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 Fersimsac³ 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

¹ Con número de R.U.C.: 20432747833

² 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.

³ 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 férrea⁴ y el alquiler del material⁵; y,

⁴ 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.

⁵ 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 UIT⁶. 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-Perurail⁷; 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.

⁶ 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.

⁷ 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, Fetrans⁸ 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)⁹ 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;

⁸ Fetrans ha presentado adicionalmente Informes elaborados por su empresa asesora, Apoyo Consultoría S.A.C.

⁹ Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 014-2003/CD-OSITRAN



RESOLUCIÓN N° 1122-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 010-2004/CLC
EXPEDIENTE N° 012-2004/CLC
(Acumulados)

- 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 Constitución¹⁰ y el artículo 1354° del Código Civil¹¹, 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

¹⁰ 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.

¹¹ 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 recibió¹².
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"¹³. 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

¹² 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 alienten 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.

¹³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo XXV. Bibliográfica Omeba, Editores-Librerías. 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.

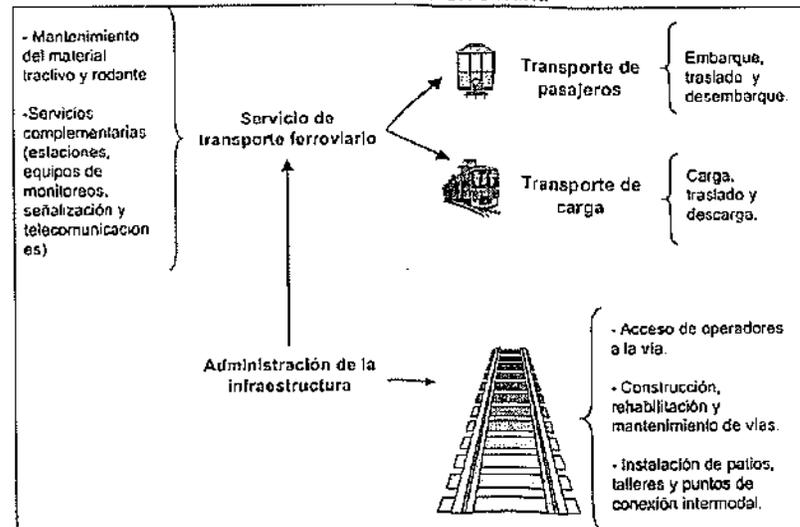
Delimitación del Mercado Relevante

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).¹⁴ 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.

¹⁴ KOGAN, Jorge H (editor). *Releves 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 andenes¹⁵; 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 terraplenes¹⁶, puentes, túneles, rieles y durmientes¹⁷; y, (iv) la instalación de infraestructura

¹⁵ 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.

¹⁶ 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).

¹⁷ 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 intermodal¹⁸.

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^{19 20}.
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 aplicables²¹, la Concesión para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los bienes de la Concesión²², para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria²³, y para la prestación de servicios de transporte ferroviario²⁴ y de servicios complementarios²⁵ en el área matriz²⁶.

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. (visitada el 9 de junio de 2005).

- ¹⁸ 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.
- ¹⁹ Locomotoras, autovagones, vagones, coches de pasajeros, jaulas de carga, entre otros.
- ²⁰ 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).
- ²¹ 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.
- ²² 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.
- ²³ 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.
- ²⁴ 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 de²⁷:
- Ferrocarril del Sur (Tramos Matarani-Arequipa, Arequipa-Juliacá, 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 intramodal²⁸. Según el Informe N° 003-2000-INDECOPI/CLC del 14 de agosto de 2000, las alternativas para trasladarse desde Cusco hacia Machupicchu²⁹ – especialmente en el tramo de Piscaycucho-Hidroeléctrica – serían limitadas, no constituyendo sustitutos cercanos del transporte ferroviario, por lo que la competencia intermodal³⁰ resulta casi inexistente.³¹ 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.

- ²⁵ 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 explotar los Servicios Complementarios directamente a través de terceros con quien contrate para ello.
- ²⁶ 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.
- ²⁷ Cláusula 2.4 del Contrato de Concesión.
- ²⁸ 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.
- ²⁹ 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).
- ³⁰ 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.
- ³¹ 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-OSITRAN: 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.³² 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 competitivo³³.
33. Sobre la base de esta modificación, Fetrans constituyó la empresa Perurail³⁴, encargada de prestar el servicio de transporte de pasajeros y

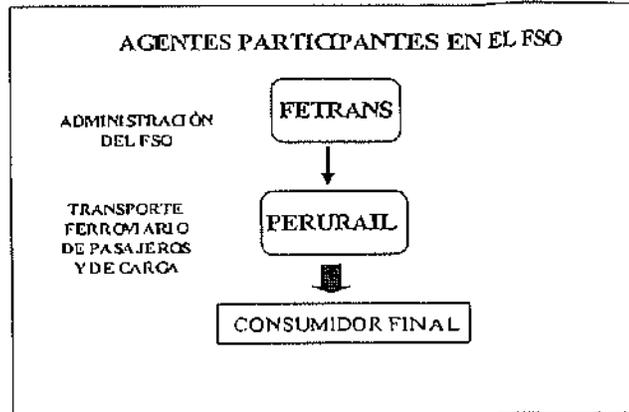
³² Ver numerales 125 – 130, 144 – 145 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

³³ Ver numerales 121 – 124, 152 – 153 del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

³⁴ 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

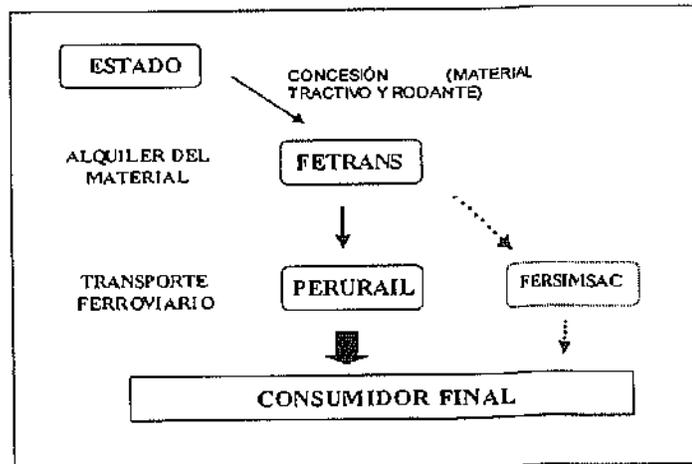


Elaboración: ST-SDC/INDECOPI

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 N° 1122-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 010-2004/CLC
EXPEDIENTE N° 012-2004/CLC
(Acumulados)

004884

Peruano. En estos términos, la Comisión delimitó el mercado relevante³⁵.

36. Si bien la delimitación del mercado relevante no fue materia de impugnación, Fetrans – en respuesta a la apelación interpuesta por Ositrán – cuestionó la delimitación del mercado relevante que había realizado la Comisión en la Resolución N° 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

³⁵ 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 N° 064-2006/CLC.

nivel de competencia que puede afrontar un incumbente frente a potenciales competidores en un mercado.³⁶

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.³⁷*

³⁶ TYE, William. *The Theory of Contestable Markets. Applications to regulatory and antitrust problems in the rail industry*, New York, Greenwood press, p. 2 – 3

³⁷ 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 Técnica³⁸.
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 mercado³⁹.
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

³⁸ 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.

³⁹ Conclusión del informe Nº 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 Fetrans⁴⁰, en el Informe N° 011-2006/GEE⁴¹ 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

⁴⁰ En el Informe presentado por Apoyo del 30 de mayo de 2005, que obra a fojas 1863 – 1905 del Expediente.

⁴¹ 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 hundido⁴² incurrido; y, (iii) una importante inversión que, en principio, sólo podría ser recuperable en un período 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

⁴² 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-e.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.

prescindencia 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 FSO⁴³, 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 Concesión⁴⁴. 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 transporte⁴⁵. 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.

⁴³ Debe tenerse que 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.

⁴⁴ 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. (...)"

⁴⁵ 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.⁴⁶
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° 701⁴⁷ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 Perurail⁴⁸, 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.⁴⁹

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 ley⁵⁰, 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

⁴⁸ "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 resulta 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.

⁴⁹ Ver numeral 256 y ss. del Primer Informe de la Secretaría Técnica.

⁵⁰ Constitución Política del Perú.- Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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 mercado⁵¹:

"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)

⁵¹ Fundamento Jurídico Nº 22 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre de 2006, en el Expediente Nº 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")⁵².
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

⁵² 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"⁵³.

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

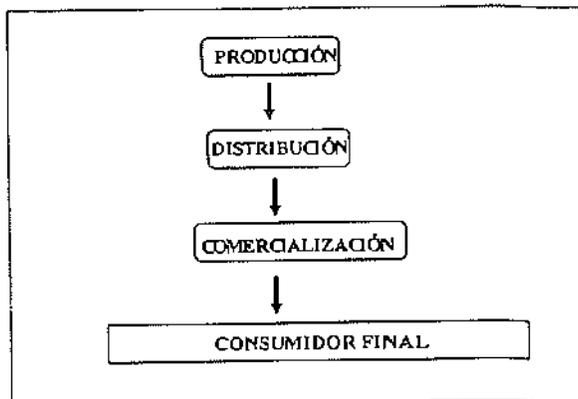
75. La Comisión consideró en la Resolución apelada que, pese a que se había comprobado que Fetrans se negó a arrendar el material a Fersimsac, dicha conducta no resultaba sancionable bajo el Decreto Legislativo N° 701, toda vez que el Contrato de Concesión amparaba al

⁵³ 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.⁵⁴
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 Especial⁵⁵, 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

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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 Nº 1122-2007/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE Nº 010-2004/CLC
EXPEDIENTE Nº 012-2004/CLC
(Acumulados)

004895

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 Concesionario⁵⁶.

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

⁵⁶ "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 conservación⁵⁷ 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 carga⁵⁸ 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

⁵⁷ “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.

⁵⁸ 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 Cassagna 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 Resolución⁵⁹.
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 – Perurail⁶⁰, 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

⁵⁹ "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

⁶⁰ 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 interés⁶¹, 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

⁶¹ 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 finales⁶².

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 exclusiva.
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*⁶³, 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:

⁶² DIEZ ESTELLA, La Doctrina del Abuso en Los Mercados Conexos: Del "Monopoly Leveraging" a las "Essential Facilities", p. 23.

⁶³ *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/alphabetic.cfm?letter=F>, 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 justificada⁶⁴.

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°

⁶⁴ 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^{65 66}.
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

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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 condiciones⁶⁷.

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 competencia⁶⁸. En tal sentido, las

⁶⁷ 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 7º. Constatación y cese de la infracción.-

1. Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constata 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).

⁶⁸ 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 supervisión⁶⁹.

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 discriminatorias⁷⁰ –, con la finalidad de favorecer a un operador, respecto del cual Fetrans pueda tener interés, como es el caso de Perurail⁷¹.
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."

- ⁶⁹ 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
- ⁷⁰ "(...) 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.
- ⁷¹ 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).



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 23º 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 cometido⁷². 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 General⁷³.

⁷² 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 decisiones 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.

(...)

⁷³ 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 escasez⁷⁴. 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 señalados⁷⁵, 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.

- ⁷⁴ Ejercicios teóricos han demostrado que mercados con estructura monopolística 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.)

- ⁷⁵ 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 carterero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

43/46

esperado por el agente infractor, estimado en S/ 2 289 551,89 equivalente a 663,3 UIT⁷⁶, 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 detección⁷⁷ 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 UIT⁷⁸.

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.

⁷⁶ 1 UIT 2007 = S/. 3 450.
663,3 UIT = S/ 2 289 551,89

⁷⁷ La probabilidad de detección considerada fue de 100% debido a las grandes implicancias económicas del caso.

⁷⁸ 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° 807⁷⁹, 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.

⁷⁹ 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