

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica N° 10-2004/CLC y 12/2004/CLC, E-1243, procedimiento iniciado de oficio y a instancia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC)

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar por el Título de Abogado que presenta:

Moises Aaron Chire Palacios

REVISOR:

Lucio Andrés Sánchez Povich

Lima, 2024



INFORME DE SIMILITUD

Yo **Lucio Andrés Sánchez Povich**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/ el trabajo de investigación titulado:

Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica N° 10-2004/CLC y 12/2004/CLC, E-1243, procedimiento iniciado de oficio y a instancia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC)

del/ de la autor (a)/ de los(as) autores(as)

Moises Aaron Chire Palacios

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **34%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **22/02/2024**.
- 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.

Lugar y fecha: **Lima, 26 de junio de 2024**

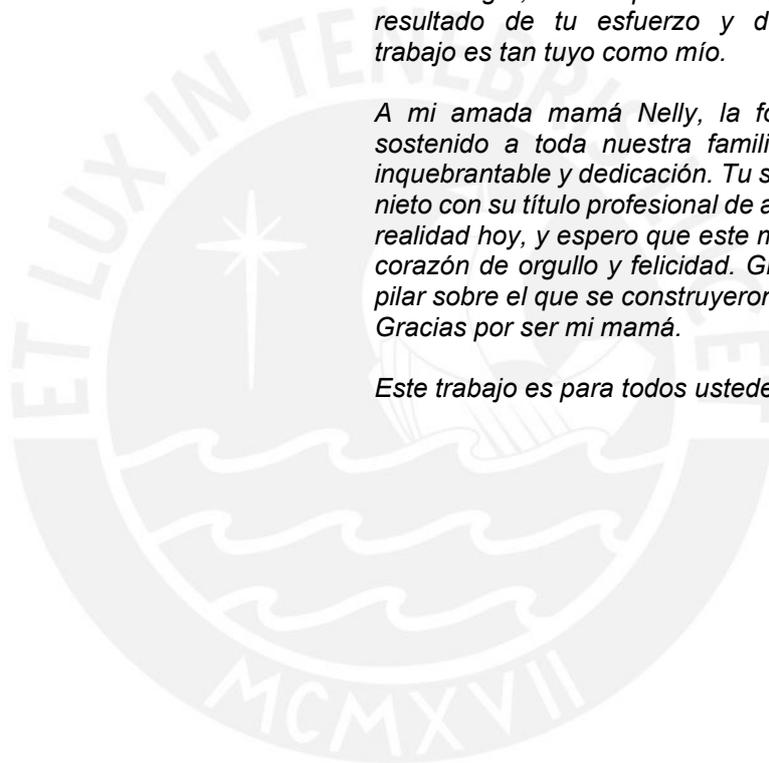
Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Sánchez Povich, Lucio Andrés	
DNI: 43460854	 Firma
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

Este trabajo está dedicado a mi papá Lalo, quien me dio estabilidad y seguridad cuando más las necesitaba. A mis hermanos, Fabiola y Diego, pues nada hubiera sido posible sin su apoyo en este extenso camino.

A mi mamá Jessica, una de las mujeres más fuertes que conozco. Realizaste enormes sacrificios para brindarnos a mis hermanos y a mí la oportunidad de una educación. Tu amor incondicional y tu apoyo nos han guiado en los momentos más difíciles y lo seguirán haciendo. Cada logro, cada paso hacia adelante, es resultado de tu esfuerzo y dedicación. Este trabajo es tan tuyo como mío.

A mi amada mamá Nelly, la fortaleza que ha sostenido a toda nuestra familia con su amor inquebrantable y dedicación. Tu sueño de ver a tu nieto con su título profesional de abogado se hace realidad hoy, y espero que este momento llene tu corazón de orgullo y felicidad. Gracias por ser el pilar sobre el que se construyeron nuestras vidas. Gracias por ser mi mamá.

Este trabajo es para todos ustedes.



RESUMEN

El presente trabajo de investigación está motivado en la presunta existencia de una conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante en la modalidad de negativa injustificada de trato llevada a cabo por Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANSA) en relación con el servicio de arrendamiento del material tractivo y rodante concesionado. El presente informe tiene como objetivos determinar (i) si FETRANSA tenía posición de dominio en el mercado relevante correctamente definido; (ii) si la Sala de Defensa de la Competencia (Sala) interpretó el contrato de concesión del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente atribuyéndose facultades que no tiene; (iii) si el uso efectivo de la totalidad del material arrendado era una justificación válida para la negativa de arrendar el material tractivo a Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu (FERSIMSAC); y (iv) si la Sala podía ordenar como medida correctiva que FETRANSA cumpla la cláusula 7.6 de su contrato de concesión. Para ello, se evaluarán los criterios generales para definir el mercado relevante y determinar la existencia de posición de dominio de un agente, los métodos y la facultad para interpretar los contratos, los elementos a considerar para evaluar la conducta de negativa injustificada, así como los alcances de la facultad de imponer medidas correctivas que tenía la Sala. Las principales conclusiones extraídas son que la Sala habría determinado incorrectamente el mercado relevante; asimismo, habría excedido sus facultades al interpretar el contrato de concesión del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente, y al no estar facultado para ordenar el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión. Finalmente, la Sala debió admitir como válida la justificación de FETRANSA de que la totalidad del material tractivo y rodante concesionado estaba siendo utilizado efectivamente.



ÍNDICE ANALÍTICO

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	HECHOS RELEVANTES	5
A.	¿De qué trata este expediente?	5
B.	Hechos del caso que dieron origen al expediente	5
C.	Posición de las partes	9
i.	POSICIÓN DE FERSIMSAC	9
ii.	POSICIÓN DE INDECOPI	10
iii.	POSICIÓN DE FETRANSA	14
iv.	POSICIÓN DE APOYO CONSULTORÍA	16
v.	POSICIÓN DE PERURAIL	18
D.	Resolución de la CLC: Primera instancia	19
E.	Recurso de apelación del OSITRAN	20
F.	Resolución de la Sala: Segunda instancia	21
III.	CUESTIÓN PREVIA: MARCO TEÓRICO Y LEGAL	22
i.	Aspectos de la concesión del Ferrocarril del Sur y Sur - Oriente	22
ii.	Sobre la naturaleza y tipo de “concesión” del Ferrocarril del Sur - Oriente	25
iii.	Marco normativo en el sector ferroviario	27
iv.	Sobre el arrendamiento del material tractivo y rodante del Ferrocarril Sur - Oriente	29
IV.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	31
A.	PRIMER PROBLEMA: ¿FETRANSA tenía posición de dominio en el mercado relevante adecuadamente definido?	32
i.	¿Cómo se debe determinar el mercado relevante?	32
ii.	¿Cómo se determina la existencia de una posición de dominio?	37
iii.	¿En qué se equivocaron la Sala y la Comisión? ¿Cuál es el mercado relevante adecuadamente determinado?	38
B.	SEGUNDO PROBLEMA: ¿La Sala interpretó el contrato de concesión del FSO excediendo sus facultades?	46
i.	Sobre la interpretación contractual	46
ii.	Sobre la función de interpretación de contratos de concesión ¿Qué entidad tiene dicha función?	49
iii.	¿La Sala interpretó el contrato de concesión del FSO?	51
iv.	¿La Sala excedió sus facultades legales?	54
C.	TERCER PROBLEMA: ¿El uso efectivo de la totalidad del material arrendado era una justificación válida para la negativa de trato a FERSIMSAC?	56
i.	¿Cómo se evalúan las negativas injustificadas a contratar?	56
ii.	¿Cuál fue la justificación de FETRANSA para la negativa? ¿Cuál fue el análisis de la Sala?	59
iii.	¿FETRANSA tenía una justificación válida para la negativa?	60
D.	CUARTO PROBLEMA: ¿La Sala podía ordenar el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión?	64

i.	¿Cuál es el marco normativo general de las medidas correctivas? ¿Qué tipo de medidas correctivas existen?.....	64
ii.	¿La Sala tenía facultades para imponer cualquier tipo de medida correctiva?.....	66
iii.	¿La Sala estaba facultada para dictar las medidas correctivas que ordenó a FETRANSA?.....	70
V.	CONCLUSIONES.....	71
A.	Primer problema: ¿FETRANSA tenía posición de dominio en el mercado relevante adecuadamente definido?.....	71
B.	Segundo problema: ¿La Sala interpretó el contrato de concesión del FSO excediendo sus facultades?.....	72
C.	Tercer problema: ¿El uso efectivo de la totalidad del material arrendado era una justificación válida para la negativa de trato a FERSIMSAC?.....	72
D.	Cuarto problema: ¿La Sala podía ordenar el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión?.....	72
VI.	BIBLIOGRAFÍA.....	73
VII.	ANEXOS	76



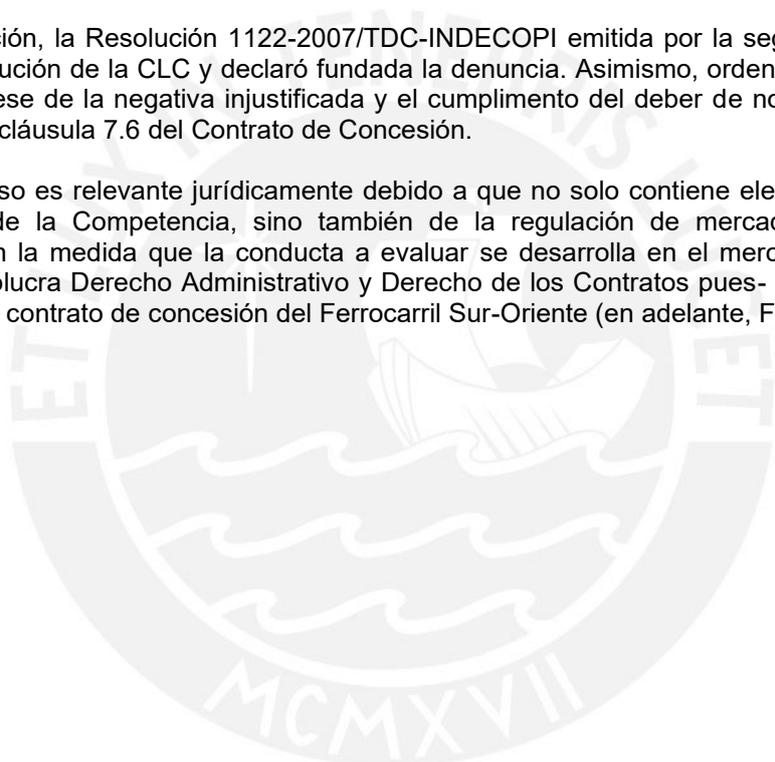
I. INTRODUCCIÓN

Entre 2006 y 2007, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) resolvió uno de los casos de libre competencia más interesantes en aplicación del Decreto Legislativo 701. Este caso fue motivado por una denuncia en contra de Ferrocarril Transandino (en adelante, FETRANSA) por abuso de posición dominante en la modalidad de negativa injustificada a contratar. Este caso es particularmente interesante debido a que la autoridad en primera y segunda instancia tuvieron decisiones opuestas que motivaron un extenso y enriquecedor debate académico y jurídico.

La Resolución 064-2006-INDECOPI/CLC emitida por la Comisión de Libre Competencia (en adelante, Comisión o CLC) declaró infundada la denuncia en contra de FETRANSA y recomendó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) establecer un procedimiento que fomente la competencia en el servicio de alquiler del material tractivo y rodante.

En contraposición, la Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI emitida por la segunda instancia revocó la resolución de la CLC y declaró fundada la denuncia. Asimismo, ordenó como medida correctiva el cese de la negativa injustificada y el cumplimiento del deber de no discriminación recogido en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión.

El presente caso es relevante jurídicamente debido a que no solo contiene elementos propios del Derecho de la Competencia, sino también de la regulación de mercados o Derecho Regulatorio, en la medida que la conducta a evaluar se desarrolla en el mercado ferroviario. Asimismo, involucra Derecho Administrativo y Derecho de los Contratos pues- como veremos- se interpretó el contrato de concesión del Ferrocarril Sur-Oriente (en adelante, FSO).



II. HECHOS RELEVANTES

A. ¿De qué trata este expediente?

1. El presente expediente involucra dos procedimientos administrativos sancionadores que posteriormente fueron acumulados. El primer procedimiento fue iniciado de oficio y el segundo por la denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu (en adelante, FERSIMSAC). Ambos en contra de FETRANSA, concesionario de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente, por presuntamente haberse negado injustificadamente a contratar con FERSIMSAC, empresa prestadora de servicios de transporte ferroviario.
2. En resumen, los hechos denunciados fueron los siguientes:
 - a. El abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el servicio de alquiler de material tractivo y rodante con la empresa FERSIMSAC para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente, conducta que infringiría el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
 - b. El abuso de posición de dominio en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante contra la empresa FERSIMSAC y cualquier otro potencial operador, conducta que infringiría el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.
3. La Secretaría Técnica de la CLC (en adelante, Secretaría o ST) y FERSIMSAC iniciaron los procedimientos sancionadores independientemente, pero estos fueron acumulados por la Comisión al estar estrechamente vinculados. La Comisión admitió a trámite los procedimientos mediante la Resolución 067 y 074-2004-INDECOPI/CLC, respectivamente.
4. En líneas generales, la defensa de FETRANSA se basó principalmente en que (i) no contaban con posición dominante en el mercado relevante adecuadamente determinado y (ii) que no existió una negativa injustificada a contratar, debido a que sí existían justificaciones para la negativa.
5. Mediante la Resolución 064-2006-INDECOPI/CLC, la Comisión declaró infundada la denuncia de oficio de FERSIMSAC y recomendó al MTC establecer un procedimiento que fomente la competencia en el servicio de alquiler de material tractivo y rodante que forme parte de los bienes concesionados.
6. Dicha resolución fue apelada por el OSITRAN, el cual solicitó que se revoque la decisión y se declare fundada la denuncia. De acuerdo con este, la Comisión había desconocido la finalidad pro competitiva de múltiples estipulaciones del contrato de concesión y la circular 17. Asimismo, indicó que FETRANSA no utilizaba todo el material tractivo alquilado, por lo que INDECOPI debería sancionar su conducta.
7. Finalmente, mediante la Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, Sala) decidió revocar la decisión de primera instancia y declarar fundada la denuncia en contra de FETRANSA por negativa injustificada a contratar. Asimismo, impuso a FETRANSA una multa de 165.9 UIT y le ordenó en calidad de medida correctiva el cese de la negativa injustificada de alquiler y el cumplimiento del deber de no discriminación de la cláusula 7.6 del contrato de concesión.

B. Hechos del caso que dieron origen al expediente

8. En 1998 el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en ENAFER convocó la Licitación Pública Especial Internacional para la Entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente.
9. Esta tuvo como objetivo concesionar la administración de la infraestructura vial ferroviaria, así como los servicios de transporte ferroviario¹. Esta concesión también comprendía el material rodante y tractivo operativo que era propiedad de ENAFER.
10. El 15 de marzo de 1999, mediante la Circular 17 se señaló que el concesionario debía garantizar que contaba con un operador de servicios de transporte ferroviario, pudiendo constituir una persona jurídica que actúe como operador ferroviario para dichos efectos.
11. Finalmente, en julio de ese año FETRANSA obtuvo la concesión del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente por un plazo de 30 años en la modalidad de autosostenible.
12. El 20 de septiembre de 1999, FETRANSA y PERURAIL suscribieron un contrato de acceso que establecía las condiciones bajo las cuales FETRANSA garantizaba a PERURAIL el permiso para usar determinadas vías del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente, y también ponía a disposición de PERURAIL la totalidad del material tractivo y rodante concesionado.
13. El 30 de diciembre de 2002, mediante la Resolución Directoral 009-2002-MTC/14, el MTC otorgó a FERSIMSAC el permiso de operación ferroviario para la prestación del servicio de transporte de pasajeros y de carga en el FSO, Tramo Cusco-Machu Picchu-Hidroeléctrica por un periodo de vigencia de un año. Asimismo, se le otorgó un plazo de treinta días hábiles para presentar la copia del contrato vigente de derecho de acceso a la línea férrea que haya celebrado con FETRANSA, así como las copias de las pólizas de seguros correspondientes.
14. El 17 de enero de 2003, FERSIMSAC formalizó con FETRANSA la solicitud de alquiler de material tractivo y rodante, así como el acceso a las estaciones ferroviarias de la empresa con la finalidad de operar en la ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica. Dicha comunicación incluyó como anexo el material tractivo y rodante, así como las estaciones que necesitaría para poder operar².
15. El 24 de enero de 2003, FETRANSA dio respuesta a la solicitud de FERSIMSAC solicitando las pólizas de seguro según el Contrato de Concesión y el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, evidencia de su estructura financiera y la de sus accionistas, así como sobre la capacidad de proporcionar garantías financieras, ya que en virtud del Contrato de Concesión, FETRANSA era responsable de la operación debida, segura y correcta de cualquier operador³.
16. Al respecto, FETRANSA indicó que no contaba con material tractivo y rodante disponible, pues su totalidad había sido arrendado a PERURAIL, conforme al contrato que fue oportunamente presentado al OSITRAN. Finalmente, adjunta un borrador del contrato de acceso de vía.
17. El 12 de febrero de 2003, FERSIMSAC contestó indicando que cumplió con enviar las pólizas de seguros al MTC, las evidencias económicas solicitadas, y que adjuntó un borrador con los términos de referencia para que sea revisado y se fije fecha para la suscripción del contrato⁴.
18. El 24 de febrero de 2003, FETRANSA envió una carta a FERSIMSAC indicando que era necesario tener más información sobre los servicios que quería prestar, horarios y frecuencias, capacidad financiera para asumir la garantía, entre otros. Además, señaló

¹ Bases de la licitación.

² Carta GG/GG-010-FC SANTUARIO 2003.

³ Carta 013-GL/FETRANSA.

⁴ Carta GG/GG-016-FC SANTUARIO 2003.

que sería necesario realizar una inspección técnica del material tractivo y rodante que sería operado.

19. Debido a que aún no se había suscrito el contrato de acceso con FETRANSA, el 25 de febrero de 2003, mediante la Resolución Directoral 016-2003-MTC/14, el MTC amplió por 30 días hábiles adicionales el plazo otorgado a FERSIMSAC para cumplir con el requerimiento de información de la Resolución Directoral 009-2002-MTC/14.
20. El 26 de febrero de 2003 FERSIMSAC envió una carta s/n a FETRANSA indicando que consideraban que habían cumplido con los requisitos establecidos en el numeral 7.3 del Contrato de Concesión para celebrar contratos de acceso. Con lo cual, rechazaban la exigencia de requisitos no contemplados en la legislación o el contrato. Asimismo, indicaron que consideraban válido iniciar las operaciones y tras ello cumplir con las exigencias previstas en el numeral 12.2 del Contrato de Concesión.
21. El 28 de febrero FERSIMSAC envía una carta⁵ indicando que la información que enviaron voluntariamente mediante la carta GG/GG-016-FC. Santuario-2003 no era indispensable para suscribir el Contrato de Acceso de acuerdo con la normativa vigente y el Contrato de Concesión. Así, la información requerida por el artículo 13 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles y el numeral 12.2 del Contrato de Concesión deberá ser presentada en forma previa a la prestación efectiva de los servicios de transporte, luego de que se haya suscrito el respectivo Contrato de Acceso.
22. El 19 de marzo, a petición de FERSIMSAC, OSITRAN aprobó mediante la Resolución 003-2003-CD/OSITRAN⁶ un mandato de acceso temporal por el plazo de seis meses. En consecuencia, ordenó el acceso temporal en los horarios y frecuencias solicitadas en base a los términos y condiciones de dicha resolución. Sin embargo, se indicó que ello no era título suficiente para la prestación del servicio de transporte, ya que se debía cumplir con los requisitos del Reglamento Nacional de Ferrocarriles y del numeral 12.2 del Contrato de Concesión.
23. Considerando lo anterior, FERSIMSAC solicitó al MTC un plazo adicional para presentar la información pendiente. Mediante la Resolución Directoral 034-2003-MTC/14 del 08 de mayo de 2003, el MTC amplió el plazo para presentar la información hasta el 30 de junio de 2003.
24. El 13 de mayo, FERSIMSAC envió una carta a OSITRAN solicitando que realice acciones para garantizar el cumplimiento de FETRANSA de la cláusula 7.6 relativa al principio de equidad, ya que la concesionaria negaba la posibilidad de que se alquile material tractivo y rodante beneficiando exclusivamente a su operador vinculado PERURAIL⁷.
25. El 10 de junio, FERSIMSAC envió una carta a FETRANSA incluyendo un cuadro detallado de los horarios propuestos para operar en la ruta Cusco – Hidroeléctrica, los cuales se basaron en los horarios alcanzados por FETRANSA⁸.
26. El 20 de junio, FERSIMSAC envió una comunicación⁹ a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC para absolver su requerimiento del contrato de acceso con FETRANSA o, en su defecto, el mandato de acceso definitivo por parte de OSITRAN. FERSIMSAC indicó que el mandato de acceso temporal sustituiría al mandato de acceso definitivo, no debiendo diferenciar entre estos. Asimismo, solicitó la extensión del plazo otorgado por la Resolución Directoral 009-2002-MTC/14 a 6 meses para otorgar la

⁵ Carta GG/GG-020-FC.Santuario-2003.

⁶ Esta resolución fue objeto de un recurso de reconsideración interpuesto por FETRANSA. Sin embargo, el Consejo Directivo confirmó su decisión mediante la Resolución 004-2003-CD/OSITRAN del 23 de abril de 2003.

⁷ Carta GG/GG 50 FC SANTUARIO 2003.

⁸ Carta 045-2003/ADP/FETRANSA con recepción de FERSIMSAC del 26 de mayo de 2003.

⁹ Carta GG/GG-063-FC.Santuario 2003.

información requerida, debido a que FETRANSA aún no habría definido las frecuencias que usaría FERSIMSAC.

27. El 14 de julio del 2003, mediante la Resolución Directoral 054-2003-MTC/14, el MTC declaró la caducidad del Permiso de Operación Ferroviaria que se otorgó a FERSIMSAC, basados en la causal prevista en el inciso c) del artículo 10 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles, referida a la no prestación de servicios de transporte de pasajeros y/o carga por un plazo mayor de seis meses.
28. El 01 de agosto de 2003, el OSITRAN presentó informes al INDECOPI y solicitó su opinión respecto a la existencia de un posible abuso de posición dominante de FETRANSA en contra de FERSIMSAC, con relación a su solicitud de alquiler del material tractivo y rodante concesionado, conducta que estaría impidiendo su acceso a la línea férrea¹⁰.
29. El 04 de agosto de 2003, OSITRAN respondió a la carta del 13 de mayo de FERSIMSAC¹¹ e indicó que la materia de su solicitud no formaba parte de las competencias del OSITRAN, siendo INDECOPI la entidad competente de garantizar el cumplimiento del principio de equidad del Contrato de Concesión. Asimismo, informó que se solicitó al INDECOPI su opinión.
30. Ante ello, la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI elaboró el Informe 055-2004/GEE¹² cuyo objetivo era analizar las condiciones de entrada al mercado de servicios de transporte de pasajeros en el Ferrocarril Sur-Oriente y absolver la consulta de OSITRAN respecto a la aplicación de las normas de libre competencia al alquiler de material tractivo y rodante en las concesiones de ferrocarriles.
31. En este informe se evaluaron las condiciones de entrada en dicho mercado y se determinó que para la prestación del servicio de transporte ferroviario en dicho tramo, difícilmente podría considerarse la compra del material tractivo y rodante como un sustituto de su alquiler¹³. Asimismo, se determinó que en caso haya existido una negativa, esta debería estar justificada, no siendo la existencia de un contrato de alquiler entre empresas vinculadas un impedimento real para la entrada de un nuevo competidor mediante el alquiler del material¹⁴.
32. El 26 de agosto de 2003, el MTC declaró infundada la apelación que interpuso FERSIMSAC en contra de la Resolución Directoral 054-2003-MTC/14, que caducó su Permiso de Operación Ferroviario.
33. El 27 de agosto de 2004, FERSIMSAC presentó al INDECOPI una denuncia en contra de FETRANSA por abuso de posición de dominio motivada por la negativa reiterada de atender su solicitud de alquiler del material tractivo y rodante concesionado.¹⁵
34. El 20 de octubre de 2004, la Secretaría Técnica emitió el Informe Técnico 035-2004-INDECOPI/ST-CLC analizando el presunto abuso de posición dominante de FETRANSA.
35. En líneas generales, la Secretaría concluyó que el mercado relevante sería el alquiler de material tractivo y rodante concesionado a FETRANSA ubicado en la Región Cusco (Perú), y que la empresa podría haber abusado de su posición de dominio al negarse

¹⁰ Mediante Oficio 362-03-GG-OSITRAN se presentó el Informe 074-03-GS-03-OSITRAN del 28 de marzo de 2003 "Utilización del material tractivo y rodante del FSO - Periodo julio 2002 a febrero 2003", el Informe 019-03-GAL-OSITRAN del 23 de abril de 2003 "Opinión legal sobre el Contrato de Alquiler de Material Tractivo" y el Informe 177-03-GS-C3-OSITRAN del 25 de julio de 2003 "Solicitud de Material Tractivo y Rodante a FETRANSA de FERSIMSAC".

¹¹ Oficio 470-03-GS-C3-OSITRAN

¹² Con fecha 18 de agosto de 2004

¹³ Informe 055-2004/GEE. P. 50.

¹⁴ Informe 055-2004/GEE. P. 52

¹⁵ Denuncia de FERSIMSAC. P. 2.

injustificadamente a contratar¹⁶. Asimismo, la Secretaría indicó que ello podría constituir un incumplimiento al principio de equidad recogido en el Contrato de Concesión¹⁷.

36. Considerando lo anterior, el 27 de octubre, mediante la Resolución 067-2004-INDECOPI/CLC, la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de FETRANSA por abuso de posición dominante en las modalidades de negativa injustificada de contratar y trato discriminatorio.
37. El 17 de noviembre, mediante la Resolución 074-2004-INDECOPI/CLC, la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador motivado por la denuncia planteada por FERSIMSAC por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada, y discriminación.

C. Posición de las partes

i. POSICIÓN DE FERSIMSAC

38. En su denuncia del 27 de agosto de 2008, FERSIMSAC señaló que las actuaciones de FETRANSA constituyeron un abuso de posición de dominio de conformidad con el artículo 5 del Decreto Legislativo 701; y que también constituía una infracción a la cláusula 7.6 “Equidad en Servicios” de su Contrato de Concesión.
39. Adicionalmente, FERSIMSAC indicó que FETRANSA había vulnerado los principios de neutralidad y no discriminación recogidos en el Reglamento General del OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2001-PCM.
40. FERSIMSAC indica que el 24 de enero, FETRANSA rechazó su solicitud de arrendamiento del material tractivo y rodante debido a que todo el material disponible y recibido en la concesión había sido arrendado a PERURAIL, su empresa vinculada.
41. FERSIMSAC reconoció que si bien el contrato de concesión le permitía a FETRANSA alquilar el material tractivo que es propiedad del Estado, así como su derecho a la libre decisión comercial y riesgos en la explotación de la concesión, ello no debería representar un obstáculo que impida el acceso a la línea férrea.
42. Más aún cuando FERSIMSAC habría cumplido con todos los requisitos exigidos para firmar el contrato de acceso tales como el permiso de operación vigente otorgado por el MTC, la capacidad técnica apropiada, los estándares de seguridad, los servicios y trayectoria con sus horarios aprobados por el MTC así como los equipos a utilizar, la garantía del pago de las tarifas de acceso, las pólizas de seguro remitidas a la denunciada, entre otros.
43. En esa línea, indicaron que en aplicación del REMA, al no haber obtenido respuesta de FETRANSA en el plazo de 15 días hábiles correspondía que la solicitud de FERSIMSAC se considere aprobada y, como tal, produzca efectos jurídicos.
44. Asimismo, indican que la cláusula 12.2 del Contrato obliga al concesionario a permitir el ingreso a la línea férrea a toda aquella persona que cumpla con los requisitos establecidos en el contrato y las leyes del sector¹⁸. En ese sentido, dicha obligación habría sido vulnerada y correspondía declarar la caducidad de la concesión.
45. Sobre el mercado relevante, FERSIMSAC indicó que se requería trocha angosta para operar. Si bien reconoce que existe este tipo de material en otros países, indicó que estos son limitados; y en la medida que Perú ya se cuenta con el material, no sería necesario recurrir a estos.

¹⁶ Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. P. 99-101.

¹⁷ Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. P. 104-105

¹⁸ Alegatos de FERSIMSAC del 22 de junio de 2005, P. 3 y del 31 de octubre de 2005, P. 7.

46. Respecto a la integración vertical entre FETRANSA y PERURAIL, indicó que estas actúan como una sola empresa, y que conforme a la circular 17 la integración únicamente tuvo como objetivo asegurar la continuidad de las operaciones¹⁹.
47. Por todo lo anterior, FERSIMSAC considera que debía sancionarse a FETRANSA por la negativa injustificada de arrendar el material tractivo y rodante concesionado.

ii. POSICIÓN DE INDECOPI

a. Posición de la Gerencia de Estudios Económicos

48. En el marco del expediente en cuestión, la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI (GEE) emitió tres informes que recogen su opinión. Así, el 18 de agosto de 2004 emitió el Informe 055-2004/GEE, el 13 de mayo de 2005 emitió el Informe 028-2005/GEE y, finalmente, el 14 de marzo de 2006 emitió el Informe 011-2006/GEE. Como se podrá apreciar, a lo largo del proceso, la GEE varió su postura sobre determinados aspectos.
49. En su primer informe la GEE determinó que en la mayoría de los tramos del FSO no se había verificado la existencia de competencia intermodal y, decidió evaluar la posibilidad de que exista competencia intramodal en el tramo Sur-Oriente. Para ello, se evaluaron dos escenarios: (i) agente entrante adquiere por sí solo el material tractivo y rodante necesario para prestar el servicio, y (ii) agente entrante arrienda de dicho material al concesionario²⁰.
50. En referencia a la evaluación de las barreras a la entrada al mercado de servicio de transporte ferroviario, el informe identificó las siguientes:
 - **Barreras legales o administrativas:** Permiso de operación
 - **Barreras estructurales:** Costos hundidos y tamaño del mercado
 - **Barreras estratégicas:** Integración vertical y contrato de arrendamiento
51. En relación con los costos hundidos, la GEE señaló que en la medida que la línea férrea del FSO era de trocha angosta, esto es, 914 mm, solo era posible que los interesados puedan operar en dicha red con material tractivo y rodante que cumpla con dichas especificaciones.
52. Respecto a la posibilidad de proveerse del material ante la imposibilidad de acceder al material otorgado en concesión a FETRANSA, indicaron que en aquel momento prácticamente no existían en el mundo redes viales de trocha angosta, salvo en Colombia, Guatemala y Alaska, lo que hacía complicado encontrar un mercado secundario internacional de este material²¹. Sin embargo, se podría adquirir el material en los mercados de Europa, Asia y Estados Unidos, ya que allí existirían fabricantes del material²².
53. Respecto a la alternativa de comprar o alquilar el material nuevo o usado que esté disponible en el Perú, indicaron que en el país no existen empresas fabricantes de este material y que tampoco existe material disponible que no sea el que está alquilando Ferrocarril Central Andino²³. En base a todo ello, la GEE determinó que difícilmente podría considerarse la compra del material tractivo y rodante como un sustituto del alquiler²⁴.

¹⁹ Alegatos de FERSIMSAC del 22 de junio de 2005. P. 4.

²⁰ Informe 055-2004/GEE. P. 14.

²¹ Informe 055-2004/GEE. P. 28.

²² Informe 055-2004/GEE. Pp. 28-29.

²³ Informe 055-2004/GEE. P. 28.

²⁴ Informe 055-2004/GEE. P. 50.

54. En referencia a la integración vertical entre FETRANSA y PERURAIL, la GEE indicó que doctrinariamente tiene ventajas; sin embargo, este esquema podría ser empleado para impedir la entrada de competidores aguas arriba o abajo²⁵.
55. La GEE mencionó que la suscripción del contrato de arrendamiento de material tractivo y rodante constituía la materialización de una integración vertical entre FETRANSA y PERURAIL, y podía representar una barrera estratégica cuando limita la libertad de las partes de contratar con terceros²⁶.
56. Sin embargo, considerando que se suscribió entre empresas vinculadas, estas podían reformular los términos del contrato permitiendo la entrada de terceros al mercado. En consecuencia, dicho contrato de arrendamiento no constituía una barrera al mercado, sino que esta sería la integración vertical entre las empresas²⁷. Asimismo, determinó que dicho contrato no era una justificación para negar el trato a FERSIMSAC²⁸.
57. En referencia al ejercicio elaborado por la GEE con la simulación de la entrada de un nuevo competidor en el FSO, se obtuvo como resultado que los indicadores de rentabilidad eran significativamente más favorables cuando se alquilaba el material en lugar de adquirirlo²⁹. Sin embargo, no descartó la posibilidad de que un entrante que haya adquirido el material capture una importante porción del mercado³⁰.
58. El 13 de mayo de 2005, la GEE emitió su segundo informe ante la solicitud de la Secretaría de que elabore un informe que incluya lo siguiente: (i) análisis y descripción de determinadas cláusulas del contrato de concesión del FSO, (ii) determinar si las reformas del sector tuvieron como finalidad generar competencia o fue mantener integradas las actividades ferroviarias, y (iii) elaborar un marco teórico – económico sobre la integración vertical.
59. En opinión de la GEE, la reforma implementada en el Perú mediante la concesión implicaba que la prestación de servicios de transporte recae en el operador vinculado a FETRANSA, en la medida que se buscó garantizar la continuidad de dicho servicio. Para ello, la licitación implementó el modelo de integración vertical, el cual seguía vigente.³¹
60. Sobre el segundo punto, afirmó que las reformas en el sector ferroviario sí tuvieron como uno de sus objetivos generar competencia. Asimismo, de las disposiciones contractuales determinó que existía una evidente intención de generar competencia en los segmentos donde esta era posible y deseable³².
61. En el marco del análisis de las cláusulas del Contrato de Concesión, indicó que la cláusula 7.3 establecía que el concesionario debía celebrar contratos de acceso con más de un operador de servicios de transporte ferroviario, lo que se condice con otras cláusulas del contrato como la cláusula 6.1, 6.3 y 7.1. En consecuencia, el Contrato de Concesión siempre contempló más de un operador de servicios de transporte ferroviario³³.
62. Respecto a la circular 17, la GEE opinó que la posibilidad de que el concesionario contrate un operador vinculado es permitida con el “objetivo de que la operación del sistema ferroviario no se viera afectado” y dicha intención “debe ser entendida como una situación absolutamente excepcional motivada por la necesidad de asegurar la continuidad de las

²⁵ Informe 055-2004/GEE. Pp. 34-35.

²⁶ Informe 055-2004/GEE. P. 36.

²⁷ Informe 055-2004/GEE. P. 37.

²⁸ Informe 055-2004/GEE. Pp. 50 y 52.

²⁹ Informe 055-2004/GEE. Pp. 44-45.

³⁰ Informe 055-2004/GEE. P. 46.

³¹ Informe 028-2005-GEE. PP. 7-8.

³² Informe 028-2005-GEE. P. 8.

³³ Informe 028-2005-GEE. P. 8.

actividades”³⁴. Con lo cual, no se buscó mantener la integración vertical entre la administración de la infraestructura ferroviaria y el servicio de transporte³⁵.

63. El 14 de marzo de 2006, la GEE emitió su tercer informe en respuesta a la solicitud de la Secretaría de que complementara su informe anterior tomando en cuenta la información nueva aportada al expediente.
64. Al respecto, la GEE evaluó principalmente la simulación elaborada en los informes preparados por Apoyo Consultoría (en adelante, APOYO) para FETRANSA determinando que APOYO no había considerado la opción de alquiler de material tractivo y rodante, lo que impediría comparar esta alternativa con la compra del material con el fin de comparar la competitividad entre ambas opciones³⁶.
65. Sin embargo, la GEE estimó los flujos y rentabilidades que se obtendrían con la alternativa del alquiler considerando los mismos supuestos del modelo de simulación de APOYO, concluyendo que si bien la opción de compra era viable, la opción de alquiler era aún más rentable.³⁷
66. Además de ello, la GEE indicó que en un escenario de entrada de un operador mediante compra del material, la empresa establecida que alquiló el material tendría un margen superior para adoptar comportamientos estratégicos como los precios predatorios, lo que forzaría al operador entrante a bajar sus precios, afectando las condiciones de competencia. Con lo cual, la opción de compra era más sensible a comportamientos estratégicos.³⁸
67. Finalmente, la GEE analizó la opción planteada por APOYO consistente en adquirir autovagones en lugar de locomotoras. Si bien determinó que el TIR de compra de autovagones (28,4%) era superior al TIR de compra de locomotoras (20%), señaló que en el caso del VAN, la opción de compra de autovagones (S/. 2,9 millones) resulta menor al de la compra de locomotoras (S/ 5,8 millones). Considerando dicha contradicción, los indicadores de rentabilidad no serían comparables y, en consecuencia, no se podría comparar ambas situaciones.

b. Posición de la Secretaría Técnica

68. En el expediente en cuestión, la Secretaría Técnica de la CLC emitió cuatro informes que desarrollan su opinión. El 20 de octubre de 2004 emitió el Informe Técnico 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, el 13 de junio de 2005 emitió el Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, el 23 de mayo de 2006 emitió el Informe 013-2006-INDECOPI/ST-CLC y, finalmente, el 08 de mayo de 2007 emitió el Informe 032-2007-INDECOPI/ST-CLC.
69. El primer informe acogió la opinión brindada por la GEE en su primer informe recomendando el inicio de un procedimiento sancionador en contra de FETRANSA. Respecto, al servicio relevante, la Secretaría únicamente consideró como alternativas la posibilidad de adquirir material tractivo y rodante de proveedores en China, Estados Unidos y/o España, así como la posibilidad de alquiler. Así, señala que “no se ha constatado la existencia de otras alternativas distintas a las mencionadas previamente”³⁹.
70. Sin embargo, descarta la opción de compra, debido a que PERURAIL obtiene dicho material a un costo inferior al que asumiría un posible entrante en caso compre el material⁴⁰:

³⁴ Informe 028-2005-GEE. P. 9.

³⁵ Página 9-10 del Informe 028-2005-GEE

³⁶ Informe 011-2006-GEE. P. 3.

³⁷ Informe 011-2006-GEE. P. 3-4.

³⁸ Página 4 del Informe 011-2006-GEE. P. 4.

³⁹ Informe Técnico 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. P. 96-97

⁴⁰ Informe Técnico 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. P. 97.

“332. En el presente caso según lo señalado en el Informe 055-2004/GEE, la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento, toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material- alquilándolo- a un costo mucho menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado”

71. Por lo cual, el mercado del producto se limitó al alquiler del material tractivo y rodante. En relación con las fuentes alternativas para el aprovisionamiento, la Secretaría indicó que el único mercado de alquiler del material que podía operar en el FSO comprendía a FETRANSA. Así, el mercado geográfico se limitó a la región de Cusco.
72. Asimismo, indicaron que FETRANSA tenía posición dominante en dicho mercado, debido a que era la única empresa que alquilaba el material para el tramo Sur-Oriente en la región, y no existían potenciales entrantes o competidores en la prestación del servicio de alquiler, debido a que existen aspectos técnicos y económicos que dificultaban su ingreso⁴¹.
73. En referencia al presunto abuso de posición de dominio, la Secretaría advirtió que existiría un concurso ideal de infracciones en la medida que la conducta calificaba en más de un supuesto de infracción al ser una modalidad de abuso de posición de dominio, y también un incumplimiento al principio de equidad recogido en el Contrato de Concesión⁴².
74. La Secretaría descarta el argumento de FETRANSA de que el material tractivo y rodante se encontraba arrendado en su totalidad a PERURAIL como justificación para negarse a arrendarlo a FERSIMSAC u otro operador.
75. Finalmente, la Secretaría decidió recomendar el inicio de oficio de un procedimiento sancionador en contra de FETRANSA por la negativa injustificada de alquilar el material tractivo y rodante, así como por trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de dicho material contra FERSIMSAC y cualquier otro operador.
76. El 13 de junio de 2005 la Secretaría emitió su segundo informe técnico, el cual recomendó sancionar a FETRANSA por la negativa injustificada a arrendarle el material a FERSIMSAC.
77. En relación al servicio relevante, la Secretaría descartó la lista presentada por APOYO que recoge los ferrocarriles en el mundo que también son de trocha angosta⁴³, ya que no se mencionó la posibilidad de que los operadores ferroviarios de dichos países suministren material tractivo en un mercado secundario.
78. Asimismo, descartó la posibilidad de comprar locomotoras en China o Estados Unidos para su uso en el FSO, pues ello implicaba asumir costos adicionales para convertir la trocha estándar a angosta e incluso en dicha situación el precio del alquiler era inferior al precio de compra y conversión⁴⁴.
79. Adicionalmente, la Secretaría señaló que el costo de aprovisionamiento del material del que goza PERURAIL contribuía a descartar la compra como alternativa, ya que- a su juicio- FETRANSA no incurrió en ningún tipo de inversión para su adquisición, habiéndolo adquirido a un costo inicial “cero”⁴⁵.

⁴¹ Informe Técnico 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. Pp. 100-101.

⁴² Informe Técnico 035-2004-INDECOPI/ST-CLC. Pp. 104-105.

⁴³ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 73.

⁴⁴ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 74.

⁴⁵ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 73 y 74. Pp. 75-77 y 80.

80. En relación con el mercado geográfico, la Secretaría mantuvo su posición. Descartó la posibilidad de usar el material del Ferrocarril Huancayo - Huancavelica, ya que el ferrocarril contaba con poco material e incluso parte estaba fuera de servicio⁴⁶. Finalmente concluyó que FETRANSA era monopolista, pues el contrato de concesión le otorgaba el derecho exclusivo de explotar el material⁴⁷.
81. Respecto a la justificación de la negativa, la Secretaría indicó que la validez de la justificación dependía de la evaluación que se hacía sobre el objetivo del proceso de promoción, así como lo que finalmente se plasmó en el contrato de concesión⁴⁸.
82. De acuerdo con la Secretaría, los operadores que ingresaban al FSO tenían la posibilidad de solicitar a FETRANSA el acceso al material en igualdad de condiciones que PERURAIL. La posibilidad de que PERURAIL preste el servicio de transporte era únicamente una excepción para asegurar la continuidad del servicio y no buscaba constituir un monopolio en el mercado⁴⁹.
83. Siendo ello así, la Secretaría precisa que la infracción imputada no es la celebración del contrato de alquiler con PERURAIL, sino que se haya empleado dicho contrato como pretexto para negar a FERSIMSAC el arrendamiento de dicho material⁵⁰.
84. Finalmente, el informe recomendó imponer a FETRANSA una multa de 203,9 UIT por una infracción leve a las normas de defensa de la libre competencia. Asimismo, recomendó imponer medidas correctivas sobre la base de que un potencial operador solicite el arrendamiento del 50% del material⁵¹.
85. Con fecha 23 de mayo del 2006, la Secretaría Técnica emitió su tercer informe, que buscaba analizar los medios probatorios aportados tras la emisión del segundo informe técnico. La Secretaría indicó que no se había centrado en la existencia o no de proveedores de material para operar en el FSO ni en evaluar la posibilidad técnica de conversión a una trocha distinta, sino que únicamente se evaluó su viabilidad económica, concluyendo que no era viable la conversión y que la única posibilidad para ingresar a competir era el alquiler a FETRANSA⁵².
86. En referencia a la posibilidad planteada por FETRANSA de que el material tractivo y rodante devuelto al Estado sea empleado por cualquier interesado para operar en el FSO, la Secretaría indica que dicho material estaría obsoleto e inutilizado con lo cual no contaría con viabilidad técnica ni económica para operar en el FSO⁵³.
87. Tras la resolución de primera instancia, la Secretaría emitió su cuarto informe técnico brindando argumentos para confirmar la decisión de la Comisión de no sancionar a FETRANSA. Se indicó que si bien FETRANSA contaba con posición de dominio en el mercado de servicio de arrendamiento del material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO y que hubo una negativa, la Circular 17 le permitía alquilar la totalidad del material tractivo y rodante a PERURAIL sin que existiera restricción.

iii. POSICIÓN DE FETRANSA

88. El 19 de noviembre de 2004, FETRANSA presentó su escrito de descargos negando las imputaciones realizadas por la Secretaría Técnica mediante su primer informe técnico.

⁴⁶ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 80

⁴⁷ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 84.

⁴⁸ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 88.

⁴⁹ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 106.

⁵⁰ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. P. 106.

⁵¹ Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC. Pp. 126-130.

⁵² Informe Técnico 013-2006-INDECOPI-ST-CLC. Pp. 5-6.

⁵³ Informe Técnico 013-2006-INDECOPI-ST-CLC. P. 8.

89. En relación con el mercado relevante, señaló que este no fue adecuadamente determinado por la Secretaría, ya que se descartó la adquisición de material tractivo y rodante como alternativa para el aprovisionamiento. Si bien ello podría considerarse costoso, sí sería posible obtener ganancias razonables y, en consecuencia, era rentable⁵⁴. FETRANSA adjuntó una lista de posibles proveedores de material de trocha angosta a nivel mundial.
90. Como alternativa, señaló que es posible adquirir material tractivo y rodante de trocha ancha y, posteriormente, adaptarlo a trocha angosta sin que ello constituya un costo prohibitivo. De hecho, FETRANSA indicó que esta alternativa era empleada regularmente por PERURAIL para utilizar temporalmente el material del Ferrocarril Sur, que tiene características distintas al FSO⁵⁵.
91. FETRANSA también adjuntó un memorándum elaborado por la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (en adelante, ALAF) para evidenciar que sí es posible adaptar material tractivo y rodante a trocha angosta. Dicho documento incluyó un listado con países en los que se puede obtener material de trocha angosta⁵⁶.
92. Asimismo, FETRANSA precisó que en el mercado de locomotoras y vagones usados las empresas ferroviarias suelen descartar su material ferroviario de manera periódica y ofrecerlo a empresas intermediarias encargadas de conseguir compradores a un precio menor. De ser el caso, dicho material podría ser adaptado para operar en el FSO⁵⁷. Así, concluye que el servicio relevante es el aprovisionamiento de material tractivo y rodante.
93. En relación con el mercado geográfico, señaló que este sería más amplio que el señalado por la Secretaría, ya que debería comprender a países de los que PERURAIL ya ha adquirido material tractivo previamente⁵⁸. Así, concluyó que el mercado geográfico debería estar compuesto por lo menos por Cuzco, Huancayo, Huancavelica, Argentina, Brasil, Canadá, Alemania, Estados Unidos, España, Indonesia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda y Panamá⁵⁹.
94. Con lo cual, tendría una participación insignificante en el mercado de aprovisionamiento del material. Asimismo, señala que un potencial entrante podría solicitar al concesionario del Ferrocarril del Centro el alquiler o venta de dicho material para acondicionarlo al FSO. En adición, en países como Bolivia, Argentina, Brasil y Colombia existirían proveedores especializados que podrían ingresar al país a comercializar el material en cuestión⁶⁰.
95. Por todo ello, no tendría posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de material tractivo y rodante. Asimismo, aclara que el material tractivo y rodante no es una facilidad esencial y cuestiona que la Secretaría Técnica haya calificado como “recurso importante” al material tractivo y rodante⁶¹.

⁵⁴ Descargos. Pp. 12-15.

⁵⁵ Descargos. Pp. 16-17.

⁵⁶ Escrito de FETRANSA del 23 de marzo de 2005.

⁵⁷ Escrito de FETRANSA del 25 de octubre de 2005. P. 4.

⁵⁸ Descargos Pp. 21 y 23.:

“(i) Compra de Material Tractivo y Rodante (trocha ancha o angosta): A nivel mundial (países como Argentina, Brasil, Canadá, Alemania, Estados Unidos de Norteamérica, España.

(ii) Alquiler de material tractivo y rodante de trocha angosta: En los siguientes países se pueden encontrar empresas que operan con material tractivo y rodante de trocha angosta: Colombia, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda y Panamá

Adicionalmente, se debe tener en cuenta las fuentes de aprovisionamiento de trocha ancha que pueden ser acondicionadas a trocha angosta. Así, debe incluirse al Ferrocarril del Centro que cuenta con material que puede ser utilizado en el FSO”

⁵⁹ Escrito de FETRANSA del 06 de julio de 2005. P. 62.

⁶⁰ Descargos Pp. 29-30.

⁶¹ Descargos P. 25.

96. FETRANSA señaló que no hubo negativa a contratar, pero incluso si hubiera existido, esta se encontraría justificada, pues el modelo de la concesión le permitía explotar el material tractivo y rodante sin establecer una obligación de compartirlo al no calificar como facilidad esencial⁶².
97. Finalmente, critica las acciones propuestas por la Secretaría en caso un nuevo competidor solicite el alquiler de material tractivo y rodante, debido a que obligaría a FETRANSA a alquilar un material que no es esencial⁶³.
98. El 05 de enero de 2005, FETRANSA presentó sus descargos en contra de la denuncia de FERSIMSAC. Alegó que el material tractivo y rodante no constituía una facilidad esencial y, en consecuencia, la obligación de alquilar debía ser evaluada en base al Decreto Legislativo 701, y no en base a la regla de no discriminación recogida en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión⁶⁴. De lo contrario se le estaría dando al material la misma naturaleza que la vía férrea, al convertirlo en un servicio regulado⁶⁵.
99. FETRANSA aclaró que el objetivo del proceso de concesión no era atraer competencia al sector como señala la Secretaría⁶⁶. Asimismo, indicó que no se le otorgó el material tractivo y rodante a costo cero, pues el derecho a usarlo fue retribuido por FETRANSA⁶⁷.
100. En relación con la Circular 17, FETRANSA señaló que esta le impide prestar directamente el servicio de transporte ferroviario; no obstante, la obliga a constituir un operador para prestar el servicio o, en su defecto, contratar a un tercero. Ello no tenía carácter provisional o temporal⁶⁸, no existiendo algún elemento que permita afirmar ello.
101. Con fecha 04 de agosto de 2006, FETRANSA informó que existía una empresa de capitales españoles y alemanes que se encontraba en diálogos con el MTC para solicitar el ingreso al FSO como operador de transporte, y que contaba con material tractivo y rodante propio. Ello evidenciaba que sí era viable ingresar a operar con material propio⁶⁹.

iv. POSICIÓN DE APOYO CONSULTORÍA

102. A lo largo del procedimiento, FETRANSA presentó siete informes técnicos independientes elaborados por APOYO.
103. APOYO señaló que el material tractivo y rodante no tenía naturaleza “hundida”, que limite o restrinja el acceso de potenciales entrantes al mercado de transporte ferroviario en el FSO. El material sería “capital sobre ruedas”, debido a que gran parte de su costo puede ser recuperado fácil y rápidamente llevándolo a otro mercado⁷⁰.
104. APOYO criticó las deficiencias del modelo financiero empleado por la Secretaría para descartar la alternativa de compra de material tractivo y rodante del mercado relevante en cuestión⁷¹. Así, concluye que el mercado relevante debería incluir también a la adquisición del material. También señaló que es posible obtener locomotoras y vagones para el FSO

⁶² Descargos Pp. 33-36.

⁶³ Descargos Pp. 39-42.

⁶⁴ Descargos P. 16.

⁶⁵ Descargos P. 17.

⁶⁶ Escrito de FETRANSA del 06 de octubre de 2005. P. 3.

⁶⁷ Escrito de FETRANSA del 06 de octubre de 2005, Pp. 3-4 y Escrito de Alegatos de FETRANSA del 06 de julio de 2005. P. 15.

⁶⁸ Escrito de Alegatos de FETRANSA del 06 de julio de 2005. Pp. 7-8.

⁶⁹ Escrito de FETRANSA de “Adjunta carta” del 03 de agosto de 2006. P. 3.

⁷⁰ Primer informe de Apoyo Consultoría del 04 de enero de 2005. Pp. 18-20.

⁷¹ Primer informe de Apoyo Consultoría del 04 de enero de 2005. Pp. 4-8.

a partir de la adaptación del material tractivo y rodante disponible en el mercado internacional⁷².

105. Asimismo, refirió que era posible usar autovagones en lugar de locomotoras, lo que generaría una reducción del tiempo e inversión de entrada en comparación con la alternativa de adquirir y adaptar locomotoras⁷³. Señaló que la fabricación y disponibilidad de los autovagones es más amplia que las locomotoras, lo que facilitaría la entrada⁷⁴.
106. En relación con el mercado geográfico, APOYO indicó que este no debería limitarse a la región Cusco, sino que debería comprender a los países de los que es posible importar material tractivo y rodante nuevo o usado, de trocha angosta, métrica o ancha, que pueda ser incorporado directamente a la vía o requiera ser acondicionado a los requerimientos de la ruta del FSO⁷⁵.
107. Al respecto, APOYO⁷⁶ también señaló que el Tren Macho⁷⁷ y el Ferrocarril del Centro⁷⁸ contaban con material tractivo y rodante para un ancho de trocha de 914 mm en el Perú, lo que debería considerarse para determinar el mercado relevante. Ello en la medida que el material puede ser adaptado y usado en el FSO, lo que además supondría bajos costos por el traslado del material.
108. APOYO indicó que incluso en el supuesto de que el mercado relevante estuviera conformado únicamente por el alquiler de material tractivo y rodante, considerando el volumen actual de demanda, ni FETRANSA ni PERURAIL tienen material disponible para ser alquilado a terceros, ya que el material existente está siendo usado en su totalidad⁷⁹. Siendo que incluso, FETRANSA se ha visto en la necesidad de adquirir y adaptar material para poder abastecer la creciente demanda⁸⁰.
109. En relación con el contrato de concesión, APOYO mencionó que la Secretaría no era competente para delimitar el objetivo del proceso de concesión, ni para definir o interpretar el contrato de concesión⁸¹. En esa línea, señala que el objetivo del proceso de concesión no era atraer competencia como señala la Secretaría, sino atraer inversiones al sector con el fin de lograr la rehabilitación y modernización del sistema ferroviario⁸².
110. Asimismo, indicó que no se le otorgó a FETRANSA el material tractivo y rodante a costo cero, pues el derecho a usar el material fue retribuido. Así, APOYO precisó que la valorización del costo y el uso que se le daría a este material están implícitos en la oferta que presentó FETRANSA⁸³.
111. Ante la apelación de OSITRAN, APOYO elaboró un sexto informe⁸⁴ en el que destacó, entre otros, que es falsa la afirmación de que existe disponibilidad de material tractivo y rodante que podría ser alquilado por FETRANSA a otro operador que no sea PERURAIL.

⁷² Segundo informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. Pp. 18-20.

⁷³ Segundo informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. Pp. 20-21.

⁷⁴ Sexto informe de Apoyo Consultoría del 3 de abril de 2007. P. 8.

⁷⁵ Primer informe de Apoyo Consultoría del 04 de enero de 2005. Pp. 9-10.

⁷⁶ Quinto informe de Apoyo Consultoría de junio de 2006.

⁷⁷ El Tren Macho tiene como ancho de trocha 914mm y cuenta con 3 locomotoras, 20 coches de pasajeros, 69 de carga y un auto vagón.

⁷⁸ El Ferrocarril del Centro cuenta con 20 locomotoras, 816 vagones, 18 coches de pasajeros y 2 de equipaje.

⁷⁹ Tercer informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005. P. 15.

⁸⁰ Segundo informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. P. 23.

⁸¹ Tercer informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005. P. 4.

⁸² Tercer informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005. P. 4-5.

⁸³ Tercer informe de Apoyo Consultoría de setiembre de 2005. Pp. 5-8.

⁸⁴ Sexto informe de Apoyo Consultoría del 3 de abril de 2007.

112. Indicó que incluso asumiendo que FETRANSA gozaba de posición de dominio y se negó a arrendar el material tractivo y rodante, dicha negativa se justificaba en la existencia de la circular 17 que evidencia que la finalidad del contrato de concesión fue atraer inversiones, así como en el uso efectivo de la totalidad del material arrendado⁸⁵.

v. POSICIÓN DE PERURAIL

113. El 30 de noviembre de 2005, PERURAIL presentó a la CLC su escrito de contestación contradiciendo la denuncia presentada por FERSIMSAC y solicitando que se declare infundada en todos sus extremos. Posteriormente, presentó diversos escritos complementarios.
114. En relación al mercado relevante, indicó que existían otras fuentes de aprovisionamiento, como es la compra del material, lo que es corroborado por la experiencia de PERURAIL⁸⁶. La alternativa de compra sí era viable, pese a que la opción de alquiler era preferible⁸⁷.
115. En adición al material entregado en la concesión, FETRANSA optó por importar el material adicional que necesitaba, pues dicha alternativa "le resultaba más conveniente"⁸⁸. Así, PERURAIL presentó a la CLC un listado con el material tractivo y rodante adquirido entre 1999 y 2005, y que operaba en el FSO, identificando la fecha en la que este fue adquirido, así como el monto desembolsado, la fecha en la que empezó a ser utilizado, su uso, y el periodo de utilización en el FSO⁸⁹.
116. En relación con el material devuelto al Estado por el concesionario⁹⁰, alegó que este podría ser reacondicionado y adecuado para ser utilizado en las vías férreas del sur y sur oriente, debido a que se encontraba en el mismo estado en el que se encontraba el material entregado con la concesión^{91,92}.
117. Para ello presentó las actas notariales de devolución y recepción de los bienes obsoletos y/o inutilizables de los ferrocarriles del sur y sur-oriente, que comprendían 27 coches de pasajeros, 424 coches de carga, 9 locomotoras y una gran cantidad de vagones de diversos tipos, tales como plataformas con baranda, plataformas sin baranda⁹³.
118. PERURAIL señaló que la negativa fue justificada, debido a que el contrato de arrendamiento era exigible y, en consecuencia, le impedía a FETRANSA entregar el material tractivo y rodante a otra empresa⁹⁴. Asimismo, afirmó que la existencia de una obligación de brindar acceso al material otorgado en concesión a FETRANSA hubiera sido contradictoria con el derecho y obligación de que PERURAIL explote el material⁹⁵.
119. PERURAIL indicó que adquirir una flota propia de material tractivo y rodante mediante compraventa, arrendamiento u otra modalidad constituye una barrera económica para

⁸⁵ Sexto informe de Apoyo Consultoría del 3 de abril de 2007. Pp. 12-13

⁸⁶ Escrito presenta alegatos del 31 de mayo de 2006. P. 3.

⁸⁷ Escrito presenta alegatos del 31 de mayo de 2006. Pp. 3 y 12-13.

⁸⁸ Escrito adjunta documentación requerida del 28 de marzo de 2006. P. 2. El material que quedó en posesión de PERURAIL fueron 620 unidades, ya que 460 unidades fueron devueltas.

⁸⁹ Escrito adjunto documentación requerida del 07 de febrero de 2006. Escrito. Pp. 2-3.

⁹⁰ El material había sido devuelto por PERURAIL a FETRANSA (arrendador), quien declaró obsoleto el material y lo devolvió al MTC

⁹¹ Escrito presenta prueba del 09 de marzo de 2006. P. 1.

⁹² Escrito adjunta documentación requerida del 28 de marzo de 2006. Pp. 3-4. PERURAIL indicó que había realizado inversiones para acondicionar parte del material concesionado para que sea operado bajo las condiciones exigidas por el contrato de concesión

⁹³ Escrito presenta prueba del 09 de marzo de 2006. P. 2.

⁹⁴ Escrito presenta alegatos del 31 de mayo de 2022. P. 7.

⁹⁵ Escrito presenta alegatos del 31 de mayo de 2022. P. 2

prestar el servicio de transporte ferroviario⁹⁶. En el caso de PERURAIL no se adquirió el material a costo cero por el aprovisionamiento del material⁹⁷.

120. Si bien PERURAIL estaba facultado a explotar todo el material tractivo y rodante⁹⁸, tuvo que asumir diversos costos entre los cuales se encuentra el costo de reparar el material que recibió por parte del Estado, así como adquirir material nuevo de distintas partes del mundo para cumplir con los estándares de calidad exigidos. Por ello, tampoco es posible alegar un trato discriminatorio en la medida que no se encuentra en la misma situación que FERSIMSAC ni tienen los mismos derechos.
121. Con relación a la competencia potencial, PERURAIL indicó que la competencia en los servicios de transporte en el FSO era inminente en la medida que dos empresas, Andean Railways Corp. y Wyoming Railways, habían mostrado interés en entrar al mercado a competir por los servicios de transporte, obtuvieron su respectivo permiso de operaciones, y cuentan con su propio material tractivo⁹⁹
122. PERURAIL afirmó que el contrato de arrendamiento no podía ser modificado o condicionado por leyes u otras disposiciones, pues fue suscrito conforme al marco normativo y al contrato de concesión¹⁰⁰. Más aun considerando la naturaleza de Contrato Ley que tiene el contrato de concesión¹⁰¹.
123. Asimismo, indicó que INDECOPI es incompetente para determinar las condiciones de alquiler del material tractivo y rodante entre PERURAIL y FETRANSA o, incluso, para modificar el contrato de arrendamiento. Ello en la medida que no cuentan con facultades para imponer medidas correctivas u otras medidas adicionales¹⁰².

D. Resolución de la CLC: Primera instancia

124. El 28 de agosto de 2006, la CLC emitió la Resolución 064-2006-INDECOPI/CLC (Resolución de Primera Instancia) que resolvió las denuncias en contra de FETRANSA por negativa injustificada a contratar.
125. En la Resolución de Primera Instancia, la CLC resolvió declarar infundada la denuncia iniciada de oficio e interpuesta en contra de FETRANSA, y recomendó al MTC establecer un procedimiento que promueva la competencia en el servicio de alquiler del material tractivo y rodante que fue concesionado.
126. Respecto al servicio relevante, la CLC señaló que los informes de la Secretaría no analizaban si existían o no proveedores del material ni si era posible la conversión técnica del material para operar en el FSO, sino que únicamente se concluyó que no era viable económicamente optar por dichas alternativas¹⁰³. En línea con la Secretaría, indicó FETRANSA ostentaría posición de dominio en el mercado¹⁰⁴.

⁹⁶ Escrito de contestación de denuncia. P. 30.

⁹⁷ Escrito presenta alegatos del 02 de julio de 2007. P. 3.

⁹⁸ Escrito de contestación de denuncia. P. 31-32:

“ganaron el derecho de **explotar todos los bienes de la concesión, incluyendo el derecho y la obligación de utilizar todo el material tractivo y rodante sin limitación alguna**. Por ende, los inversionistas de PERURAIL han tenido que competir POR el mercado, ganando frente a otros postores el derecho a utilizar el material tractivo y rodante otorgado en concesión” [Énfasis agregado]

⁹⁹ Escrito presenta alegatos del 2 de julio de 2007. Pp. 7-8.

¹⁰⁰ Escrito de contestación de denuncia. Pp. 10- 12.

¹⁰¹ Escrito de presentación de alegatos. P. 7.

¹⁰² Escrito de contestación de denuncia. Pp. 17-20.

¹⁰³ Resolución 064-2006-INDECOPI-CLC. P. 9.

¹⁰⁴ Resolución 064-2006-INDECOPI-CLC. P. 10.

127. Respecto al contrato de alquiler entre FETRANSA y PERURAIL, la CLC consideró que la ausencia de un procedimiento que regule el arrendamiento restringía la competencia en el mercado de servicios de transporte ferroviario.
128. Sobre la justificación de FETRANSA para la negativa, la CLC determinó que el arrendamiento de la totalidad del material tractivo es una situación que no estaba prohibida por la Circular 17 o por el contrato de concesión¹⁰⁵. Así, indicó que sí se permitía arrendar la totalidad del material sin que exista algún procedimiento para limitar o restringir dicha posibilidad.
129. Por ello, concluye que la conducta de FETRANSA no podía ser sancionada como una negativa injustificada, ya que habría una justificación para la negativa¹⁰⁶. Finalmente, ante la inexistencia de un procedimiento que impida renovar indefinidamente el contrato de arrendamiento con PERURAIL¹⁰⁷, recomendó al MTC establecer un procedimiento que promueva la competencia en el servicio del alquiler del material tractivo y rodante.

E. Recurso de apelación del OSITRAN

130. El 06 de octubre de 2008, OSITRAN presentó a la CLC su apelación a la Resolución de Primera Instancia que declaró infundada la denuncia de FERSIMSAC y el inicio de oficio del procedimiento en contra de FETRANSA. Solicitó revocar la decisión y declarar fundada la denuncia en contra de FETRANSA.
131. Respecto a la Circular 17, señaló que esta debía ser interpretada sistemáticamente. De la revisión de la cláusula 6.1 (Explotación de la Concesión) y 7.5 del contrato (Condiciones del Servicio de Transporte Ferroviario) se colige que si bien FETRANSA tiene el derecho a explotar la concesión, su aprovechamiento debe observar la Constitución y el marco legal vigente¹⁰⁸.
132. En esa línea, FETRANSA debió observar la cláusula 7.6 del contrato, que prohíbe desarrollar conductas que restrinjan la competencia o el acceso a la línea férrea. Ello es congruente con la cláusula 12.2 (Obligaciones del Concesionario) que establece los únicos supuestos para impedir el ingreso de un operador de servicios de transporte a la línea férrea. Asimismo, ratificó la obligación de FETRANSA de otorgar acceso a la vía férrea a cualquier empresa que lo solicite y que cumpla con los requisitos.
133. El regulador señaló que la CLC no analizó adecuadamente el caso, ya que no debió analizar si el abuso de posición dominante estaba en alquilar la totalidad del material, sino en haber alquilado la totalidad cuando la totalidad no era usada efectivamente.¹⁰⁹
134. Al respecto, OSITRAN resaltó que la Circular 17 no amparaba de ninguna manera el abuso de posición de dominio consistente en alquilar la totalidad del material, que no es usado efectivamente con el fin de restringir el ingreso al mercado de nuevos competidores¹¹⁰. Pese a lo anterior, el regulador había identificado que FETRANSA no utilizaba la totalidad del material alquilado y, en consecuencia, habría incurrido en un abuso de posición de dominio¹¹¹.
135. Posteriormente, OSITRAN presentó un escrito solicitando la suspensión del procedimiento debido a que se habría vulnerado el principio del debido procedimiento al no habersele

¹⁰⁵ Resolución 064-2006-INDECOPI-CLC. P. 12.

¹⁰⁶ Resolución 064-2006-INDECOPI-CLC. P. 13

¹⁰⁷ Resolución 064-2006-INDECOPI-CLC. P. 13.

¹⁰⁸ Recurso de apelación de OSITRAN. Pp. 15-16.

¹⁰⁹ Recurso de apelación de OSITRAN. Pp. 22.

¹¹⁰ Recurso de apelación de OSITRAN. P. 22- 23.

¹¹¹ Recurso de apelación de OSITRAN. P. 25.

otorgado acceso a diversos documentos del expediente por ser confidenciales y no existir una versión pública¹¹².

F. Resolución de la Sala: Segunda instancia

136. El 02 de julio de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia emitió la Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI, que revocó la decisión de primera instancia y resolvió sancionar a FETRANSA por infringir el Decreto Legislativo 701, imponiendo una multa de 165,9 UIT.
137. Con relación a la delimitación al mercado relevante, la Sala descartó la compra de material así como el aprovisionamiento de material de trocha ancha y estándar para su adaptación como angosta. Ello debido a que dichas opciones constituirían barreras de acceso por el mayor costo, barreras de salida al ser costos hundidos, e inversiones que solo podrían ser recuperada en un largo periodo de tiempo¹¹³.
138. La Sala señaló que el mercado relevante había sido delimitado correctamente por la Comisión, siendo este el alquiler del material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento del Cusco.
139. Al igual que la Comisión, la Sala consideró que no existían alternativas viables para que un tercero entrante pueda competir con PERURAIL, debido a las condiciones en las que FETRANSA adquirió el material, con lo cual esta era la única empresa que prestaba el servicio relevante.
140. En relación con la existencia de dos empresas que habrían solicitado permisos de operación de transporte ferroviario en el FSO que presuntamente evidenciaba la existencia de fuentes alternativas de aprovisionamiento de material, la Sala señaló que *“la posición 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”*.
141. Asimismo, señaló que el permiso de operación tampoco acredita que cuente con material para competir en el FSO¹¹⁴. Por todo ello, la Sala coincidió con lo resuelto por la Comisión en relación con que FETRANSA cuenta con posición de dominio en el mercado relevante de alquiler de material con capacidad de operar en el FSO en la región de Cusco¹¹⁵.
142. En relación con la circular 17 como justificación para la negativa, la Sala indicó que no reconoce una exclusividad sobre el material a favor de FETRANSA y su vinculada. Interpretando sistemáticamente el contrato de concesión bajo los principios de buena fe y conservación, era posible colegir que la circular planteó un escenario excepcional. En caso un operador no vinculado solicite acceso al material, FETRANSA estaría impedido de negar el acceso justificándose en el alquiler a PERURAIL¹¹⁶.
143. En relación con los efectos anticompetitivos, la Sala señala que ante la ausencia de competencia intramodal en un tramo del FSO, los consumidores solo tendrían solo una alternativa disponible para el transporte, debiendo incluso soportar conductas estratégicas por parte de FETRANSA¹¹⁷.

¹¹² Escrito de OSITRAN de suspensión del procedimiento del 08 de mayo de 2007. Pp. 2-3.

¹¹³ Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI. Pp. 20-21.

¹¹⁴ Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI. PP. 22 - 23.

¹¹⁵ Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI. PP. 23.

¹¹⁶ Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI. P. 33.

¹¹⁷ Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI. P. 36.

144. La Sala dicta como medida correctiva el cese de la negativa injustificada de alquiler del material, así como el cumplimiento del deber de no discriminación recogido por la cláusula 7.6 del Contrato de concesión.

III. CUESTIÓN PREVIA: MARCO TEÓRICO Y LEGAL

i. Aspectos de la concesión del Ferrocarril del Sur y Sur - Oriente

- **Licitación Pública Especial para la entrega en concesión de la administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur - Oriente**

145. El 18 de diciembre de 1998, el CEPRI ENAFER publicó las bases administrativas convocando a la Licitación Pública Especial Internacional para la Entrega en Concesión de la Administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur Oriente.

146. El objetivo de la licitación era que el MTC otorgue en concesión “la administración de la Infraestructura Vial Ferroviaria¹¹⁸ y de los Servicios de Transporte Ferroviario de los ferrocarriles del centro, sur y sur - oriente”¹¹⁹. Dichos ferrocarriles abarcaban los siguientes tramos:

Ferrocarril del Centro

- Tramo Callao – Huancayo
- Tramo La Oroya – Cerro de Pasco
- Tramo Pachacayo - Chaucha

Ferrocarril del Sur

- Tramo Matarani – Arequipa
- Tramo – Arequipa – Juliaca
- Tramo Juliaca – Puno
- Tramo Juliaca – Cusco

Ferrocarril del Sur-Oriente

- Tramo Cusco – Hidroeléctrica

147. Las bases también indicaron que el material tractivo y rodante operativo de ENAFER formaría parte de la concesión a otorgarse, y se garantizó su transferencia al MTC antes de la fecha de cierre.

148. En relación con los servicios de transporte ferroviario en el FSO, las bases únicamente contemplaban la posibilidad de que los servicios sean prestados por el concesionario si era contratado para ello por parte de un operador de servicios de transporte ferroviario¹²⁰. Con lo cual, en principio, se buscaba que la administración de las vías se realice de manera independiente a la provisión del servicio de transporte ferroviario.

¹¹⁸ De acuerdo con los contratos de concesión este concepto comprende la Línea Férrea, las estaciones y andenes, los sistemas y elementos de señalización y comunicaciones, patios de maniobras, entre otros.

¹¹⁹ Bases de la Licitación Pública Especial para la entrega en concesión de la administración de los Ferrocarriles del Centro, Sur y Sur – Oriente.

¹²⁰ “1.3 Definiciones

[...] **Operador de Servicios de Transporte Ferroviario:** Es cualquier persona jurídica constituida o establecida en el país, que cuente con el permiso de operación correspondiente emitido por el MTC y que desarrolle Servicios de Transporte Ferroviario.

[...]

Servicios de Transporte Ferroviario: [...] El concesionario sólo podrá desarrollarlos cuando sea contratado al efecto por un Operador o Porteador de Servicios de Transporte Ferroviario.”

[Énfasis agregado]

149. Sin embargo, el 15 de marzo de 1999, mediante la Circular 17 (Véase Anexo 1) se precisaron las bases y la cláusula sexta de la versión preliminar del contrato de concesión estableciendo que el concesionario debía garantizar que contaba con un operador para los servicios de transporte con el fin de permitir su continuidad..
150. Para ello, el concesionario debía contratar o constituir una persona jurídica que actúe como operador ferroviario manteniendo el impedimento de que el concesionario preste el servicio de transporte directamente. Evidentemente, ello modificó el diseño de la concesión, en específico, eliminó imposibilidad de que el concesionario preste el servicio de transporte. Cabe señalar que ello no afectaba la obligación del concesionario de permitir el acceso a la vía férrea a otros operadores.
151. Luego, mediante circular 43 con fecha 07 de mayo de 1999 (Véase Anexo 2) se aclaró que la persona jurídica constituida debía tener personería jurídica distinta al concesionario. Asimismo, se reiteró que el concesionario estaba imposibilitado de prestar directamente el servicio de transporte ferroviario.
152. Finalmente, el 19 de julio de 1999 se adjudicó a FETRANSA la concesión por un plazo de treinta años, que después fueron ampliados en cinco años adicionales. Con fecha 03 de setiembre de 1999, mediante la circular 73, se precisó que el operador de servicios que acreditaría el concesionario debía contar con una estructura accionarial idéntica a la del concesionario, lo que no impediría que tras la fecha de cierre se disponga, grave o transfiera su participación en el capital de dicho operador.

- **Contrato de concesión del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente**

153. Como se indicó, en julio de 1999, la concesión fue adjudicada a Ferrovías Central Andina en el caso del Ferrocarril del Central, y a FETRANSA en el caso del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente por el periodo de treinta años, que posteriormente fueron ampliados en cinco años¹²¹.
154. En la fecha de cierre, esto es, el 20 de setiembre de 1999, FETRANSA y el MTC suscribieron el contrato de concesión del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente, que comprendía el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los bienes de la concesión, así como la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria, la prestación de servicios de transporte ferroviario y de servicios complementarios¹²².
155. En relación con las retribuciones en el FSO, la retribución especial equivalía al 50% de los ingresos del semestre anterior correspondientes a la explotación del material tractivo y rodante concesionado¹²³. La retribución principal equivalía al 37.25% de ingresos brutos, lo que excluía los ingresos por la explotación del material concesionado y el impuesto general a las ventas¹²⁴.
156. En relación con los bienes que fueron entregados en el marco de la concesión, estos pueden ser clasificados de la siguiente manera:

- a. **Bienes de la concesión:** son los bienes de propiedad del concedente que se entregan al concesionario, detallados en el Anexo 2 (estaciones, patios y casas sección)¹²⁵ y en el Anexo 3 (material rodante y tractivo), incluyendo las mejoras y cualquier otro bien que corresponda.

¹²¹ Como consecuencia de la adenda 3 suscrita el 14 de octubre de 2003 con FETRANSA.

¹²² Cláusula 2.3 del contrato de concesión del FSO.

¹²³ Cláusula 5.2 del contrato de concesión del FSO

¹²⁴ Cláusula 5.1 del contrato de concesión del FSO

¹²⁵ Conforme al anexo 5 del contrato de concesión (oferta económica), FETRANSA se obligó a comprar los bienes ofrecidos y mencionados en la circular 55 al precio establecido en la misma y pagarlos en la fecha de cierre. Conforme a la circular 71, la relación de dichos bienes está contenida en el anexo 2 del contrato de concesión (“estaciones, patios y casas sección”).

- b. **Bienes del concesionario:** son aquellos bienes que, de acuerdo con las leyes aplicables, son de propiedad privada del concesionario y están sometidos a las reglas establecidas en el contrato y/o en las leyes aplicables.
 - c. **Bienes accesorios de la concesión:** son aquellos Bienes del Concesionario que, sin perder su individualidad, están permanentemente afectados a la actividad ferroviaria, tales como el material tractivo y rodante, equipo ferroviario, sistemas de señalización, sistemas y elementos de seguridad, entre otros.
157. Cabe señalar que el material tractivo y rodante así como cualquier otro bien de la concesión incluido en el anexo 3 del contrato no podía ser trasladado fuera del área matriz, salvo autorización escrita del OSITRAN¹²⁶.
158. A modo general, los principales derechos que tenía FETRANSA son los siguientes:
- a. **Derecho a explotar la concesión:** Mediante el aprovechamiento de los bienes de la concesión y los servicios de transporte ferroviario que están autorizados por el contrato, siendo este título suficiente para explotar los bienes¹²⁷.
 - b. **Derecho a cobrar tarifa:** El concesionario tiene derecho a cobrar la tarifa de acceso a la línea férrea a los operadores de servicios de transporte ferroviario que deseen ingresar al mercado¹²⁸, siendo esta la tarifa por uso de vía por cada unidad de vagón, autovagón y/o coche que circule por la línea férrea¹²⁹.
 - c. **Derecho a prestar servicios de transporte ferroviario:** El contrato es título suficiente para que el concesionario pueda prestar servicios de transporte ferroviario, con excepción del transporte de pasajeros y/o carga¹³⁰.
 - d. **Derecho a explotar servicios complementarios:** Se otorga el derecho exclusivo para explotar y desarrollar todos los servicios complementarios que sean posibles desarrollar en el área matriz de acuerdo con las leyes aplicables, tales como, servicios turísticos y de hospedaje, autoservicio, publicidad, entre otros¹³¹.
159. De acuerdo con la definición de Servicios de Transporte Ferroviario del contrato de concesión, FETRANSA puede prestar directamente dichos servicios salvo el transporte de pasajeros y/o de carga. Sin embargo, de acuerdo con la circular 17 debía constituir una persona jurídica independiente, lo que también fue contemplado en la definición de Operador de Servicios de Transporte Ferroviario del contrato de concesión.
160. Sin perjuicio de ello, el concesionario debía celebrar contratos de acceso con los operadores para que puedan desarrollar el servicio de transporte ferroviario¹³². De manera

¹²⁶ Cláusula 3.1 del contrato de concesión del FSO.

¹²⁷ Cláusula 6.1 del contrato de concesión del FSO.

¹²⁸ Cláusula 6.2 del contrato de concesión del FSO.

¹²⁹ Cláusula 7.1 del contrato de concesión del FSO.

¹³⁰ Cláusula 6.3 del contrato de concesión del FSO.

¹³¹ Cláusula 6.4 del contrato de concesión del FSO.

¹³² Cláusula 7.3 del contrato de concesión del FSO.

complementaria, la cláusula 7.6 del contrato establecía que el concesionario no podía discriminar entre los operadores de servicios que soliciten servicios equivalentes.

161. Dicha cláusula no solo prohibía las conductas de abuso de posición de dominio, sino que establecía que cualquier sanción por infracción grave a la libre competencia constituía un incumplimiento contractual y facultaba al MTC a caducar el contrato. Asimismo, recogía reglas en caso dos o más operadores estén interesados en el mismo segmento de la línea férrea.
162. Adicionalmente, la cláusula 12.2 estableció que el concesionario se obligaba a permitir el ingreso a la línea férrea a otros operadores, estando únicamente facultado para impedir su ingreso en tres escenarios específicos: (i) cuando el operador entrante no contara con permiso de operación vigente otorgado por el MTC; (ii) cuando existiera impedimento técnico y operativo por no tener apto el material rodante y tractivo; o (iii) no cuente con seguros.

ii. Sobre la naturaleza y tipo de “concesión” del Ferrocarril del Sur - Oriente

163. El contrato de concesión acoge expresamente el concepto de concesión como acto administrativo. Así, el contrato define la concesión como “el acto administrativo plasmado en el presente Contrato, mediante el cual el Concedente otorga al Concesionario el derecho a explotar los Bienes de la Concesión, prestar Servicios de Transporte Ferroviarios, con excepción del transporte de pasajeros y carga que serán desarrollados por cualquier Operador [...]”.
164. Por su parte, el marco legal bajo el cual fue concesionado el FSO, esto es el Decreto Supremo 059-96-PCM y su Reglamento¹³³, reconocen que la concesión es un acto administrativo.
165. El Reglamento Nacional de Ferrocarriles¹³⁴ también define a la concesión como el acto administrativo bajo el cual se desarrolla la actividad ferroviaria y se explota la infraestructura correspondiente¹³⁵. En ese sentido, tanto el contrato de concesión como el marco normativo adoptaron el concepto de concesión como acto administrativo.
166. Es importante hacer referencia a la postura del profesor Richard Martin, quien indica que el marco legal de concesiones en su momento no tomó en cuenta que el concepto de concesión debía ser evaluado desde una triple naturaleza jurídica, esto es, (i) procedimiento administrativo, (ii) acto administrativo y (iii) contrato administrativo¹³⁶.
167. De acuerdo con su postura, no es posible entender la naturaleza jurídica de la concesión como acto administrativo si no se toma en cuenta que el acto va antecedido de un procedimiento que lleva a la adjudicación de la buena pro. Tras el acto administrativo de adjudicación se suscribe el contrato de concesión, que formaliza la voluntad de las partes. Con lo cual, afirma que la concesión tiene una triple identidad que no puede ser desligada una de otra¹³⁷.

¹³³ Reglamento del DS 059-96-PCM:

“Artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido.”

¹³⁴ Aprobado mediante el Decreto Supremo 032-2005-MTC.

¹³⁵ **“Artículo 3.- Términos empleados**

[...] **Concesión:** Es el acto administrativo por el cual el Concedente, otorga derechos a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para el desarrollo de la actividad ferroviaria y la explotación de la infraestructura vial ferroviaria por un plazo determinado de acuerdo a contrato.”

¹³⁶ Martin, R. (2022). Promoción de la inversión privada en el Perú: del contrato de concesión a las asociaciones público-privadas. Fondo Editorial PUCP. P. 39.

¹³⁷ Danos, J., Morón, J., Huapaya, R., Martín, R. (2011). Mesa redonda: Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país. IUS ET VERITAS. P. 400.

168. En ese sentido, conforme a dicha postura, consideramos que la naturaleza de la concesión del FSO es de naturaleza tripartita: (i) procedimiento administrativo, constituido por la licitación pública internacional convocada por CEPRI-ENAFER; (ii) acto administrativo, constituido por el acto de adjudicación de la buena pro a favor de FETRANSA; y (iii) contrato administrativo, constituido por el contrato de concesión suscrito.
169. También resulta de importancia aclarar el tipo de concesión que es el FSO en base a su objeto. Para tal efecto, existe la (i) concesión de servicio público, que únicamente otorga el derecho a gestionar la prestación de un servicio, estando facultado a cobrar una contraprestación a los usuarios; y (ii) la concesión de obra, que tiene como objeto la transferencia de construcción, reparación, conservación y explotación de una obra pública, teniendo el derecho a ser retribuido por ello ¹³⁸.
170. De acuerdo con SOTO, la concesión de servicio público es aquella mediante la cual la Administración transfiere la gestión de un servicio público para que este sea prestado por el privado a cambio de una remuneración en dinero que suele adoptar la forma de tarifa, la cual es pagada por el usuario o un precio que es pagado por el concedente al concesionario ¹³⁹.
171. Blanquer acota que en la medida que hay una gestión del servicio público, este tipo de concesión siempre implica el contacto directo entre el usuario y el concesionario que gestiona ¹⁴⁰. Estos contratos pueden comprender servicios de electricidad y energía en general, saneamiento, telecomunicaciones, limpieza pública, servicios relacionados a la salud, entre otros ¹⁴¹.
172. La concesión de obra es conceptualizada por ARIÑO como aquel contrato bajo el cual, por un determinado plazo, la Administración otorga a un concesionario la construcción y explotación- o solamente la explotación- de determinadas obras, o en general de aquellas obras que siendo susceptibles de ser explotadas sean necesarias para prestar servicios públicos económicos o para desarrollar servicios económicos de interés general. Asimismo, el concesionario tendrá el derecho a ser retribuido por explotar la obra ¹⁴².
173. En la misma línea, Blanquer señala que la característica particular de la concesión de obra cuando es ejecutada por el agente concesionario es que se realiza a riesgo y ventura de este. En relación con la retribución, se remunera al concesionario cediéndole los productos generados por la explotación de la infraestructura. En caso ello no sea suficiente, se le otorgan otras concesiones compensatorias ¹⁴³.
174. Es relevante destacar que como bien indica el autor, el objeto de la concesión de obra pública es la construcción de la infraestructura a cambio de obtener el beneficio de explotarla. Sin embargo, ello no siempre implica la prestación de un servicio público mediante su explotación ¹⁴⁴.
175. El contrato de concesión de FETRANSA señaló que la concesión era otorgada para efectuar el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los bienes de la concesión, así como para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria, para prestar servicios de transporte ferroviario y servicios complementarios en el área matriz.

¹³⁸ Martin, R. (2022). Promoción de la inversión privada en el Perú: del contrato de concesión a las asociaciones público-privadas. Fondo Editorial PUCP. P. 37.

¹³⁹ Soto, E. (2019). Fundamentos y naturaleza de las concesiones administrativas. Revista Jurídica Digital UANDES 3/1. P. 24.

¹⁴⁰ Blanquer, D. (2012). La concesión de servicio público. P. 80.

¹⁴¹ Morón, J. (2016). La contratación estatal. P. 170

¹⁴² Ariño, G. (2009). Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables? Revista de Derecho Administrativo CDA. P. 16.

¹⁴³ Blanquer, D. (2012). La concesión de servicio público. P. 75.

¹⁴⁴ Blanquer, D. (2012). La concesión de servicio público. P. 79.

176. Resulta evidente que si bien el contrato facultó al concesionario a prestar los servicios de transporte ferroviario, también se le otorgó la construcción de obras de infraestructura así como la explotación¹⁴⁵. Con lo cual, el contrato de concesión del FSO es un contrato de obra pública.
177. Dromi indica que la concesión de obra se puede clasificar en base a la existencia o no de contribución por parte del contratista o el subsidio del Estado, pudiendo ser a título oneroso, gratuita o subvencionada por el Estado¹⁴⁶.
178. El Decreto Supremo 059-96-PCM indicó que las concesiones podrían ser otorgado bajo alguna de las siguientes modalidades: (i) a título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución en dinero al Estado, (ii) a título gratuito, (iii) cofinanciada por el Estado, y (iv) mixta cuando concurren más de una de las modalidades.
179. Con lo cual, la concesión del FSO fue a título oneroso, en la medida que se estableció una retribución principal y especial, las cuales tenían como objetivo retribuir al Estado por la explotación, siendo incluso la primera el factor de competencia establecido para ganar la licitación pública internacional.

iii. Marco normativo en el sector ferroviario

• Decreto Legislativo 690:

180. En el año 1991 se promulgó el Decreto Legislativo 690, que declaraba de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria, siendo parte de la base normativa para la licitación del Ferrocarril Sur y Sur – Oriente que se realizó después.
181. El decreto establecía que el transporte ferroviario podría ser prestado libremente por cualquier persona siempre que esta tenga un permiso de operaciones debidamente otorgado por el MTC¹⁴⁷.
182. Asimismo, dividió la actividad ferroviaria en dos: (i) servicios de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, que comprendía los bienes afectados al servicio e instalaciones complementarias, y (ii) el servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga, así como las operaciones relacionadas al material rodante, compuesto por locomotoras, coches y vagones, y a los sistemas de señalización, telecomunicaciones y electricidad.
183. Lo más resaltante es que la norma prohibía expresamente cualquier forma de monopolio y de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria:

“Artículo 1.- Declárase de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria.

Queda prohibida cualquier forma de monopolio y de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria. El Estado garantiza la libertad de tráfico ferroviario en el país.”

184. Sin embargo, al día siguiente de la emisión del Decreto Legislativo 690, esto es, el 07 de noviembre de 1991, se publicó el Decreto Legislativo 701 que prohibía las conductas de abuso de posición de dominio y otras prácticas anticompetitivas. Bajo ese contexto, la prohibición de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria recogida por el Decreto Legislativo 690 se convirtió en una prohibición general bajo el Decreto Legislativo 701.
185. La prohibición de monopolios en la actividad ferroviaria tenía sentido con la Constitución de 1979 que en ese momento se encontraba vigente y prohibía expresamente la existencia

¹⁴⁵ Cláusula 2.3 del contrato de concesión del FSO.

¹⁴⁶ Dromi, R. (2006). Licitación y obra pública. P. 711.

¹⁴⁷ Artículo 4 del Decreto Legislativo 690.

de monopolios en el mercado de bienes y servicios en el Perú. Sin embargo, en nuestra opinión, dicha prohibición fue derogada tácitamente por la Constitución Política de 1993, la cual señala que la posición de dominio no está prohibida, sino el abuso de esta.

- **Reglamento Nacional de Ferrocarriles:**

186. El Reglamento Nacional de Ferrocarriles, aprobado mediante el Decreto Supremo 032-2005-MTC, tiene como objetivo establecer las reglas generales que rigen la actividad ferroviaria y a las personas que realizan dicha actividad, siendo también de aplicación a las concesiones ferroviarias¹⁴⁸. El Reglamento clasifica las vías férreas en base a su titularidad como (i) pública y si permite la prestación del transporte ferroviario público, o (ii) privada.
187. Las públicas a su vez se dividen en concesionadas y no concesionadas. Las primeras son aquellas que fueron otorgadas por un plazo determinado al sector privado para su explotación mediante un título habilitante denominado concesión. Las no concesionadas son aquellas que no han sido objeto de una concesión. Las vías férreas privadas son empleadas para la prestación del transporte ferroviario privado, pues su titular es una persona natural o jurídica privada.
188. En relación con los títulos habilitantes para prestar el servicio de transporte, el Reglamento¹⁴⁹ señala que los operadores requieren contar obligatoriamente con el permiso de operación que otorga el MTC para prestar el servicio de transporte de carga y/o pasajeros en una cualquier ruta de la infraestructura ferroviaria.
189. El permiso de operación tendría eficacia restringida durante la primera etapa, permitiéndole a su titular recurrir al concesionario que administra la vía férrea para solicitar un contrato de acceso y un contrato de alquiler de material rodante y/o facilidades esenciales, o ante OSITRAN para la emisión de un mandato de acceso. La vigencia de este permiso es de un año.
190. Durante el periodo de eficacia restringida, el titular del permiso deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 109 del Reglamento, esto es, la presentación de diversos documentos tales como el contrato de acceso a la vía férrea celebrado con el concesionario o el mandato de acceso correspondiente, documento que acredita la legítima posesión del material tractivo y/o rodante, pólizas de seguro vigentes, acreditación de capital social mínimo, entre otros. Ello con el objetivo de que la autoridad le reconozca al titular del permiso la eficacia plena al permiso¹⁵⁰.
191. En una segunda etapa, el permiso tendrá eficacia plena y le permitirá a su titular prestar servicios en la ruta de la infraestructura ferroviaria concesionada a la que postuló. La vigencia de este permiso es de cinco años.
192. Finalmente, el permiso de operación quedará sin efecto cuando concorra alguna de las causales del artículo 102 y 113. Algunas causales de caducidad son que se verifique la ocurrencia de fraude o falsedad en las declaraciones o documentación; que el operador no mantenga vigente las pólizas de seguro, que finalice el plazo de vigencia del permiso sin que sea renovado, que el operador no haya solicitado en el plazo de un año el reconocimiento de eficacia plena, entre otros.

- **Reglamento Marco de Acceso del OSITRAN:**

¹⁴⁸ Artículo 2 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

¹⁴⁹ Artículo 95 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

¹⁵⁰ Artículo 104 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles.

193. El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del OSITRAN (REMA), aprobado mediante la Resolución 034-2001-CD/OSITRAN¹⁵¹, tuvo como objetivo definir las reglas básicas relacionadas al acceso a la infraestructura de transporte de uso público, y establecer los criterios técnicos, económicos y legales a los que deberán sujetarse los contratos de acceso y los pronunciamientos que emita el OSITRAN sobre el acceso a la infraestructura¹⁵².
194. El REMA define la facilidad esencial como (i) aquella administrada o controlada por un único o limitado número de entidades prestadoras; (ii) no es eficiente ser duplicada o sustituida y (iii) el acceso es indispensable para los usuarios intermedios para completar la cadena logística¹⁵³.
195. En su anexo 1 señala cuáles que en las vías férreas son facilidades esenciales la línea férrea, los patios de maniobras y sus correspondientes desvíos, los desvíos, y las estaciones ferroviarias de carga y descarga de mercancías y embarque y desembarque de pasajeros.
196. El REMA reconoció la potestad de OSITRAN de aprobar los Reglamentos de Acceso de las concesiones, los cuales regularían el acceso a las facilidades esenciales de cada concesión¹⁵⁴. Asimismo, se indicó que OSITRAN estaría facultado a emitir mandatos de acceso (i) cuando las partes no han llegado a un acuerdo sobre los cargos o condiciones del contrato de acceso y/o (ii) si la entidad prestadora se niega a suscribir el contrato de acceso tras el otorgamiento de la buena pro o culminada la subasta¹⁵⁵.
197. El REMA establece como principios aplicables para brindar el acceso a una facilidad esencial los siguientes: (i) principio de libre acceso; (ii) principio de neutralidad; (iii) principio de no discriminación; (iv) principio de libre competencia y promoción de la inversión privada; (v) prohibición de subsidios cruzados entre otros¹⁵⁶.
198. De esta manera, el REMA mitiga diversos riesgos vinculados a una negativa injustificada de acceso a la facilidad esencial o de un trato discriminatorio, pues otorga la posibilidad al OSITRAN de intervenir en los procesos de contratación o, incluso emitir un mandato de acceso, sin que ello inhiba su facultad de sancionar cuando corresponda.
199. En base a ello, en el año 2003, el OSITRAN emitió un mandato de acceso temporal a favor de FERSIMSAC para operar en el tramo Cusco - Machupicchu – Hidroeléctrica.

iv. Sobre el arrendamiento del material tractivo y rodante del Ferrocarril Sur - Oriente

200. El material tractivo y rodante es definido por el contrato de concesión de la siguiente manera: (i) **material tractivo** es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros y/o el traslado de personal de supervisión, estando conformado por locomotoras, autovagones, autocarriles y autovías; y (ii) **material rodante** es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros.
201. Desde que se convocó la licitación el material tractivo y rodante estaba comprendido en la concesión, motivo por el cual, de acuerdo con las bases, antes de la entrega en concesión el material iba a ser transferido por ENAFER al MTC.

¹⁵¹ Posteriormente, mediante la Resolución 014-2003-CD/OSITRAN se aprobó el nuevo REMA, el cual está vigente actualmente.

¹⁵² Artículo 1 del REMA.

¹⁵³ Artículo 9 del nuevo REMA.

¹⁵⁴ Artículo 13 del nuevo REMA.

¹⁵⁵ Artículo 44 del nuevo REMA.

¹⁵⁶ Artículo 8 del nuevo REMA.

202. Posteriormente la circular 20 del 17 de marzo de 1999 aclaró diversos aspectos en relación con el material tractivo y rodante, entre ellas, las siguientes:
- Conforme al artículo 888 del Código Civil, el material tractivo y rodante calificaría como un bien accesorio al estar permanente afectado a un fin económico, esto es, la concesión.
 - Si el concesionario adquiriera material tractivo y rodante, conforme a la cláusula 19.2 será este el propietario de los bienes. Sin embargo, de acuerdo con el art. 30 del TUE del DS 054-97-PCM, para transferir un bien integrante o accesorio de la concesión se requiere aprobación del MTC.
 - El operador de servicios de transporte puede ser propietario de su propio material tractivo y rodante para prestar el servicio de transporte, no estando obligado a transferir al concedente los bienes de su propiedad.
203. El 20 de septiembre de 1999, FETRANSA y PERURAIL suscribieron un contrato de acceso a la vía denominado "track access agreement" por un periodo de 10 años. En relación con la tarifa de uso de vía, esta fue establecida en US\$ 0.45 para el caso del Ferrocarril del Sur y US\$ 3.00 para el Ferrocarril Sur-Oriente.
204. En virtud de dicho contrato, FETRANSA otorgó a PERURAIL la totalidad del material que fue otorgado por el Estado con la concesión¹⁵⁷:

Ferrocarril del Sur	
Material tractivo	
Locomotoras	26
Autocarriles y autovías	17
Material rodante	
Coches	63 ¹⁵⁸
Vagones	870

Ferrocarril Sur-Oriente	
Material tractivo	
Locomotoras	6
Autovagones	8
Autovías	7
Material rodante	
Coches	33
Vagones	70

¹⁵⁷ Anexo 3 del contrato de concesión del FSO.

¹⁵⁸ En este caso, se transfirieron 63 coches de los 66 que había otorgado el Estado.

205. Posteriormente, con fecha 01 de agosto de 2000, FETRANSA y PERURAIL dieron por resuelta su relación contractual y celebraron un nuevo contrato conforme al cual se otorgó en arrendamiento el material tractivo y rodante por un periodo de 6 años¹⁵⁹.
206. Durante la ejecución de dicho contrato se determinó que parte del material no estaba en condiciones operativas y técnicas exigidas por el contrato para prestar el servicio de transporte, por lo cual PERURAIL lo devolvió a FETRANSA.
207. Este último lo devolvió al MTC conforme a acta notarial del 21 y 22 de noviembre de 2005. En el caso del Ferrocarril Sur-Oriente, FETRANSA devolvió únicamente material rodante, específicamente, cuatro coches y veintiocho vagones¹⁶⁰.
208. Durante la ejecución del contrato de arrendamiento, PERURAIL realizó inversiones ascendentes a 25 millones de soles aproximadamente en relación al material tractivo y rodante que no fue devuelto al Estado.
209. Finalmente, el 02 de enero del 2006, FETRANSA y PERURAIL resolvieron de manera voluntaria el contrato de arrendamiento suscrito en el año 2000 y suscriben un nuevo contrato de arrendamiento por el periodo de seis años

IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

210. Los problemas que se han identificado en el expediente materia de estudio y que a continuación se evaluarán son los siguientes:
 - i. ¿FETRANSA tenía posición de dominio en el mercado relevante correctamente definido?
 - ii. ¿La Sala interpretó el contrato de concesión del FSO excediendo sus facultades?
 - iii. ¿El uso efectivo de la totalidad del material arrendado era una justificación válida para la negativa de trato a FERSIMSAC?
 - iv. ¿La Sala podía ordenar el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión?
211. En relación con el primer problema jurídico identificado, el presente trabajo evalúa si es que la definición del mercado relevante acogida por la Comisión y la Sala era la correcta. Para ello, se explicarán cuáles son los criterios que deben ser tomados en cuenta para la definición del mercado relevante y para determinar si una empresa ostenta posición de dominio en el mismo.
212. Finalmente se concluirá que la definición del mercado relevante de la Comisión y la Sala fue incorrecta en la medida que no solo acogieron un criterio erróneo para evaluar la sustituibilidad, sino que también omitieron en su análisis diversos elementos importantes. En consecuencia, FETRANSA no tenía posición de dominio en el mercado relevante correctamente definido.
213. El análisis del segundo problema jurídico pretende responder a la pregunta de si la Sala interpretó el contrato de concesión del FSO. Para ello se establecerán cuáles son los métodos de interpretación contractual con el objetivo de determinar si la Sala acogió alguno de estos métodos. Tras ello, se desarrollarán los alcances de la facultad de interpretación de los contratos de concesión que tiene OSITRAN, concluyendo que efectivamente la Sala interpretó el contrato de concesión del FSO excediendo sus funciones e infringiendo el principio de legalidad.
214. El tercer problema jurídico que se evaluará está vinculado a si el uso efectivo por parte de PERURAIL de la totalidad del material tractivo y rodante arrendado era una justificación

¹⁵⁹ Si bien las partes celebraron el contrato por un periodo de diez años, de acuerdo con el artículo 1688 del Código Civil, el plazo máximo de arrendamiento es de seis años.

¹⁶⁰ Anexo A del contrato de arrendamiento del 02 de enero de 2006.

válida para la negativa a contratar y, en consecuencia, debió ser aceptada por la Sala. Para ello se desarrollarán los aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de evaluar una negativa a contratar. En el caso particular, se concluye que la justificación sí debió ser admitida y, en consecuencia, no debió sancionarse a FETRANSA.

215. El cuarto problema busca determinar si la Sala contaba con facultades para ordenar como medida correctiva el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión del FSO. Para ello se evaluará el marco normativo relativo a las medidas correctivas y posteriormente se concluirá que no estaba facultada para ordenar el cumplimiento de dicha cláusula.

A. PRIMER PROBLEMA: ¿FETRANSA tenía posición de dominio en el mercado relevante adecuadamente definido?

i. ¿Cómo se debe determinar el mercado relevante?

216. La definición del mercado relevante tiene como objetivo identificar cuáles son los servicios y áreas que compiten con los servicios prestados por la empresa que es objeto de evaluación.
217. Al respecto, el profesor Richard Wish¹⁶¹ ha señalado que el fin principal de la determinación del mercado relevante es identificar de manera sistemática las presiones competitivas que enfrenta una empresa. El objetivo último es identificar los competidores existentes de dicha empresa, quienes podrían frenar su conducta e impedir que actúe de manera independiente a la presión competitiva.
218. La delimitación del mercado relevante es una metodología usualmente empleada para analizar ciertas conductas como el abuso de posición de dominio¹⁶², debido a que esta requiere establecer previamente si la empresa imputada tiene posición de dominio en el mercado relevante determinado.
219. Conforme a la práctica internacional, la Ley de Competencia vigente actualmente dispone que el mercado relevante está conformado por el mercado de producto así como por el mercado geográfico¹⁶³.
220. El mercado de producto o servicio relevante comprende el bien o servicio que es materia de la conducta investigada, así como sus posibles sustitutos¹⁶⁴. En nuestro caso particular, correspondería determinar el mercado del servicio relevante. Su determinación inicia identificando cuál es el servicio que presta la empresa cuya conducta se está evaluando, para ello, se deberá identificar sus principales características.
221. Posteriormente, se realiza el análisis de sustituibilidad de la demanda del servicio previamente identificado, esto es, los servicios que podrían sustituirlo. Para ello, la autoridad de competencia toma en cuenta las preferencias de los clientes del servicio; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución, entre otros¹⁶⁵.

¹⁶¹ Wish, R., Baley, D. (2012). Competition Law. Oxford. P. 100.

¹⁶² TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.”

“Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.”

¹⁶³ Artículo 6.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁶⁴ Artículo 6.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁶⁵ Artículo 6.2 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

222. Como se podrá apreciar, la información disponible es un insumo fundamental que emplean las agencias de competencia para definir el mercado del producto así como el geográfico. Por ello, las agencias procuran obtener la mayor cantidad de información disponible y confiable. Al respecto, la OECD¹⁶⁶ ha señalado que la información que puede ser empleada es la siguiente:

“Una fuente de evidencia para la sustitución de la demanda proviene de cambios en las estructuras del mercado, por ejemplo, la entrada de un nuevo proveedor u otros experimentos naturales.

En segundo lugar, el mismo mercado puede haber sido objeto de un análisis de competencia reciente, de manera que la data, por ejemplo, estimación de demanda, estén disponibles permitiendo la estimación de las elasticidades de la demanda propias y de precios cruzados, al menos para el comportamiento pasado del consumidor.

Tercero, la evidencia de la sustitución de la demanda podría obtenerse mediante encuestas de consumidores. En las encuestas, se pregunta a los consumidores a qué productos o ubicaciones recurrirían para sustituir el producto considerando un SSNIP. Esto podría hacerse empíricamente mediante un método de muestreo adecuado o mediante entrevistas.

En cuarto lugar, la propia empresa, por ejemplo, su división de marketing, puede haber recopilado datos sobre el comportamiento de sustitución del comprador para identificar a los rivales más cercanos.

Quinto, los expertos de la industria, consultores, ex ejecutivos, proveedores de complementos o distribuidores podrían proporcionar información sobre una probable sustitución.

Sexto, el costo de cambiar a sustitutos y el tiempo requerido para cambiar a productos fuera del mercado candidato, así como las características y ubicación del producto podrían permitir inferencias sobre la sustitución de la demanda. La evidencia de la sustitución de la oferta podría obtenerse de expertos de la industria y la tecnología y también del comportamiento anterior de los participantes del mercado con respecto a los cambios estructurales en el mercado y sus respuestas al comportamiento de los precios de los competidores”.

[Énfasis agregado]

223. Para definir el mercado del producto o del servicio en base a lo previamente explicado, la RIC¹⁶⁷ indica que se debe considerar la siguiente información:

¹⁶⁶ OECD (2012). Market definition. P. 33. Traducción libre.

¹⁶⁷ International Competition Network (2002). ICN Recommended Practices for Merger Analysis. P. 8. Traducción libre.

- “Las características, precios, funciones y uso que da el cliente a los productos en cuestión;
- Evidencia de que los clientes han cambiado o han considerado cambiar las compras entre los productos ante cambios en el precio u otras variables competitivas. En algunos casos, las agencias pueden derivar tal evidencia del análisis empírico de datos cuantitativos, como a través del cálculo del precio propio o de las elasticidades cruzadas de la demanda;
- Los márgenes entre el precio y el costo marginal o incremental, ya que márgenes más altos como fracción del precio pueden implicar que los consumidores son menos sensibles al precio;
- Evidencia de que los vendedores basan sus decisiones comerciales en la perspectiva de sustitución de compradores entre productos en respuesta a cambios relativos en el precio u otras variables competitivas;
- Evidencia con respecto a la fuerza y la naturaleza de las preferencias del cliente entre los productos (por ejemplo, lealtad a la marca, preferencias por ciertos estándares de rendimiento o compatibilidad del producto, etc.);
- Niveles de precios relativos y movimientos de precios de los productos en comparación con los costos y los posibles sustitutos;
- Requisitos legales o normativos (p. ej., estándares de certificación de productos, estándares de cumplimiento normativo, etc.) que pueden afectar la sustituibilidad de los productos desde el punto de vista de los clientes; y
- El tiempo y los costos necesarios para cambiar de producto, ya que los altos costos de cambio en relación con el valor de un producto tienden a hacer que la sustitución sea menos probable.”

224. En el mismo sentido, Wish¹⁶⁸ ha señalado que la siguiente información puede ser usada para definir el mercado de producto es:

- Evidencia histórica sobre sustituibilidad
- Evaluaciones cuantitativas
- Perspectiva de los clientes y los competidores
- Estudios de mercado y encuestas dirigidas a los clientes
- Barreras y costos asociados con la sustituibilidad del lado de la demanda hacia servicios sustitutos

225. Tras haber tomado en cuenta lo anterior, se habrá determinado el mercado del servicio relevante, que estará compuesto por el servicio relevante así como por sus sustitutos y el siguiente paso será determinar el mercado geográfico relevante.

226. El mercado geográfico relevante es definido por nuestra actual Ley de Competencia como el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del servicio relevante a las que la demanda está dispuesta a recurrir¹⁶⁹.

227. De acuerdo con nuestra Ley de Competencia, para realizar esta evaluación se suele tomar en cuenta factores como los costos de transporte así como las barreras al comercio que podrían existir¹⁷⁰. Con ello, el mercado geográfico relevante estará conformado por las zonas geográficas a las que los clientes están dispuestos a recurrir de manera alternativa.

228. Sin perjuicio de ello, su delimitación estará sometida principalmente a la naturaleza del servicio, así como a los agentes económicos que lo demandan y lo ofertan. Así, la Comisión Europea ha indicado que “la naturaleza de la demanda del producto considerado puede en sí misma determinar la extensión del mercado geográfico”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Wish, R., Baley, D. (2012). Competition Law. Oxford. Pp. 35-36.

¹⁶⁹ Artículo 6.3 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁷⁰ Artículo 6.3 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

¹⁷¹ Comisión Europea (1997). Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. P. 7.

229. La RIC ha indicado que para la determinación del mercado geográfico, las agencias de competencia deberían considerar la siguiente información¹⁷²:

- *“El costo y la dificultad de transportar el producto en relación con el valor del producto (cuanto mayor sea el valor de un producto en relación con sus costos de transporte, es más probable que los clientes busquen proveedores en lugares más distantes y es más probable que los proveedores estén ubicados en otras áreas están dispuestas a abastecer a los clientes en esa área);*
- *Características del producto (p. ej., caducidad o fragilidad del producto, naturaleza y requisitos de los servicios ofrecidos, etc.), características geográficas u otras circunstancias que afecten la capacidad de los clientes para obtener productos de vendedores fuera del área geográfica;*
- *Evidencia de que los clientes han cambiado o han considerado cambiar sus compras entre diferentes ubicaciones geográficas en respuesta a cambios relativos en el precio u otras variables competitivas. En algunos casos, las agencias pueden obtener tal evidencia del análisis empírico de datos cuantitativos;*
- *Evidencia de que los vendedores basan sus decisiones comerciales en la posibilidad de sustitución de compradores entre ubicaciones geográficas en respuesta a cambios relativos en el precio u otras variables competitivas;*
- *Niveles de precios relativos y movimientos de precios de productos en diferentes áreas geográficas;*
- *La voluntad de los clientes de obtener el producto o servicio relevante de proveedores en otras ubicaciones geográficas, incluidas las preferencias de los clientes para obtener el producto de un proveedor con presencia local o con la capacidad de comunicarse en el idioma local;*
- *Restricciones en la capacidad de los vendedores externos para expandir sus ventas en el área geográfica (por ejemplo, capacidad de producción, capacidad comprometida, la necesidad de establecer el reconocimiento y la aceptación de la marca; capacidades de distribución y servicio posventa, etc.);*
- *Requisitos legales o reglamentarios (p. ej., derechos de importación, aranceles, cuotas, requisitos de licencia, autorizaciones o aprobaciones reglamentarias requeridas, etc.) que pueden aumentar los costos de los proveedores”*

230. En la misma línea, American Bar Association señala que para la definición del mercado geográfico se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- *“evidencia de cambios previos de ubicaciones geográficas en las que se hicieron compras en respuesta a variaciones en los precios;*
- *el costo de transporte de un producto a diferentes compradores en relación con su precio;*
- *cualquier necesidad de que los proveedores estén cerca de sus clientes para brindarles servicio o soporte;*
- *evidencia de que los proveedores basan sus decisiones comerciales en la capacidad de sus clientes de cambiar entre ubicaciones geográficas en respuesta a un cambio en los precios;*
- *costos de cambio geográfico;”*¹⁷³

231. En particular, la Comisión Europea¹⁷⁴ ha destacado la importancia que tiene que las agencias de competencia recurran a la demanda del servicio o producto, así como a los

¹⁷² International Competition Network (2002). ICN Recommended Practices for Merger Analysis. P. 9-10. Traducción libre.

¹⁷³ ABA Section of Antitrust Law (2012). Market Definition in Antitrust: Theory and case studies. P. 14. Traducción libre.

¹⁷⁴ Comisión Europea (1997). Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. P. 47.

competidores de la empresa objeto de análisis con el fin de obtener mayores alcances sobre la dimensión del mercado geográfico:

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

[Énfasis agregado]

232. De acuerdo con todo lo anterior, existen diversas fuentes de evidencia que pueden ser usadas para realizar un adecuado análisis de sustituibilidad, lo que permitirá determinar adecuadamente un mercado relevante y, posteriormente, evaluar una potencial conducta anticompetitiva.
233. Los criterios para la definición del mercado relevante que hemos explicado no eran nuevos para el INDECOP, pues ya habían sido empleados por la autoridad de competencia anteriormente, pese a que no habían sido recogidos expresamente por el Decreto Legislativo 701 vigente en aquel momento.
234. Así, en el año 2001, en el marco de la denuncia presentada por Aero Continente en contra del BCP por presunto abuso de posición de dominio en el mercado de servicio de cuenta corriente en la ciudad de Puerto Maldonado, el INDECOP¹⁷⁵ señaló cuáles eran los criterios generales para definir el mercado del producto y geográfico:

*“16. El mercado relevante se define en base a la determinación del servicio relevante y de la delimitación geográfica. **El servicio relevante comprende todos los servicios que son considerados por el comprador como intercambiables ya sea por sus características, precio o usos** (servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). De otro lado, la delimitación geográfica del mercado considera el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los que el comprador podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado.”*

[Énfasis agregado]

235. Posteriormente, en el año 2006, en el caso de la denuncia presentada por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú en contra de VOPAK y PETROPERU por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en el mercado de almacenamiento de gas licuado de petróleo, la Comisión también desarrolló los criterios generales para definir adecuadamente el mercado de servicio relevante y el mercado geográfico.
236. En aquella oportunidad estableció que para definir el mercado del servicio relevante se debe determinar qué servicios son sustitutos adecuados del servicio demandado. Dichos sustitutos no deben ser necesariamente idénticos al servicio demandado, sino que deben ser alternativas razonables de acuerdo con un número significativo de consumidores.
237. En relación al mercado geográfico, estableció que este se enfocaba en determinar cuál era el costo de contratar el servicio relevante que se evalúa desde otra fuente de aprovisionamiento ubicada en un área geográfica distinta. Para lo cual, se debe determinar la oferta que satisfaga adecuadamente la demanda a un nivel competitivo.¹⁷⁶

¹⁷⁵ Resolución 022-2001-INDECOP/CLC del 11 de julio de 2001. P. 5.

¹⁷⁶ Resolución 051-2006-INDECOP/CLC del 10 de julio de 2006. P. 9 y 12.

238. Si bien el Decreto Legislativo 701 no brindaba mayor detalle en relación con los elementos a tomar en cuenta para la determinación del mercado relevante, la práctica internacional permitió que incluso antes de la aprobación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas mediante el Decreto Legislativo 1034 se apliquen criterios adecuados para definir el mercado relevante.

ii. ¿Cómo se determina la existencia de una posición de dominio?

239. El segundo paso de la evaluación de una potencial conducta de abuso de posición de dominio consiste en evaluar si la empresa tiene posición de dominio en el mercado relevante previamente definido.

240. La participación de mercado y su estabilidad en el transcurso del tiempo suelen ser usados como indicadores de posición de dominio¹⁷⁷. De hecho, la OECD ha indicado que la participación de mercado es una herramienta empleada para realizar ciertas inferencias sobre el poder de mercado de una empresa así como la fuerza competitiva que puede enfrentar¹⁷⁸.

241. Incluso, el profesor Conrath¹⁷⁹ ha señalado que esta es la evidencia más relevante en relación con la posición de dominio de una empresa, pese a que en sí misma no determina la existencia de dominancia.

242. Así, la OECD ha señalado que una vez que se obtiene la participación de mercado, esta puede ser empleada para medir la concentración en dicho mercado, para lo cual se suele recurrir al Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), que resulta de multiplicar al cuadrado la cuota de mercado de cada empresa que participa en el mercado relevante y sumarlas entre sí¹⁸⁰.

243. Conforme señala el Departamento de Justicia de Estados Unidos (en adelante, DOJ), el cálculo del HHI permitirá identificar un mercado no concentrado (HHI inferior a 1,500), un mercado moderadamente concentrado (HHI entre 1,500 a 2,500) y un mercado altamente concentrado (HHI mayor a 2,500)¹⁸¹.

244. Sin embargo, el análisis de la posición de dominio no se limita a lo anterior, sino que también deben evaluarse las condiciones de entrada y expansión, ya que estas afectarían la permanencia del poder de mercado del agente¹⁸².

245. Las barreras de entrada y/o permanencia podrían ser un indicador de la ausencia de restricciones competitivas que enfrenta la empresa que presuntamente es dominante en el mercado relevante. Ello en la medida que si entrar a un mercado fuera muy sencillo y no implicara altos costos, incluso una alta participación de mercado no constituirá evidencia de una posición de dominio¹⁸³.

246. Los criterios previamente esbozados para evaluar la dominancia de una empresa ya se encontraban recogidos por el Decreto Legislativo 701 vigente en aquel momento¹⁸⁴.

¹⁷⁷ ICN Unilateral Conduct Working Group (2008). Dominance/Substantial market power analysis pursuant to unilateral conduct laws. Recommended Practices. P. 3. Traducción libre.

¹⁷⁸ OECD (2012) Market definition. P. 26.

¹⁷⁹ Conrath, C. Capítulo 5. Posición dominante en el mercado relevante. Poder de mercado: cómo identificarlo. P. 149.

¹⁸⁰ OECD (2012). Market definition. P. 26.

¹⁸¹ U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). Horizontal Merger Guidelines.

¹⁸² ICN Unilateral Conduct Working Group (2008). Dominance/Substantial market power analysis pursuant to unilateral conduct laws. Recommended Practices. P. 2. Traducción libre.

¹⁸³ Conrath, C. Capítulo 5. Posición dominante en el mercado relevante. Poder de mercado: cómo identificarlo. P. 154.

¹⁸⁴ Artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

247. De hecho, en 2005 el Tribunal resolvió el procedimiento iniciado por la denuncia de Depósitos Santa Beatriz, Eleodoro Quiroga Ramos y Comercial Quiroga contra Distribuidora Norte Pacasmayo por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, y recogió los criterios que deben ser tomados en cuenta para concluir que una empresa tiene posición de dominio en un mercado relevante.
248. En aquella oportunidad, el Tribunal determinó que la empresa contaba con posición dominante tras evaluar las características, aplicaciones, precios y volúmenes comercializados del cemento; los flujos comerciales nacionales e internacionales, costos de transporte; el acceso a fuentes de financiamiento, entre otros.¹⁸⁵

iii. ¿En qué se equivocaron la Sala y la Comisión? ¿Cuál es el mercado relevante adecuadamente determinado?

❖ Sobre el análisis de sustituibilidad de la demanda para definir el mercado del servicio

249. En el presente caso, FERSIMSAC solicitó a FETRANSA el arrendamiento del material tractivo y rodante para poder prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO. Con lo cual, consideraré el servicio de alquiler como el servicio relevante para realizar la determinación del mercado del servicio.
250. Como se ha podido apreciar previamente, la Comisión y la Sala estuvieron de acuerdo en los términos en los que debía ser determinado el mercado relevante. De acuerdo con estas, el mercado relevante era el alquiler del material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento del Cusco.
251. Sin embargo, como evidenciaremos en esta sección, el mercado no fue determinado correctamente pues se omitió analizar con mayor profundidad diversos elementos que habrían llevado a concluir que el mercado relevante era más amplio y, en consecuencia, FETRANSA no tenía posición de dominio en dicho mercado relevante.
252. El principal error en el que recae tanto la Comisión como la Sala del INDECOPI fue no evaluar información que evidenciaba que existían sustitutos para el servicio de alquiler del material tractivo y rodante que también eran económicamente viables. Ambos órganos señalaron que no era posible considerar otra alternativa al alquiler como lo era la compra del material, debido a que si bien era rentable, no era ventajosa competitivamente frente al alquiler¹⁸⁶. Los órganos también descartaron la alternativa de compra de material de otro tipo de trocha para su adaptación al FSO.
253. Incluso FETRANSA se pronunció al respecto señalando que el análisis de sustituibilidad debe evaluar si es imposible económica y realmente para todos los competidores duplicar la infraestructura o servicio que pertenece a una empresa¹⁸⁷. Sin embargo, ello no fue tomado en cuenta por la autoridad.
254. Como hemos indicado previamente, para definir mercado del servicio se debe evaluar únicamente si existe sustituibilidad del servicio relevante frente a los servicios alternativos. Para ello, la autoridad de competencia considera diversos factores, tales como, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos, entre otros.

¹⁸⁵ Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI. P. 8.

¹⁸⁶ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. P. 19:

“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 [...]”

¹⁸⁷ Escrito de FETRANSA del 09 de abril de 2007. P. 6

255. No se debió descartar un sustituto al servicio del alquiler únicamente por ser menos rentable. La consecuencia de todo lo anterior fue que el mercado relevante resultante del análisis fue más estrecho del que debió haber sido.
256. Asimismo, debemos destacar que en el marco del procedimiento no se solicitó información a Ferrovías Central Andina S.A. (concesionaria del Ferrocarril del Centro) ni a su empresa vinculada Ferrovías Central Andina S.A. (operadora de servicios de transporte) a fin de identificar si existen alternativas al servicio de alquiler de material tractivo así como para delimitar el mercado geográfico. Como ha señalado ABA, los compradores de servicios intermedios, como lo es el servicio de alquiler de material tractivo, pueden proveer información para evaluar la sustitución del lado de la demanda¹⁸⁸.
257. En general, lo que ambos órganos debieron haber evaluado para el análisis de sustituibilidad es la información que evidenciaba qué alternativas eran viables técnica y económicamente, no si estas era más o menos ventajosas frente a la situación de PERURAIL, que ostenta material tractivo y rodante en virtud de su contrato de arrendamiento con FETRANSA.
258. Con lo cual, resulta claro que el criterio de la Comisión y la Sala para evaluar el mercado del producto carece de sustento, y conllevó a que el mercado relevante determinado se haya definido incorrectamente, lo que habría afectado el resto de la evaluación.

❖ **¿Cuál es el mercado del servicio adecuadamente determinado?**

259. En caso se hubiera adoptado el criterio previamente señalado para la determinación del mercado relevante, como veremos a continuación, este hubiera sido definido de una manera distinta.
260. Si bien INDECOPI incluyó en el mercado relevante al alquiler del material tractivo y rodante de trocha angosta, también debió incorporar otras alternativas: (i) la compra de material de trocha angosta, y (ii) la compra de material de trocha ancha o estándar para su conversión a trocha angosta.
261. La alternativa de compra de material de trocha angosta implica que la empresa interesada en prestar el servicio de transporte ferroviario adquiera el material que ya tenga las características técnicas para ser operado en el FSO.
262. Como se señaló previamente, esta alternativa fue descartada por la Secretaría Técnica al considerar que “la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento, toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisiona de dicho material- alquilándolo- a un costo mucho menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado”.
263. La Sala acogió dicha postura y descartó la alternativa indicando lo siguiente¹⁸⁹:

¹⁸⁸ ABA Section of Antitrust Law (2012). Market Definition in Antitrust: Theory and case studies. P. 58.

¹⁸⁹ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. p. 20-21.

“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 salida por el costo hundido incurrido; y, (iii) una importante inversión que, en principio, solo 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” eliminando la posibilidad de que la inversión realizada resulte razonable”

264. Sin embargo, la compra del material sí era una alternativa viable económicamente. Más aún si se considera que PERURAIL ya había comprado material de trocha angosta para prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO.
265. De hecho, tanto APOYO como la GEE evaluaron la viabilidad económica de la alternativa de compra de material tractivo y rodante. En su evaluación, la GEE refirió que sería necesario que el entrante recurra a un financiamiento como el “leasing”, que podría hacerse con plazos de repago de 5 y 7 años aproximadamente¹⁹⁰. Para evaluar la viabilidad económica de dicha alternativa consideró el Valor Actual Neto (VAN) y la Tasa Interna de Retorno (TIR) como indicadores de rentabilidad, y las comparó con los resultados de la alternativa de alquiler del material:

Escenario	Flujo N° de años	VAN Alquiler (S/.)	VAN Compra (S/.)	TIR Alquiler (%)	TIR Compra (%)	PR Alquiler (Años)	PR Compra (Años)
Optimista (30%)	5	26 483 628,9	-7 820 696,0	401,2%	-2,2%	1 año	NRI
	7	37 350 879,8	3 717 450,7	401,4%	16,4%	1 año	5 años
Pesimista (15%)	5	11 013 567,1	-6 138 595,4	182,2%	-9,7%	1 año	NRI
	7	16 072 638,9	-744 075,7	183,6%	10,3%	1 año	6 años

Elaboración propia.

Fuente: Informe 055-2004-GEE

266. La GEE destacó que tanto el VAN como la TIR son mayores en la alternativa de alquiler de material tractivo y rodante en comparación con su adquisición. En relación con la alternativa de compra, señala que el periodo de 7 años en un escenario optimista le permitiría al entrante recuperar su inversión, reconociendo que es una alternativa viable:

“156. En el caso de la alternativa de adquisición de material tractivo y rodante, en un escenario optimista y cuando el plazo de financiamiento se incrementa de 5 a 7 años, el VAN de la empresa entrante pasa de S/. -7,8 millones a S/.,3,7 millones y la TIR pasa de -2,2% a 16,4%.”¹⁹¹

267. Finalmente, en un informe posterior, la GEE reconoció expresamente que la opción de compra de material tractivo era una opción viable, pero que esta era menos rentable en comparación con la opción de alquiler del material tractivo¹⁹²:

¹⁹⁰ Informe 055-2004-GEE del 18 de agosto de 2004. Pp. 41-42. Para la opción de compra, la GEE tomó en cuenta la cotización del material de China, que fue entregada por el MTC, por ser la opción más barata. Conforme a esta, el material para brindar el servicio de transporte ascendería a US\$ 21,1 millones.

¹⁹¹ Informe 055-2004-GEE del 18 de agosto de 2004. P. 44.

¹⁹² Informe 011-2006/GEE del 14 de marzo de 2006. P. 4.

“11. Como se observa, los indicadores de rentabilidad obtenidos permiten afirmar que, si bien la opción de compra de material tractivo y rodante sería económicamente viable (VAN positivo, ascendente a S/.5,8 millones), los mayores indicadores de rentabilidad de la opción de alquiler (VAN igual a S/.17,8 millones) harían que se prefiera esta última opción en lugar de la primera”

268. Resulta evidente que la opción de alquiler era viable económicamente en la evaluación realizada por la GEE, sin embargo, considero que no se debió descartar la posibilidad de incrementar el periodo de financiamiento más allá de los siete años. Considero que debió evaluarse la alternativa de compra para un periodo más largo considerando que lo más razonable era que el operador entrante mantenga una relación de largo plazo con el concesionario.
269. Lo anterior podría haber incrementado la viabilidad económica de la alternativa de compra considerando que la concesión del ferrocarril tiene una vigencia de 30 años prorrogables hasta 60 años.
270. Por su parte, APOYO indicó que si se corregían diversos errores del modelo financiero aplicado por INDECOPI era evidente que la alternativa de adquisición de material era económicamente viable:

“Si se corrigen los errores conceptuales y metodológicos del modelo financiero efectuado por INDECOPI, se demuestra que sí es económicamente factible la entrada de un competidor vía la adquisición de material tractivo y rodante. En efecto, si se considera una inversión inicial de S/. 21,1 millones (para la adquisición de 1 locomotora, cuatro coches y dos autovagones)¹⁹³, un flujo de caja promedio de S/ 5,9 millones durante todo el horizonte de proyección y una tasa de descuento de 12% (ver Cuadro No 7), se obtiene un Valor Actual Neto (VAN) de S/. 5,8 millones.”¹⁹⁴

271. Por todo ello, es evidente que la alternativa de compra de material tractivo y rodante de trocha angosta sí era económicamente viable. Con lo cual, el hecho de que esta alternativa implique asumir costos de entrada superiores al alquiler no justifica que sea descartada del mercado del producto.
272. Es por ello que FETRANSA reconoció durante el procedimiento que si bien la alternativa de adquisición de material tractivo y rodante podría tener costos mayores que el alquiler, aun así sería posible obtener ganancias razonables, con lo cual, era una opción rentable¹⁹⁵.
273. Incluso, en el marco del procedimiento, PERURAIL presentó a la CLC un listado con el material tractivo y rodante adquirido en el periodo 1999-2005 para prestar sus servicios en el FSO, identificando la fecha en la que este fue adquirido, el monto desembolsado, la fecha en la que empezó a ser utilizado, su uso, y el periodo de utilización en el FSO¹⁹⁶. Lo anterior evidenciaba que sí era posible y viable económicamente adquirir el material para prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO.
274. Asimismo, con fecha 02 de julio de 2007, PERURAIL informó a la Sala que las empresas Andean Railways Corp. y Wyoming Railways ya contaban con permiso de operación otorgado por el MTC y que además estaban en negociaciones para prestar el servicio del

¹⁹³ De acuerdo con la cotización de China, la locomotora equivale a US\$ 11.3 millones, los cuatro coches a US\$ 1.24 millones y los dos autovagones a US\$ 8.5 millones. Precios obtenidos del cuadro 8 de la P. 42 del Informe 055-2004-GEE del 18 de agosto de 2004.

¹⁹⁴ Segundo Informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. P. 19.

¹⁹⁵ Descargos. Pp. 12-15.

¹⁹⁶ Escrito Adjunto documentación requerida del 07 de febrero de 2006. Pp. 2-3.

FSO con su propio material tractivo¹⁹⁷. Lo anterior era un elemento adicional que confirmaba que sí era viable económicamente la alternativa de compra y no constituía un costo prohibitivo.

275. De hecho, tras la decisión de la Sala, en agosto de 2009, se suscribieron dos contratos de acceso a la vía férrea con Andean Railways Corp. S.A. y con la empresa INCARAIL para que brinden los servicios de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Ollantaytambo – Machu Picchu – Ollantaytambo en el FSO¹⁹⁸. Dichas empresas ingresaron a operar al FSO con material tractivo y rodante propio¹⁹⁹. Con lo cual, es evidente que era viable económicamente ingresar al mercado con material propio y, en consecuencia, dicha alternativa debió incluirse en el mercado del producto.
276. Al respecto, cabe señalar que la Comisión indicó en su Resolución que no se había evaluado adecuadamente si era posible proveerse de material o si era posible la conversión técnica para operar en el FSO, ya que el análisis de la Secretaría se limitó a cuestionar la viabilidad económica de dichas alternativas.
277. Sin embargo, la Sala indicó que “la posición 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”.
278. Así, la Sala ratificó el criterio que hemos criticado previamente conforme al cual solo se incluye en el mercado del servicio a aquellas alternativas que sean igual o más rentables. Es pertinente traer a colación el criterio del Tribunal Europeo en un caso que también involucraba material tractivo, específicamente locomotoras. En dicho caso, el Tribunal corrigió a la Comisión e indicó que el hecho de que una o unas empresas sean las primeras en haber adquirido en el mercado locomotoras no significa que sean las únicas que pueden adquirirlas²⁰⁰.
279. En consecuencia, es claro que la alternativa de compra de material tractivo y rodante de trocha angosta debió ser considerada como parte del mercado del servicio.
280. Una segunda alternativa que debió considerarse en la definición del mercado del servicio era la compra de material de una trocha distinta para posteriormente adaptarlo a trocha angosta conforme a las características técnicas que debe contar para operar en el FSO.
281. FETRANSA señaló que esta opción era empleada usualmente por PERURAIL para utilizar temporalmente en el FSO el material del Ferrocarril del Sur, cuya trocha es distinta²⁰¹.

¹⁹⁷ Escrito presenta alegatos del 2 de julio de 2007. Pp. 7-8.

¹⁹⁸ OSITRAN (2018). Informe de Desempeño de la Concesión del Ferrocarril del sur y sur oriente. P. 12. Disponible en: <https://bit.ly/3ZI3QWv>

¹⁹⁹ Peru 21. “Inca Rail y Andean Railways, los nuevos operadores en vía férrea a Machu Picchu” del 31 de agosto de 2009. Consultada el 15 de mayo de 2023.
Andina Noticias. “Fetransa, PeruRail y nuevos operadores suscribieron contratos de acceso a vía férrea Cusco – Machu Picchu” del 31 de agosto de 2009. Consultada el 15 de mayo de 2023.
TurismoCuzco. “INCARAIL inicia sus operaciones”. Consultada el 15 de mayo de 2023.

²⁰⁰ Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 15 September 1998. ENS, UK y otros v. Comisión Europea. F. 216.

²⁰¹ Descargos. Pp. 16-17.

282. Era posible la adaptación del material de trocha ancha a trocha angosta si se hacía el cambio de truques y ejes²⁰². APOYO también señaló que ello era técnica y económicamente viable²⁰³:

“En síntesis, si bien no se encuentra disponible información sobre algún fabricante que pueda proveer de locomotoras nuevas (de fábrica) con las características que se utilizan en el ferrocarril Sur-Oriente, es posible obtener locomotoras con las especificaciones técnicas para la ruta Sur-Oriente a partir de la adaptación de otras locomotoras utilizando componentes que sí se consiguen en el mercado.”

[Énfasis agregado]

283. Incluso, en 2001, FETRANSA había comprado dos ferrobuses de Bolivia con trocha métrica con el fin de prestar los servicios de transporte de pasajeros, los cuales se encuentran en proceso de acondicionamiento. Igualmente, en el año 2003 se adquirió seis coches de Indonesia para prestar el servicio de transporte de lujo, los cuales fueron finalmente adaptados técnicamente²⁰⁴.
284. Asimismo, entre los años 2003 y 2004 se realizó la adaptación de los coches adquiridos por PERURAIL desde Singapur de una trocha 1000 mm a 914 mm para operar en el FSO. Ello se realizó bajo la supervisión de OSITRAN, así como del MTC como se evidencia de las comunicaciones correspondientes.
285. El 22 de enero de 2004, PERURAIL informó de la conversión de locomotoras de trocha estándar que eran del Ferrocarril Sur a trocha angosta conforme al Ferrocarril Sur Oriente²⁰⁵. Incluso, el 12 de julio de 2004, el MTC aprobó la puesta en servicio de dichos coches²⁰⁶.
286. Durante el procedimiento, FETRANSA presentó un documento elaborado por ALAF²⁰⁷ que evidenciaba que sí era posible adaptar material tractivo y rodante a trocha angosta:

“Visto las medidas o cotas de la trocha 914mm. que nos fueron entregadas para el análisis y contrastadas con el gálibo de la trocha estándar, no habría inconvenientes en utilizar vehículos originarios de esta última, modificados para la 914 mm., modificación que es posible de concretar, con un adecuado análisis de las características particulares de cada equipo rodante que se desee adecuar”

[Énfasis agregado]

287. Inclusive, la Comisión reconoció en la Resolución de Primera Instancia²⁰⁸ que sí resultaba técnicamente viable adaptar a trocha angosta el material tractivo y rodante:

²⁰² Segundo Informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. P. 18:

“De acuerdo a información provista por la empresa Crossland, existirían al menos tres modelos de locomotoras que pueden ser adaptadas a las ruta Sur-Oriente con relativa facilidad. El acondicionamiento que se tendría que hacer involucra: i) adaptarlas para trocha de 36” (914 mm), ii) proveerlas de rueda de 36”, iii) adaptarles un freno dinámico en caso las locomotoras no hayan sido usadas en cordillera y iv) incorporarles repuestos y accesorios necesarios para operar en alturas variables. [...]”

²⁰³ Segundo Informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. Pp. 18-20.

²⁰⁴ Segundo Informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. P. 19.

²⁰⁵ Mediante Carta 11-GL-2004-PR.

²⁰⁶ Oficio 692-2004-MTC/14. Comunicaciones cursadas forman parte del Anexo G del escrito de descargos presentado por FETRANSA ante el inicio de oficio del procedimiento administrativo sancionador.

²⁰⁷ Memorando de la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF) de fecha 17 de febrero de 2005 en el Escrito de Fetranza del 23 de marzo de 2005.

²⁰⁸ Resolución 064-2006-INDECOPI-CLC. P. 9

*“18. Los Informes no se centran en que no existan proveedores, o que no sea posible la conversión técnica de material tractivo y rodante para operar en el FSO, sino en que no es viable económicamente optar por dichas alternativas. **En efecto, de la revisión del expediente se desprende que sí resulta viable técnicamente comprar o reconvertir material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros.**[...]”*

[Énfasis agregado]

288. Por su parte, la Sala indicó que esta alternativa no era viable económicamente en la medida que existía un operador en el mercado que podía implementar una estrategia de reducción de precios subsidiada por los ingresos que ya posee, y al hecho de que el entrante tendría que incurrir en mayores costos para realizar la conversión del material a trocha angosta, lo que inclusive reduciría o eliminaría la rentabilidad de la alternativa. Finalmente, concluyó que la Comisión había delimitado correctamente el mercado relevante como el alquiler de material.²⁰⁹
289. Como se ha evidenciado, sí era posible reconvertir el material tractivo para operar en el FSO. De hecho, en aquel momento, Perú contaba con empresas, tales como Crossland y GMC ENG & Serv, que se especializaban en conseguir los componentes y las piezas necesarias para readaptación del material para las vías férreas de trocha angosta²¹⁰. Ello habría facilitado también la posibilidad de adquirir material para su conversión.
290. Incluso FERSIMSAC reconoció que el mercado relevante no solo comprendía el alquiler del material tractivo y rodante al indicar que no existiría necesidad de recurrir a estos otros países que cuentan con trocha angosta debido a que en el Perú ya se contaba con material. Ello, evidentemente, da cuenta de que a juicio de FERSIMSAC sí era posible adquirir material tractivo y rodante de proveedores extranjeros, pero no lo consideraba necesario.²¹¹
291. Por todo ello, es posible concluir que el mercado relevante no fue determinado adecuadamente, debido a que sí debió considerarse la alternativa de convertir el material rodante y tractivo para adaptarlo a las características de trocha angosta. Esta alternativa también debió ser parte del mercado de servicio.
- ❖ **¿Cuál es el mercado geográfico adecuadamente definido? ¿FETRANSA tiene posición de dominio?**
292. La Sala consideró que el mercado geográfico estaba limitado a la región Cusco al haber descartado todas las alternativas al alquiler de material tractivo y rodante concesionado a FETRANSA.²¹²
293. Para el análisis debemos reiterar que hemos incorporado en el mercado de servicio relevante a la alternativa de (i) compra de material tractivo y rodante y (ii) compra y conversión de material tractivo y rodante a trocha angosta. Siendo ello así, corresponde evaluar cuáles son las zonas geográficas a las que la demanda puede recurrir para proveerse de las alternativas señaladas.

²⁰⁹ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. P. 21

²¹⁰ Segundo Informe de Apoyo Consultoría del 30 de mayo de 2005. P. 18.

²¹¹ Página 5 de los alegatos de FERSIMSAC del 22 de junio de 2005:

“En este punto, señores de la Comisión, se debe tener en cuenta que por la geografía del terreno tenemos la trocha angosta, siendo limitados los países a los que se puede acceder. Que teniendo el parque ferroviario concesionado el material tractivo y rodante con los estándares de calidad que han venido laborando estos últimos años, entonces para que acudir a otro país si se cuenta en nuestro País con este material rodante, si gran parte del material métrico o tractivo ya se ha adoptado a la trocha angosta como así lo refiere la propia empresa denunciada.”

²¹² Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. P. 21.

294. Como se indicó, es posible recurrir a otros países latinoamericanos para adquirir el material tractivo y rodante como ya lo había hecho PERURAIL anteriormente. En base a ello, Bolivia, Argentina y Brasil formarían parte del mercado geográfico.²¹³
295. Asimismo, ALAF²¹⁴ incluyó en su memorando un listado referencial con países centroamericanos en los que se podía adquirir material al contar con excedentes. Asimismo, se incluyeron países que cuentan con trocha métrica (1,000 mm), que es incluso más factible de ubicar debido a que es un tipo de trocha más difundida tanto en Europa como Latinoamérica y sería más sencillo realizar su conversión a trocha angosta para operar en el FSO:

“Considerando que la trocha angosta en Perú, es la trocha yárdica (914 mm.) y al no ser esta trocha común en los ferrocarriles de Europa, que son quienes pudieran tener alguna disponibilidad de sobrantes, en nuestra opinión la búsqueda debería centralizarse principalmente en algunos países centroamericanos que por racionalización o cese, posean excedentes de material que pueda interesar de acuerdo a su costo y estado. También resultaría factible ubicar material usado en la trocha métrica (1.000 mm.), ya que es una trocha más difundida tanto en Europa como en Latinoamérica y en caso la conversión requerirá menores adaptaciones: retrochamamiento de ruedas en los ejes, adaptación de timonerías y según los casos, algunas modificaciones de poca importancia en la estructura del boguie.”

296. De acuerdo con ALAF, los países que contarían con empresas con disponibilidad de trocha de 914mm para operar en el FSO y trocha métrica para ser adaptada serían los siguientes:

Trocha yárdica (914 mm)		Trocha métrica (1000 mm)	
1.	Colombia	1.	Argentina
2.	El Salvador	2.	Brasil
3.	Guatemala	3.	Chile
4.	Honduras	4.	Bolivia
5.	Costa Rica		
6.	Perú ²¹⁵		

297. En adición a ello, se debe considerar la carta de PERURAIL del 23 de abril de 2004 que incluye un listado de proveedores que podrían suministrar material tractivo y rodante de trocha angosta y estándar a PERURAIL para operar en el FSO previa adaptación cuando sea necesario. En base a ello, es posible incluir a Argentina, Alemania, Brasil, Canadá, España, y Estados Unidos en el mercado geográfico.
298. Asimismo, PERURAIL había informado que recientemente había adquirido material tractivo y rodante de un proveedor en Singapur²¹⁶, con lo cual también es posible considerar a Singapur en el mercado geográfico.
299. Por todo ello, es posible concluir que el mercado geográfico comprende por lo menos Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, así como, Alemania, Canadá, España, Estados Unidos y Singapur.

²¹³ Descargos FETRANSA del 19 de noviembre de 2004. P. 21:

“En el mismo sentido, se puede comprobar que los materiales pueden ser adquiridos sin ninguna limitación, tal como hizo PERURAIL. **En efecto, dicha empresa adquirió material tractivo de Bolivia, Argentina y Brasil** con lo cual se demuestra la posibilidad real de aprovisionamiento del mencionado material de fuentes cercanas de Perú.”

[Énfasis agregado]

²¹⁴ Memorando de la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF) de fecha 17 de febrero de 2005 en el Escrito de Fetransa del 23 de marzo de 2005.

²¹⁵ Perurail (ramal Cuzco-Machu Picchu) y Ferrocarril Huancayo Huancavelica

²¹⁶ “Adicionalmente y de manera referencial sobre los costos que podrían implicar la adquisición de dicho material, podemos informar los precios abandonados en nuestras últimas adquisiciones, tales como la compra de seis (6) coches Singapur y dos (02) bogies, del proveedor E&O Services (Singapore) Pte. LTd., a un costo de US\$ 200,000”

300. Como se sabe, para la definición del mercado geográfico se debe considerar los costos de transporte así como las barreras al comercio que puedan existir²¹⁷. A modo de ejemplo, en la compra en Singapur de seis coches y dos boogies, el flete interno (US\$ 21,263), flete hasta Perú (US\$ 238,246) y los derechos y gastos de aduana (US\$ 136,568) incrementaron el valor de la transacción. En el caso de la compra en Bolivia de dos ferrobuses, el costo de transporte (US\$ 12,500) y los gastos de aduana (US\$ 45,016) incrementaron el valor de la transacción.
301. Es importante resaltar que el material tractivo y rodante constituyen bienes de alto valor económico. A modo de ejemplo, la adquisición del material tractivo y rodante de China, Estados Unidos o España oscila entre 1.4 y 2.7 millones de dólares en el caso de locomotoras; entre 1.4 y 2.2 millones en el caso de autovagones; 312 mil dólares por coche y 70 mil dólares por vagón²¹⁸.
302. Siendo el costo del material tractivo y rodante de tan alto valor económico, los costos de transporte del material no constituyen un elemento capaz de restringir la delimitación del mercado geográfico.²¹⁹ Al ser bienes de alto valor económico, es más probable que los operadores busquen a proveedores en lugares más distantes²²⁰:

“El costo y la dificultad de transportar el producto en relación con el valor del producto (cuanto mayor sea el valor de un producto en relación con sus costos de transporte, es más probable que los clientes busquen proveedores en lugares más distantes y es más probable que los proveedores estén ubicados en otras áreas están dispuestas a abastecer a los clientes en esa área);”

303. En este punto resulta evidente que el mercado relevante adecuadamente definido era más amplio y estaba conformado por el aprovisionamiento de material tractivo y rodante de trocha ancha, estándar o métrica en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, así como, Alemania, Canadá, España, Estados Unidos y Singapur.
304. Con lo cual, considerando dicho mercado relevante, es posible concluir que la reducida cuota de mercado que tendría FETRANSA es evidencia de que la empresa no ostenta posición de dominio en el mercado relevante correctamente definido. A modo referencial APOYO determinó que la participación en el mercado de FETRANSA sería equivalente a 0.2%²²¹.

B. SEGUNDO PROBLEMA: ¿La Sala interpretó el contrato de concesión del FSO excediendo sus facultades?

i. Sobre la interpretación contractual

305. Nuestro Código Civil Peruano acoge diversos métodos de interpretación de los actos jurídicos, entre los cuales se encuentran (i) el método objetivo o literal, (ii) el método sistemático, y (iii) el método integral o finalista.
306. Si bien el marco normativo no establece un orden de prelación para aplicar dichos métodos, de acuerdo con el profesor Avendaño siempre es necesario recurrir a estos,

²¹⁷ Artículo 6.3 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

²¹⁸ Cotizaciones entregadas por el MTC al INDECOPI.

²¹⁹ Escrito de descargos de FETRANSA del 19 de noviembre de 2004. P. 21:

“En el presente caso, el costo asociado a la importación de material tractivo y rodante es razonable (teniendo en cuenta el negocio al que nos referimos)”

²²⁰ International Competition Network (2002). ICN Recommended Practices for Merger Analysis. P. 8. Traducción libre.

²²¹ Tercer informe de Apoyo Consultoría de septiembre de 2005.

tomando como punto de partida el método literal para determinar cuál era la voluntad común de las partes que se expresó al suscribir el contrato²²².

307. En ese sentido, conforme al profesor Fernández²²³, la interpretación de un contrato implica realizar una evaluación recurriendo a los diversos métodos de interpretación, más aún en aquellos casos en los que la interpretación textual²²⁴ puede generar dudas:

*“Debe tenerse presente que, en la actualidad, es pacífico en la doctrina comparada el entendimiento que en la búsqueda de la común intención de las partes ” ... **el intérprete no puede limitarse al sentido literal de las palabras, pues el sentido literal del texto constituye solamente el primer elemento de la operación interpretativa** en cuanto las declaraciones contractuales están dirigidas normalmente al fin de manifestar un cierto significado deducible de las palabras usadas ... ”, por lo que, cuando el artículo 1362° del c.c. impone al intérprete la búsqueda de la común intención de las partes, debe entenderse que esta norma ordena, en primer lugar, aplicar el método literal de interpretación, [...] Sin embargo, **como bien ha señalado MIRABELLI, la norma impone además una negación de valor al principio “in claris non fit interpretatio”** (máxima que ordena que, ante la claridad de un texto contractual, no cabe utilizar ningún criterio hermenéutico de interpretación, a no ser el de la interpretación textual del contrato), **con lo que se impone al intérprete la obligación ” ... de proceder a un completo examen hermenéutico del comportamiento jurídicamente relevante, sin aferrarse a un reconocimiento prima facie ... ”**”*

[Énfasis agregado]

❖ Método de interpretación literal

308. De acuerdo con el artículo 168 del Código Civil, la interpretación literal de un contrato debe realizarse en base a lo pactado en el texto del contrato y al principio de buena fe:

*“Artículo 168.- Interpretación objetiva
El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.”*

309. En ese sentido, el artículo 1361 dispone que los contratos son vinculantes en relación con lo que haya sido expresado, presumiéndose que ello obedece a la voluntad de las partes:

*“Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos
Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.
Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.”*

310. Al respecto, Marcial Rubio señala que cada palabra puede tener un significado jurídico determinado y es aquel el que se empleará para el método de interpretación literal²²⁵. Si bien la literalidad es un fuerte indicio para identificar la voluntad de las partes, es posible rebatirla siempre que quien alegue lo contrario lo pruebe²²⁶.

²²² Avendaño, J. (2007). Metodología de la interpretación de la ley y del contrato. P. 1595.

²²³ Fernández, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. Derecho & Sociedad 19. Pp. 151-152.

²²⁴ Bullard, A. (2006). Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. Pp. 417 y 425:
De acuerdo con BULLARD, la interpretación textual engloba dos métodos de interpretación: (i) la interpretación literal, que está basada en el lenguaje empleado en la disposición contractual cuya interpretación se pretende realizar; y (ii) la interpretación sistemática, que toma en cuenta la integridad del contrato para una lectura conjunta, conforme con el marco normativo aplicable.

²²⁵ Rubio, M. (2010). El idioma y el Derecho vistos desde justiniano. P. 2.

²²⁶ Trazegnies, F. (2007). La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal. P. 1614.

311. De acuerdo con nuestro Código Civil, la aplicación de este método no solo implica considerar lo expresado en el contrato, sino también considerar el principio de buena fe, recogido por el Código Civil, el cual indica que los contratos deben ser ejecutados de conformidad con las reglas de buena fe y común intenciones de las partes:

*“Artículo 1362.- Buena Fe
Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.”*

312. De acuerdo con Barchi, este principio impide que se realicen interpretaciones falsas o tergiversadas que sean contrarias con la causa del contrato o con el propio espíritu del acuerdo²²⁷.
313. Con lo cual, la interpretación literal contempla una evaluación gramatical de lo que hayan podido expresar las partes en el texto del contrato. Así, este método permite al interprete un primer acercamiento a lo que la voluntad de las partes han querido expresar.

❖ **Método de interpretación sistemática**

314. El segundo método recogido por nuestro Código es el método de interpretación sistemática. Este tiene como objetivo principal evitar que existan incongruencias o contradicción interna en el contrato a partir de la interpretación aislada de una disposición contractual. Busca evitar que la interpretación de una cláusula ignore el resto del contrato o el propio marco normativo.
315. Este método parte de la premisa de que el negocio jurídico está compuesto por todas las cláusulas que lo integran y no debe ser leído de manera aislada, en la medida que las cláusulas que lo conforman están relacionadas a la verdadera intención que tuvieron las partes²²⁸.
316. De acuerdo con este método, las disposiciones contractuales deben ser interpretadas unas por medio de las otras, y en caso existan cláusulas dudosas se les debe dar el sentido que resulte de la evaluación conjunta del resto de cláusulas. Este método busca que la interpretación del contrato favorezca la validez y oponibilidad de todas las cláusulas del contrato.

*“Artículo 169.- Interpretación sistemática
Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.”*

317. Conforme indica Fernández²²⁹, para aplicar este método de interpretación se debe considerar que en caso exista una cláusula aparentemente clara esta deberá ser leída como parte de la integridad del contrato. Si estamos frente a una cláusula aparentemente dudosa, esta deberá ser contrastada con el resto del contrato con el fin de aclarar su carácter dudoso, evitando así que esta sea interpretada de forma aislada y contradictoria con la integridad del contrato.

❖ **Método de interpretación integral o finalista**

318. Conforme a este método, las expresiones que tengan varios sentidos deben ser interpretadas conforme al más adecuado de ellos, y considerando la naturaleza y objeto del contrato:

²²⁷ Barchi, L. (2007). La interpretación del contrato en el Código Civil Peruano. P. 1782

²²⁸ Vidal, F. (2007). La interpretación del contrato en el derecho peruano. P. 1651.

Lohmann G. (2007). La interpretación del negocio jurídico y del contrato. P. 1691.

²²⁹ Fernandez, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. Derecho & Sociedad 19. P. 158.

*“Artículo 170.- Interpretación integral
Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más
adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.”*

319. Vidal señala que dicho artículo se vincula con el artículo 168 del Código en la medida que también considera la interpretación de las expresiones incorporadas en el contrato, lo que a su juicio evidencia un carácter objetivista²³⁰.
320. En la misma línea, Lohmann afirma que el propósito de esta regla es conocer cuál es el verdadero alcance y significado de las expresiones o el comportamiento de las partes, que exterioriza la declaración de voluntad²³¹.
321. Por su parte, Fernández destaca que a fin de aplicar correctamente este método se debe tener claridad sobre cuál fue la causa del contrato, con el fin de esclarecer el objetivo que tenían las partes mediante el contrato y sus comportamientos²³². Así, este método obliga a identificar el significado del contrato o lo que las partes hayan pactado en relación con la causa de dicho contrato.

ii. Sobre la función de interpretación de contratos de concesión ¿Qué entidad tiene dicha función?

322. Mediante la Ley 26917 se creó el OSITRAN como organismo regulador del sector de infraestructura de transporte de uso público. Una función particular que se le atribuyó fue la interpretación de los títulos habilitantes que permiten a las concesionarias realizar sus actividades de explotación²³³.
323. Esta facultad es particular en tanto ningún otro organismo regulador la tiene. En específico, esta función recae en el Consejo Directivo del regulador, órgano máximo de dirección de la entidad²³⁴. De acuerdo con esta facultad el Consejo Directivo puede determinar el sentido de una o más cláusulas del contrato de concesión, sus anexos, bases de licitación y circulares²³⁵.
324. En el año 2004, el Consejo Directivo aprobó los Lineamientos para la interpretación y emisión de opiniones sobre propuestas de modificación y reconversión de contratos de concesión, los cuales fueron posteriormente actualizados²³⁶. Estos no tienen carácter vinculante, pero brindan alcances sobre criterios de interpretación que puede acoger el regulador.

²³⁰ Vidal, F. (2007). La interpretación del contrato en el derecho peruano. P. 1651

²³¹ Lohmann, G. (2007). La interpretación del negocio jurídico y del contrato. P. 1693

²³² Fernández, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. Derecho & Sociedad 19. P. 159-160.

²³³ Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo:

“7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

e) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación.”

²³⁴ Artículo 3.7, 7.7 y 7.11 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN - Decreto Supremo 012-2015-PCM.

²³⁵ Decreto Supremo 044-2006-PCM – Reglamento General de OSITRAN:

“Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión

Corresponde al Consejo Directivo, en única instancia administrativa, interpretar los Contratos de Concesión en virtud de los cuales las Entidades Prestadoras realizan sus actividades de explotación de la Infraestructura, así como la prestación de servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, de conformidad con la Ley N° 29754.

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares.”

²³⁶ Acuerdo 494-144-04-CD-OSITRAN aprobó los lineamientos. El Acuerdo 557-154-04-CD-OSITRAN aprobó los nuevos Lineamientos. Disponible en: <https://bit.ly/3LeZLQ7>.

325. Los lineamientos señalan que el término “interpretación” se refiere a la “aclaración o explicación sobre el sentido y significación del Contrato de Concesión”²³⁷. Asimismo, el documento indica que la finalidad de la interpretación es determinar el sentido de las cláusulas del contrato de concesión al darle claridad al texto para su posterior aplicación²³⁸.
326. Los lineamientos también aclaran que la facultad de interpretación no se limita al texto del contrato, sino que también se extienden a sus anexos, las bases de licitación, y las circulares²³⁹. Ello guarda sentido con los diversos contratos de concesión, incluyendo el contrato de concesión del FSO, que establecen que los anexos, las bases y las circulares forman parte de la integridad del contrato²⁴⁰.
327. Respecto a los métodos de interpretación, los lineamientos²⁴¹ rescatan los principales métodos de interpretación contractual recogidos en el Código Civil. Así, los métodos que desarrollan los lineamientos son el (i) **método literal**, desarrollando el alcance del texto a partir de las propias palabras empleadas en el texto del contrato sin restringir o ampliar su alcance, (ii) **método lógico**, que desarrolla el alcance del texto a partir de lo que quiso decir, esto es, el espíritu de lo pactado, (iii) **método sistemático**, que recurre a la comparación con otras cláusulas, así como principios o conceptos que fueron empleados en el contrato, y (iv) **método histórico**, que recurre a antecedentes del contrato o normas relacionadas con el fin de identificar cuál fue la intención del organismo promotor al redactar el texto.
328. En aplicación de su facultad, el OSITRAN ha interpretado múltiples cláusulas de contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público, llegando incluso a interpretar cláusulas del contrato de concesión del Ferrocarril Sur y Sur-Oriente.
329. A modo de ejemplo, en el año 2004, el Consejo Directivo interpretó la cláusula 12.2 sobre operadores de servicio de transporte ferroviario. En aquel momento el regulador determinó que dicha cláusula debía ser interpretada en el sentido que el operador del servicio transporte vinculado a FETRANSA no podía desarrollar actividades como operador de otro ferrocarril²⁴².
330. De la misma manera, en el año 2006 el regulador interpretó la cláusula 7.5 de leyes aplicables del contrato de concesión en el sentido que no la facultad de OSITRAN para supervisar las leyes aplicables no puede ser interpretada únicamente de dicha cláusula, sino que se debe analizar cada caso en virtud del resto del Contrato de Concesión y el marco normativo aplicable.²⁴³
331. Como se ha evidenciado, las interpretaciones buscan identificar el verdadero sentido de las disposiciones de los contratos de concesión. Como señala OSITRAN, dicha interpretación “no debe conducir a resultados extraños o forzados, diferentes a lo realmente estimado por las partes”²⁴⁴. Con lo cual, incluso en la situación que una disposición contractual otorgara algún derecho a alguna de las partes del contrato de concesión, el OSITRAN- vía el ejercicio de su potestad de interpretar contratos- no puede restringirlo²⁴⁵.

²³⁷ Lineamientos de interpretación de contratos de concesión . P. 5. Disponible en: <https://bit.ly/3yf3wNq>

²³⁸ Lineamientos de interpretación de contratos de concesión . P. 7.

²³⁹ Lineamientos de interpretación de contratos de concesión . P. 7.

²⁴⁰ Cláusula 1.2. Reglas de Interpretación del Contrato de Concesión del FSO.

²⁴¹ Lineamientos de interpretación de contratos de concesión. P. 7-8.

²⁴² Acuerdo 435-135-04-CD-OSITRAN. P. 1. Disponible en: <https://bit.ly/3mpqkrg>

²⁴³ Resolución de Consejo Directivo 010-2006-CD-OSITRAN. Disponible en: <https://bit.ly/3EUXHbF>

²⁴⁴ Resolución 023-2009-CD-OSITRAN. P. 31.

²⁴⁵ Resolución 023-2009-CD-OSITRAN. P. 32.

332. En esa línea, la función de interpretación de OSITRAN debe cumplir con el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que los términos de un contrato no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.
333. Así, el OSITRAN es el único regulador facultado a interpretar contratos de concesión de infraestructura de transporte, para lo cual se apoya en los métodos de interpretación recogidos en el Código Civil así como en los desarrollados en sus lineamientos. De la normativa aplicable no se desprende que el INDECOPI esté facultado para ejercer esta facultad.

iii. **¿La Sala interpretó el contrato de concesión del FSO?**

❖ **¿Cuál fue la interpretación de la Sala?**

334. Mediante la Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI, la Sala evaluó la cláusula 7.6 del contrato de concesión del Ferrocarril del Sur y Sur-Oriente, denominada “Equidad en Servicios”, que dispone que “El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes”.
335. La Sala determinó que la prohibición a la discriminación contenida en la cláusula 7.6 del contrato de concesión no solo comprendía la vía férrea, sino también servicios equivalentes como lo es el servicio de alquiler de material tractivo y rodante:

“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 operadores a los que arrienda el material o a los que solicitan su alquiler”

[Énfasis agregado]

336. Así, la Sala interpretó la cláusula 7.6 del contrato de concesión a la literalidad del texto de dicha cláusula y concluyó que la prohibición de discriminación comprendía a los servicios equivalentes que sean solicitados por los operadores.
337. De la misma manera, la Sala interpretó la Circular 17 más allá de la literalidad del texto concluyendo que la circular permitía excepcionalmente la posibilidad de alquilar todo el material a PERURAIL, lo que de ninguna manera suponía permitir una exclusividad:

“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”

[Énfasis agregado]

338. En ese sentido, la Sala recurrió al método de interpretación sistemática. En línea con la cláusula 7.6, interpretó que la Circular 17 diseñó un “escenario excepcional” que permitía el arrendamiento de todo el material tractivo y rodante a PERURAIL.
339. Sin embargo, cuando un tercer operador no vinculado buscara ingresar al mercado, FETRANSA debía prestarle un trato no discriminatorio, lo que a interpretación de la Sala implicaba permitirle el acceso al material sin usar el contrato de alquiler a PERURAIL como justificación para una negativa:

“92. De conformidad con una interpretación sistemática del Contrato de Concesión y bajo los principios de buena fe y de conservación 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 alquilar de la totalidad del material a Perurail; sin embargo, cuando un operador no vinculado a Fetrans solicitara acceso a este material, debía brindársele un trato no discriminatorio, lo que significa que Fetrans no podía negarle el acceso al material únicamente sobre la base del alquiler previo a Perurail.

93. Esta lectura resulta consistente con el propósito buscado al admitir la integración vertical en el FSO, que se encuentra expresa en la propia Circular N° 17, esto es, “asegurar la continuidad del servicio de transporte” de pasajero y de carga y no otorgar una suerte de exclusividad al Concesionario en el aprovechamiento del Material en el servicio de transporte de pasajeros y de cargo.”

[Énfasis agregado]

340. Como se puede apreciar, la Sala extrajo dicha conclusión a partir de su interpretación del sentido de la cláusula 7.6 del contrato, así como de la circular 17. Esta interpretación es confirmada por la Sala cuando señala que la prohibición de discriminación establecida en la cláusula 7.6 del contrato guarda coherencia con la integración vertical que se admitió mediante la circular 17, pues esta tendría como finalidad evitar conductas anticompetitivas promovidas por FETRANSA:

“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.”

341. Por todo ello, la Sala interpretó que el Contrato de Concesión no impedía a FETRANSA alquilar todo el material tractivo a su operador vinculado. Sin embargo, el Contrato de Concesión imponía a FETRANSA un deber de no discriminación conforme al cual debía permitir el acceso a operadores no vinculados sin usar el contrato de arrendamiento de todo el material tractivo y rodante como excusa para negar el acceso²⁴⁶. Así, tras haber interpretado el contrato, la Sala concluye que la negativa de FETRANSA fue injustificada.
342. Resulta evidente que la Sala sí interpretó el Contrato de Concesión en específico la cláusula 7.6 sobre Equidad de Servicios, así como la Circular 17 que permitía a FETRANSA prestar el servicio de transporte ferroviario mediante una empresa vinculada. Ello pese a que no contaba con dichas facultades, las cuales le corresponden únicamente al OSITRAN.

❖ **¿Qué interpretó OSITRAN posteriormente en el procedimiento de interpretación contractual?**

343. Resulta de particular interés el procedimiento de interpretación contractual llevado a cabo posteriormente ante el OSITRAN, que determinó cuáles eran los alcances de la circular 17, aspecto sobre el cual ya se había pronunciado la Sala. Como se verá, los resultados de la evaluación del OSITRAN hacen aún más evidente que la Sala interpretó el contrato de concesión del FSO.
344. En base a la interpretación de la Sala, con fecha 01 de julio de 2008, INCARAIL presentó una solicitud de interpretación contractual al Consejo Directivo de OSITRAN con el fin de

²⁴⁶ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. Párrafo 94.

que interpreten la cláusula 7.6.i) del contrato de concesión del FSO para determinar si era posible excluir la participación del operador vinculado en la subasta de horarios para operar en la línea férrea²⁴⁷.

345. INCARAIL pretendía sustentar que PERURAIL estaba impedida de participar en la subasta por el acceso a la vía férrea del FSO. Dicha interpretación estaba basada en la interpretación que hizo la Sala sobre el contrato de concesión y la circular 17.
346. En su solicitud, INCARAIL argumentó²⁴⁸ que PERURAIL, al ser un operador vinculado, no podía participar en la subasta de horarios, pues el mecanismo de subasta regulado en la cláusula 7.6 del contrato solo tenía sentido bajo un modelo de separación vertical. En esa línea, indicó que la circular 17 autorizaba a FETRANSA a contar con un operador de transporte, vinculado o no, pero solo de manera excepcional y temporal.
347. Por su parte, FETRANSA indicó²⁴⁹ que la situación prevista en la circular 17 no tenía carácter temporal como alegaba INCARAIL, pues esta únicamente limitaba la posibilidad de que FETRANSA actúe directamente en el mercado de servicio de transporte ferroviario.
348. OSITRAN evaluó los alcances de la circular 17 así como de sus proyectos y determinó que no existía evidencia de que la actividad del operador vinculado “tenga carácter temporal o provisional”²⁵⁰.
349. Así, mediante la Resolución 050-2008-CD-OSITRAN del 29 de octubre de 2008, el Consejo Directivo del OSITRAN interpretó el inciso i) de la cláusula 7.6 y la circular 17:

“(i) La Cláusula 7.6, inciso i, únicamente permite la participación del operador vinculado en la subasta cuando este se encuentre ocupando el horario solicitado por un nuevo operador (no vinculado).

Asimismo, no se desprende que el Contrato de Concesión prohíba que un operador vinculado al Concesionario pueda ser postor en un concurso por horarios o frecuencias, respecto de los horarios en los cuales viene prestando el servicio de transporte.

*(ii) De igual forma, **no se ha encontrado elementos que permitan concluir que la Circular N° 17 señalara que la actividad del operador vinculado tenga carácter temporal o provisional.**”*

[Énfasis agregado]

350. El 25 de noviembre de 2008, INCARAIL y FETRANSA interpusieron recursos de reconsideración con el fin de que la decisión sea reevaluada por el Consejo Directivo del regulador. INCARAIL alegaba²⁵¹ que la cláusula 7.6, el factor de competencia, y la cláusula 7.1 eran acordes con el modelo de separación estructural y que, en ese sentido, el contrato no permitía la participación de PERURAIL como postor en la subasta.
351. También indicó que la intención de la circular 17 fue que apenas aparezcan nuevos operadores de transporte ferroviario, FETRANSA se desprenda progresivamente de la operación de los servicios de transporte, reiterando el carácter excepcional de la participación de PERURAIL en la operación de los servicios.

²⁴⁷ De acuerdo con el Anexo 1 de la Resolución 014-2003-CD-OSITRAN aprobada por el Consejo Directivo de OSITRAN, la línea férrea es una facilidad esencial.

²⁴⁸ Resolución 050-2008-CD-OSITRAN. P. 3.

²⁴⁹ Resolución 050-2008-CD-OSITRAN. P. 6.

²⁵⁰ Resolución 050-2008-CD-OSITRAN.

²⁵¹ Resolución 023-2009-CD-OSITRAN. P. 4.

352. Al respecto, el Consejo Directivo identificó²⁵² que la controversia respecto a lo resuelto previamente residía en si la cláusula 7.6.i) exclusivamente permitía la participación de PERURAIL en la subasta cuando este se encuentre ocupando el horario solicitado por el nuevo operador.
353. Finalmente, se aclaró²⁵³ que la definición de operador de servicios de transporte ferroviario recogida en el contrato no restringía de ninguna manera a que el operador vinculado, esto es PERURAIL, participe en el proceso de subasta o complete la pluralidad de interesados. Dicha posibilidad estaría reforzada por la interpretación sistemática junto con la circular 17 y 73, así como con la cláusula 12.2²⁵⁴.
354. Por todo ello, mediante la Resolución 023-2009-CD-OSITRAN del 08 de julio de 2009, el Consejo Directivo del OSITRAN interpreta la cláusula 7.6.i) permitiendo la participación de PERURAIL en subastas así como que complete la pluralidad de interesados, independientemente de si el horario solicitado lo ha estado ocupando o no²⁵⁵. Asimismo, aclara que la participación de PERURAIL en la subasta estaría sujeta al cumplimiento del Contrato de Concesión así como al REMA²⁵⁶.
355. Al igual que la Sala, el regulador en ejercicio de su facultad de interpretación determinó los alcances de la circular 17 y la cláusula 7.6 coincidiendo en que la participación de PERURAIL en la prestación de servicios de transporte ferroviario no era excepcional o temporal como alegaba INCARAIL.
356. En el caso de la Sala, dicha interpretación le permitió concluir que no era posible permitir una exclusividad en el material tractivo y rodante, sino que FETRANSA no debía usar únicamente el contrato de arrendamiento con PERURAIL como excusa para negar el acceso al material a operadores no vinculados.
357. Si bien las interpretaciones de la Sala y el Consejo Directivo del regulador coincidieron en el sentido de que la participación de PERURAIL en la prestación de servicios no era temporal o excepcional, resulta evidente que ambos órganos emplearon una función de interpretación con la que solo contaba el regulador.

iv. ¿La Sala excedió sus facultades legales?

358. Al igual que el TUO de la LPAG, La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo recoge en el artículo I de su Título Preliminar el principio de legalidad, conforme al cual, las autoridades del Poder Ejecutivo deben someterse al ordenamiento jurídico peruano y desarrollar sus funciones en el marco de las facultades que les han sido atribuidas.
359. Al respecto, el profesor Morón ha indicado que las entidades deben basar sus actuaciones en el ordenamiento jurídico vigente, resaltando que en el derecho público- a diferencia del derecho privado- la capacidad de la Administración pública es la excepción, siempre que esté sustentada en la ley, y la incapacidad es la regla²⁵⁷.

²⁵² Resolución 023-2009-CD-OSITRAN. Pp. 30-31.

²⁵³ Resolución 023-2009-CD-OSITRAN. P. 33.

²⁵⁴ Resolución 023-2009-CD-OSITRAN. P. 34.

²⁵⁵ Tercer resuelve de la Resolución 023-2009-CD-OSITRAN.

²⁵⁶ Cuarto resuelve de la Resolución 023-2009-CD-OSITRAN.

²⁵⁷ Morón, J. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. P. 78: *“Como aplicación del principio de legalidad de la función ejecutiva, los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones —decisorias o consultivas— en la normativa vigente. [...] Si en el Derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho público la relación es precisamente a la inversa, [...] Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado.”*

360. En la misma línea, el MINJUS²⁵⁸ ha señalado que en atención al principio de legalidad, las actuaciones de las entidades deben fundarse en una atribución regulada o predeterminada por la ley, pudiendo solo hacer aquello para lo que expresamente se les ha otorgado facultades.
361. En general, este principio ordena que las autoridades administrativas actúen en el marco de las competencias que le han sido atribuidas por la ley. Santamaría indica que la competencia es irrenunciable y es ejercida únicamente por las entidades que la tengan atribuida como propia²⁵⁹.
362. De hecho, el actual TUO de la LPAG recoge el principio del ejercicio legítimo del poder, el cual es considerado como una consecuencia del principio de legalidad. Conforme a este principio, la autoridad administrativa está facultada para ejercer única y exclusivamente las competencias que le han sido otorgadas por las normas para satisfacer la finalidad allí prevista.
363. Este principio recoge la prohibición al abuso de poder en el ejercicio de su competencia, ya sea para objetivos distintos a los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general o del administrado²⁶⁰.
364. Como se ha podido apreciar, la Administración Pública cuenta con el principio de legalidad como una restricción a su actuación, pues esta solo puede actuar siempre que estén facultadas por la ley y dentro de los alcances de la facultad otorgada. En caso realice actuaciones que no se sustenten en la facultad que las normas le han otorgado, estaría excediendo sus facultades y, por tanto, vulnerando el principio de legalidad.
365. De la revisión de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI²⁶¹ y la Ley de Competencia vigentes en aquel momento se puede apreciar que las normas no recogen como una de las funciones de la Sala la interpretación de contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Actualmente tampoco recogen dicha función.
366. Por su parte, las normas del sector ferroviario tampoco contemplan que la función de interpretación de contratos recaer en la Sala. De hecho, como se ha evidenciado, el único facultado para interpretar los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público es el OSITRAN.
367. Ello ha sido reconocido expresamente por la Ley 26917 en su artículo 7, así como en el resto del marco normativo sectorial, el cual dispone que recae en el regulador la función de interpretar los títulos habilitantes que permiten a las concesionarias realizar sus actividades de explotación.
368. Los alcances de dicha función fueron desarrollados en normas de rango infralegal tales como el Reglamento General del OSITRAN y su Reglamento de Organización y Funciones. Incluso, en los lineamientos publicados por el regulador, que recogen los criterios para interpretar los contratos.
369. Cabe señalar que en el marco del procedimiento, FETRANSA señaló que el INDECOPI no era competente para interpretar el contrato de concesión²⁶², debiendo limitarse a

²⁵⁸ MINJUS (2017). Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. Sobre la aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. P. 32:

"16. La afectación y limitación de los derechos y libertades de los agentes económicos debe respetar el ordenamiento jurídico, para lo cual las actuaciones de las entidades de la Administración Pública deben sustentarse en una atribución regulada o predeterminada por ley, en atención al principio de legalidad de la actividad administrativa, siendo que solo pueden realizar aquello para lo que están expresamente facultadas, dentro de los límites que para tal efecto establece el ordenamiento jurídico nacional"

²⁵⁹ Santamaría, J. (2004). Principios del Derecho Administrativo General I. Pp. 446-447.

²⁶⁰ Napurí, C. (2017). Manual del Procedimiento Administrativo General. P. 55.

²⁶¹ Decreto Ley 25868 (actualmente derogado por el Decreto Legislativo 1033).

²⁶² Escrito de FETRANSA del 06 de octubre de 2005. P. 2.

determinar si hubo una infracción a la libre competencia. Así, resaltó que el órgano estaría interpretando el contrato y el marco regulatorio²⁶³. Sin embargo, ello no fue tomado en cuenta.

370. Por todo lo anterior, es evidente que la Sala interpretó el contrato de concesión de FETRANSA, pese a que no contaba con facultades para realizar ello y, en consecuencia, vulneró el principio de legalidad establecido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y el TUO de la LPAG.

C. TERCER PROBLEMA: ¿El uso efectivo de la totalidad del material arrendado era una justificación válida para la negativa de trato a FERSIMSAC?

i. ¿Cómo se evalúan las negativas injustificadas a contratar?

371. La Constitución peruana reconoce la libertad de contratación como uno de los derechos fundamentales²⁶⁴. Conforme señaló el Tribunal Constitucional, esta libertad es concebida como “el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial”²⁶⁵.
372. Sin embargo, como la mayoría de los derechos tutelados por nuestra Constitución, este derecho está limitado, pues debe ser ejercido en armonía con otros derechos y principios, tales como, el principio de libre competencia reconocido por el artículo 61 de la Constitución.
373. A nivel legal, este principio fue desarrollado por las normas de libre competencia, esto es, el Decreto Legislativo 701 en su momento, el cual contempló la negativa injustificada a contratar como una conducta de abuso de posición de dominio²⁶⁶, y posteriormente por el Decreto Legislativo 1034.
374. De esta manera, se dejó claro que la libertad de contratar no es un derecho ilimitado, sino que debe ser ejercido en armonía con la libre competencia. En esa línea, un agente con posición dominante restringirá indebidamente la competencia cuando incurre en una negativa injustificada de trato.
375. Sin perjuicio de lo anterior, diversas entidades internacionales se han pronunciado reconociendo los riesgos y desincentivos a largo plazo que implica sancionar este tipo de conductas:

“El Departamento cree que existe un riesgo significativo de daño a largo plazo para los consumidores a partir de la intervención antimonopolio contra las negativas unilaterales e incondicionales de negociar con los rivales, en particular considerando los efectos de los desincentivos económicos y las dificultades de remediación. Por lo tanto, el Departamento concluye que la responsabilidad antimonopolio por negativas unilaterales e incondicionales de tratar con rivales no debe desempeñar un papel significativo en la aplicación de la sección 2”²⁶⁷

376. Lo anterior sería consecuencia de la imposición de contratar entre empresas cuando la dominante se rehúsa a hacerlo. En el Perú, el INDECOPI ha evaluado e incluso sancionado diversos casos de negativa injustificada aplicando el Decreto Legislativo 701,

²⁶³ Escrito de Alegatos de FETRANSA del 06 de julio de 2005. P. 5.

²⁶⁴ “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC.

²⁶⁶ Artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

²⁶⁷ U.S. Department of Justice (2008). Competition and Monopoly: Single-firm conduct under section 2 of the Sherman Act. Traducción libre.

los cuales fueron objeto de diversas críticas vinculadas a la existencia de relación de competencia, la doctrina de facilidades esenciales, la obtención de un beneficio anticompetitivo y otros.

377. Entre los principales casos podemos encontrar a los siguientes: (i) Empresa industrial Comercial Holguín e Hijos contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Cosa (ENACO)²⁶⁸, (ii) Roberto Bergerman Acosta y Walter Barboza Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita²⁶⁹, (iii) Aero Continente contra el Banco de Crédito del Perú²⁷⁰, y (iv) Cab Cable contra Electrocentro²⁷¹.
378. En general, este tipo de conductas, conocidas como “refusals to deal” en la práctica internacional, describen una situación en la que una firma dominante se niega a contratar con otro u otros agentes, o presuntamente está dispuesta a hacerlo, pero bajo condiciones que son tan inaceptables que en los hechos se considera como una negativa²⁷².
379. Estas negativas pueden adoptar las siguientes formas: (i) negativas expresas, en las que la dominante ha negado claramente la posibilidad de contratar; (ii) negativas condicionadas, en las que se condiciona la posibilidad de contratar a exclusividades, por ejemplo; y (iii) negativas constructivas, en las que la dominante muestra disposición a contratar, pero bajo precios demasiado altos o bajo términos demasiado onerosos²⁷³.
380. Este tipo de conductas suele ocurrir cuando una empresa se rehúsa a contratar con una empresa con la que compite o con la que potencialmente compite en un mercado aguas abajo²⁷⁴. Por su parte, INDECOPI ha indicado que generalmente se pueden encontrar dos modalidades de negativas de trato:

“i. La primera es cuando una empresa con posición de dominio se niega a proveer a determinado cliente si éste, paralelamente, realiza compras al competidor de la dominante. La negativa podría mantenerse hasta que el cliente deje de abastecerse del referido competidor, es decir, hasta que se abastezca de manera exclusiva de la dominante.

ii. La segunda es cuando una empresa con posición de dominio tiene una empresa vinculada operando en un nivel de la cadena de producción, distribución y comercialización. En este escenario, la dominante se niega a abastecer a determinado cliente que es competidor de su empresa vinculada.”²⁷⁵

381. En el primer caso, el efecto de la conducta será la exclusión de agentes que compiten directamente con la dominante. En el segundo caso, la conducta excluirá a agentes que participen en un nivel distinto del nivel en el que participa la dominante, esto es, afectará a competidores indirectos.
382. Para que se configure una negativa injustificada de trato, deberán concurrir los siguientes elementos: (i) la empresa que presuntamente se niega a contratar debe ostentar una posición de dominio, (ii) debe haber una negativa o rechazo injustificado a contratar la

²⁶⁸ Resolución 016-94-CLC del 27 de julio de 1994, confirmada por la Resolución 1183-94/TDCPI del 29 de diciembre de 1994.

²⁶⁹ Resolución 002-99-CLC del 19 de marzo de 1999 confirmada por la Resolución 0216-1999/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 1999.

²⁷⁰ Resolución 022-2001-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2001.

²⁷¹ Resolución 011-00-CLC del 09 de octubre de 2000 confirmada por la Resolución 0869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002.

²⁷² OECD (2007). Refusals to deal. P. 9.

²⁷³ OECD (2007). Refusals to deal. Pp. 9 y 21.

²⁷⁴ International Competition Network (2010). Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws. P. 6.

²⁷⁵ Resolución 017-2014/ST-CLC-INDECOPI del 28 de octubre de 2014. Nept Computer contra Grupo Deltron. P. 8.

provisión de un bien o servicio con un agente, y (iii) que dicha negativa tenga como consecuencia la concurrencia real o potencial de un perjuicio para un agente en particular y para el mercado en general, así como un beneficio competitivo para quien se niega a contratar²⁷⁶.

383. En nuestro caso es de particular interés el segundo elemento consistente en la justificación a la negativa. Sobre ello, Quintana²⁷⁷ ha indicado que únicamente las empresas dominantes podrán negarse a contratar con un agente si es que tienen una razón justificada:

“las empresas con posición de dominio en el mercado sólo pueden negarse a contratar si cuentan con una razón válida. Indirectamente, con esta excepción, se establece una obligación de contratar para las empresas con posición de dominio, salvo que medie causa justificada para no hacerlo”

384. La OECD también ha indicado que para sancionar este tipo de conductas no debe existir una justificación objetiva para la negativa, y que debe ser posible técnica y económicamente que la dominante suministre el servicio requerido²⁷⁸. De lo contrario, no podrá sancionarse la negativa. Una justificación objetiva de la negativa es una circunstancia especial que exonera a los acusados de haber cometido la negativa²⁷⁹.

385. En esa línea, la dominante debe demostrar que la negativa era necesaria por alguna razón distinta a dañar la competencia. Esto es, debe demostrar que hubiera tenido que negarse a contratar incluso si ello no afectara la competencia:

*“Por lo general, la carga de demostrar la existencia de una justificación objetiva recae sobre el acusado. Para presentar su caso, **la empresa tiene que demostrar que la negativa fue necesaria o al menos racional por alguna razón distinta a causar daño a la competencia. Por lo tanto, debería poder demostrar que se habría negado a negociar incluso si hacerlo no hubiera perjudicado a la competencia.** Si la empresa demuestra ello, incluso los críticos de la evidencia de la intención anticompetitiva probablemente estarían de acuerdo en que es apropiado que una agencia de competencia use cualquier evidencia que tenga para refutar la justificación ofrecida.”*²⁸⁰

[Énfasis agregado]

386. En el Perú, el INDECOPI ha evaluado en diversos casos las justificaciones propuestas por los denunciados para justificar la negativa de trato denunciada. A continuación un cuadro que resume las principales justificaciones en casos de negativas injustificadas de trato, así como la decisión de la autoridad:

Partes	Conducta	Justificación	Decisión
--------	----------	---------------	----------

²⁷⁶ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI del 02 de julio de 2007. P. 28.

²⁷⁷ Quintana, E. (2002). Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia? IUS ET VERITAS 25. P. 381

²⁷⁸ OECD (2007). Refusals to deal. P. 12.

“(6). In any given jurisdiction, a number of elements have to be satisfied before an RTD will be found to constitute a violation of competition law. These may include:

*4. **There must not be an objective commercial justification for the denial of service.** Another way to evaluate this element is to ask: *Would the defendant refuse to deal even if the refusal did not reduce or eliminate competition?**

*5. **It must be technically and economically feasible for the refusing firm to provide the requested service** – that is, it must be possible to provide service without risk to safety, the environment, or other processes and operations of the firm. In addition the firm must be able to provide the service without undue disruption, loss of economies of integration, or loss of flexibility.”*

[Énfasis agregado]

²⁷⁹ OECD (2007). Refusals to deal. P. 42.

²⁸⁰ OECD (2007). Refusals to deal. P. 42. Traducción libre.

1	Irradia v. Consorcio Camisea	Negativa a reprogramar inicio de suministro de gas natural (GN) a Irradia.	Ante recurso limitado, resultaba ineficiente mantener asignación a Irradia, emprendimiento que no utilizaría GN en el corto plazo.	Justificación comercial objetiva aceptada
2	Termochilca v. Consorcio Camisea	Negativa a suscribir un contrato de suministro de gas natural	No había capacidad para producir la cantidad de gas natural demandada por Termochilca, dado que su capacidad contratada habría excedido la capacidad de producción.	Justificación fáctica aceptada
3	Aeroservicios v. Petroperú	Negativa de venta mayorista de combustible a Aeroservicios	No estaba clara la aplicación del ISC, ni existía obligación legal de vender combustible a todos los distribuidores.	Justificación de tipo legal no aceptada
4	Asociación Peruana de Operadores Portuarios v. Pilot Station	Negativa a que prácticos de Pilot entrenen a aspirantes a prácticos en el Callao	Política interna prohibía que en sus operaciones los prácticos estuvieran acompañados de aspirantes a prácticos	Aparente justificación comercial no aceptada
5	Aerocontinente v. BCP	Negativa a abrir una cuenta corriente a favor de Aerocontinente	Incumplimiento de requerimientos de información basado en normas de prevención de lavado de activos.	Justificación comercial objetiva no aceptada
6	R. Bergerman v. W. Barboza v. Mercado Santa Anita	Negativa de acceso del arroz Molino del Rey al mercado de Santa Anita	Guías de remisión no eran claras o nombres de destinatarios no coincidían con padrón de miembros de la Asociación.	Justificaciones fácticas no aceptadas
7	Bruno v. Comité de Fabricantes SNI	Negativa de acceso al Comité de Fabricantes de la SNI	No se cumplió con requisitos objetivos previamente establecidos para ser miembro del comité (solicitante no producían material didáctico).	Justificación comercial objetiva aceptada

387. Como se ha podido apreciar, para evaluar adecuadamente una negativa de trato, es evidente que la autoridad de competencia deberá otorgar particular importancia a la evaluación de las justificaciones alegadas por la empresa dominante para negarse a contratar. En caso esta sea una justificación objetiva válida conforme a los parámetros previamente desarrollados, no podrá sancionarse la conducta bajo las normas de competencia.

ii. **¿Cuál fue la justificación de FETRANSA para la negativa? ¿Cuál fue el análisis de la Sala?**

388. Durante el procedimiento, FETRANSA argumentó que incluso en caso tuviera posición de dominio, sí tenía justificación válida para negarle a FERSIMSAC el arrendamiento del material tractivo y rodante concesionado, ya que no contaba con material disponible para alquilar a terceros, ya que se encontraba siendo utilizado en toda su capacidad.

“En el presente caso, en el negado supuesto que se considere que FETRANS se ha negado a contratar, dicha negativa estaría más que justificada. Ello, debido a que, hace mucho tiempo, el material tractivo y rodante viene siendo utilizado en toda su capacidad.”²⁸¹

389. En la medida que no existía material ocioso no era posible arrendar material a FERSIMSAC, FETRANSA indicaba que la negativa se encontraba justificada y, en consecuencia, la conducta no era sancionable. La empresa señaló que el material concesionado fue arrendado en su totalidad a PERURAIL conforme a lo siguiente²⁸²:

Activo	Cantidad
Locomotoras	6
Autovagones	8
Autovías	7
Coches (Pasajeros)	33
Vagones (Carga)	70

390. Al respecto, FETRANSA indicó que durante el periodo de investigación, 01 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004, todas las locomotoras y autovagones estaban siendo operadas por PERURAIL por la mayor parte del tiempo.
391. En el caso del material rodante, FETRANSA indicó que los porcentajes de utilización son significativamente altos, especialmente en épocas con afluencia turística, lo que incluso llevó a que el material sea insuficiente para atender la demanda. Ante ello, PERURAIL se había visto en la necesidad de adquirir material adicional²⁸³.
392. En su recurso de apelación, OSITRAN indicó que el abuso de FETRANSA consistía en no haber alquilado el material pese a que este no se usaba efectivamente en su totalidad. Para probar ello, el regulador adjuntó en calidad de nueva prueba el Informe 201-06-GS-OSITRAN, el cual concluía que el material rodante no usado por PERURAIL durante el primer semestre del 2006 es en promedio 21% y en el caso de material tractivo es de 50%. Sin embargo, dicha información no correspondía con el periodo de investigación.
393. La Sala evitó entrar en detalle sobre los alegatos de FETRANSA. Se limitó a señalar que OSITRAN cuestionó el nivel de utilización del material y que no era posible justificar la negativa en una presunta exclusividad del uso del material tractivo y rodante como pretendía FETRANSA.
394. Asimismo, indicó que la integración vertical permitida por la circular 17 fue una medida excepcional con el fin de asegurar la continuidad del servicio de transporte ferroviario, y no permitía justificar la conducta de FETRANSA de arrendar todo el material a su vinculada²⁸⁴.

iii. ¿FETRANSA tenía una justificación válida para la negativa?

395. En caso se admita la definición de mercado relevante acogida por la Sala, esto es, que está compuesto por el alquiler de material tractivo y rodante concesionado a FETRANSA

²⁸¹ Escrito de FETRANSA del 06 de julio de 2005. P. 73.

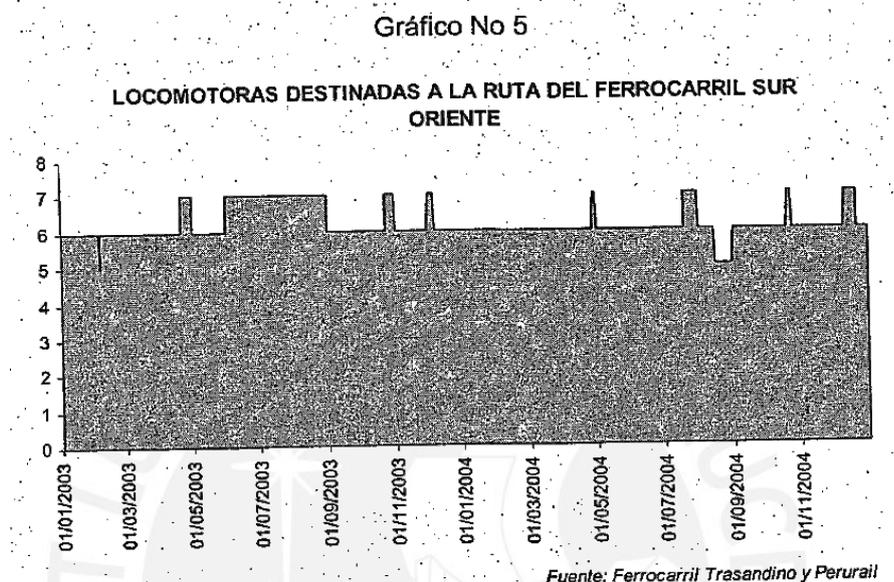
²⁸² Escrito de FETRANSA del 09 de abril de 2007. P. 21.

²⁸³ Escrito de FETRANSA del 09 de abril de 2007. P. 22.

²⁸⁴ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. P. 34.

ubicado en la Región Cusco (Perú), considero que FETRANSA sí tenía una justificación válida para negarse a arrendarle el material a FERSIMSAC.

396. Al respecto, APOYO evaluó la disponibilidad del material tractivo en el FSO, identificando que durante el periodo controvertido (01 de enero de 2003 al 01 de noviembre de 2004) en promedio se habían empleado seis locomotoras para la ruta del FSO, llegando incluso a emplearse siete locomotoras, esto es, más locomotoras que las concesionadas, cuando se necesitaba reparar o dar mantenimiento a alguna, para lo cual se readaptó la trocha de las locomotoras del Ferrocarril del Sur²⁸⁵:



Fuente: Opinión técnica sobre los Informes 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FTSA del 30 de mayo de 2005. P 23.

397. Asimismo, determinó que “el 90% de las veces [...] más del 80% de las locomotoras se encontraban en servicio. Más aún, casi un 70% de las veces todas las locomotoras fueron utilizadas y no existía ninguna disponible para alquilar.”²⁸⁶
398. En el caso de autovagones, el 77% de las veces más del 80% de autovagones estaban en servicio. En este caso, casi el 60% de las veces todos los autovagones fueron utilizados y no había alguno disponible para alquilarlo²⁸⁷. En el caso del material rodante, su porcentaje de utilización en temporadas turísticas puede llegar a superar el 80%, por ejemplo, en el mes de agosto de 2004, los coches fueron utilizados por PERURAIL en un 97%²⁸⁸.
399. Cabe señalar, que en ciertas ocasiones el material entraba en un proceso de reparación o revisión periódica, lo que impedía su utilización hasta que culminen los procesos, y lo que explicaría ciertas cifras de utilización de este material²⁸⁹.
400. En relación con la utilización diaria del material, es cierto que la variable no se acerca al 100% todos los días del periodo de evaluación, sin embargo, debe tomarse en cuenta que al igual que en otros sectores de servicios públicos, es recomendable que la capacidad

²⁸⁵ Segundo Informe - Opinión técnica sobre los Informes 055-2004/GEE y 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del INDECOPI y sobre la Resolución 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANSA. P. 23.

²⁸⁶ Segundo Informe de Apoyo Consultoría. P. 24.

²⁸⁷ Segundo Informe de Apoyo Consultoría. P. 26.

²⁸⁸ Segundo Informe de Apoyo Consultoría. Pp. 28-29.

²⁸⁹ Sexto Informe de Apoyo Consultoría.

productiva de una empresa esté dimensionada de acuerdo con los picos de demanda por el servicio que se ofrece.

401. Un claro ejemplo de lo anterior es brindado por el mercado de generación eléctrica, sector en el cual las generadoras son consideradas para atender la demanda en base a su capacidad productiva en el punto máximo de demanda:

“Adviértase que la máxima demanda del período se produce en la decimoctava hora (6:00 p.m.) y es igual a 10 MWh. En el ejemplo propuesto, si se quisiera instalar un generador con una potencia suficiente como para atender dicha máxima demanda se necesitaría instalar por lo menos uno de 10 MW de potencia. Del ejemplo propuesto se puede notar que existe una relación estrecha entre potencia y máxima demanda, y es, justamente, atendiendo a esta relación que a la máxima demanda también se le denomina “demanda de potencia”²⁹⁰

402. Por todo ello, resulta claro que el material tractivo y rodante concesionado se encontraba siendo utilizado por PERURAIL prácticamente en su totalidad, siendo que en algunas situaciones fue necesario abastecerse de equipos adicionales para satisfacer la demanda.

403. Respecto a esta justificación, la Secretaría Técnica²⁹¹ había reconocido en reiteradas oportunidades que una justificación válida para negarse a contratar con una empresa es si la empresa dominante ya tiene su producción comprometida:

“Así, por ejemplo, si la empresa “A” se niega a vender el producto “x” a la empresa “B” debido a que, por ejemplo, atender a sus demandas involucra mayores costos (supongamos, costos de transporte) la negativa será lícita. Del mismo modo, si la empresa “A” se niega a vender el mismo producto a la empresa “B” debido a que ya tiene su producción comprometida con la empresa “C”, tal podría ser también una justificación válida”

404. Incluso, en el presente caso, el material no solo estaba arrendado en su totalidad, sino que estaba siendo efectivamente utilizado. Al respecto, como indica la RCI, “el derecho de una compañía a negarse a contratar es reconocido cuando el suministrador está impedido de suministrar los bienes o servicios en la cantidad y/o calidad deseada”.²⁹²

405. En la misma línea, Villar ha indicado que las negativas pueden ser explicadas siempre que haya una justificación objetiva. Así, una causa válida es la incapacidad de cumplir con las condiciones de prestación que se vayan a pactar con el potencial entrante, siempre que el contrato y las cláusulas no encubran el intento de impedir el acceso a nuevos competidores²⁹³.

406. Cabe señalar que este tipo de justificaciones son también válidas cuando empresas integradas verticalmente están involucradas, como en el presente caso. Así, la OECD ha indicado que una justificación objetiva válida para la negativa es si el agente “A” identifica que es inviable vender su producto o servicio suministrado por la empresa integrada verticalmente “B” si esta no tiene capacidad para cumplir con lo requerido por otros agentes²⁹⁴.

²⁹⁰ Dammert, A., Molinelli, F., Carbajal, M (2011). Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano. P. 23.

²⁹¹ Informe Técnico 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004 en P. 48 e Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005 en P. 21.

²⁹² International Competition Network (2010). Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws. P. 31. Traducción libre.

²⁹³ Villar, F. (2004). Las instalaciones esenciales para la competencia. P.36.

²⁹⁴ OECD (2007). Refusals to deal. P. 42. Traducción libre:

“There are many other examples of potentially legitimate, objective justifications, a few of which are listed here:

407. Incluso, en el año 2010, la Comisión resolvió la denuncia presentada por Termochilca en contra del Consorcio Camisea por negativa injustificada de trato y discriminación al haberse negado a suscribir un contrato de suministro de gas natural²⁹⁵. Al respecto, la Comisión evaluó la restricción de la capacidad que tenía el consorcio para producir la cantidad de gas natural requerida por Termochilca:

*“102. Asimismo, según se muestra en el siguiente gráfico, durante el periodo comprendido entre julio 2008 y diciembre 2009, la capacidad de producción del Consorcio Camisea fue inferior a la capacidad contratada y los compromisos asumidos con sus clientes. Es decir, **a fines de 2008, el Consorcio Camisea no habría tenido capacidad para producir la cantidad de gas natural demandada por un cliente con las características de Termochilca, dado que su capacidad contratada habría excedido su capacidad de producción**, lo que habría significado una condicionante para la provisión de gas natural y una restricción contractual para proveer a nuevos clientes.”*

[Énfasis agregado]

408. Como se puede apreciar, la Comisión consideró que era válida la justificación de que el agente dominante se niegue a contratar debido a que no contaba con capacidad para satisfacer la demanda requerida por el solicitante.
409. En el año 2003, la Comisión Europea sancionó un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa a proveer locomotoras por parte de FS que administraba la infraestructura ferroviaria en favor de GVG, una transportista ferroviaria con intención de entrar al mercado.
410. Sin perjuicio del análisis detallado que hace la Comisión para sancionar a FS, debemos resaltar que incluso cuando en este caso FS estaba integrada con RFI, que era una empresa que prestaba servicios de transporte ferroviarios, la Comisión evalúa si FS tenía parque disponible para poner a disposición a favor de GVG²⁹⁶. Lo que no ha sido evaluado en el caso de FETRANSA.
411. Como se indicó, la OECD considera que para evaluar la validez de la justificación, el agente dominante debe evidenciar que la negativa era necesaria, siendo que incluso hubiera tenido que negarse a contratar si ello no afectara la competencia.
412. Al respecto, si consideráramos que PERURAIL es una empresa no integrada verticalmente con FETRANSA y que suscribieron un contrato de arrendamiento por la totalidad del material tractivo y rodante concesionado, llegaríamos a la misma conclusión, esto es, que FETRANSA debe negarse a arrendarle parte del material concesionado a una tercera empresa que lo solicite como FERSIMSAC. Para brindar dicho acceso, deberá ser necesario que culmine el plazo de vigencia del contrato de arrendamiento para que la tercera empresa pueda acceder al material.
413. Incluso en la situación previamente descrita el uso efectivo de la totalidad del material por parte de la empresa operadora que suscribió el contrato de arrendamiento sería evidencia más clara de que existe una justificación válida para la negativa. En el presente caso, la situación sería la misma con la particularidad que las empresas están integradas verticalmente en la medida que ello fue una obligación incluida por la circular 17. La integración vertical de las empresas no debería inaplicar o invalidar la justificación objetiva para la negativa.

● *A vertically integrated firm might find that selling its upstream input to other firms might be infeasible for some reason, such as that the integrated firm lacks adequate capacity or it is too expensive to adjust the design or production of the input to meet the demands of the buyers.”*

²⁹⁵ Resolución 054-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010.

²⁹⁶ Commission Decision of 27 August 2003 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty. F.90-91.

414. Con lo cual, FETRANSA hubiera tenido que negarse a arrendarle el material a un tercero incluso si no estuviera integrado con el operador del servicio de transporte y, en consecuencia, no se afecte a la competencia (directa o indirecta) de FETRANSA. Ello es evidencia de que la justificación de FETRANSA en el marco del procedimiento es válida.
415. Por último, debemos destacar que el informe presentado por OSITRAN como prueba nueva para presuntamente cuestionar el uso efectivo de la totalidad del material evalúa un periodo que no forma parte del procedimiento sancionador. Con lo cual no correspondería tomar en cuenta dicho informe.
416. Por todo ello, incluso admitiendo la postura de la Sala sobre el mercado relevante, no debió sancionarse la conducta como una negativa de trato, pues la justificación de FETRANSA de que se estaba usando efectivamente la totalidad del material arrendado era válida.

D. CUARTO PROBLEMA: ¿La Sala podía ordenar el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión?

i. ¿Cuál es el marco normativo general de las medidas correctivas? ¿Qué tipo de medidas correctivas existen?

417. A diferencia de las sanciones que buscan penalizar o castigar, las medidas correctivas están destinadas a reponer o restablecer una situación a un estado anterior al de la infracción sancionada e incluso, en ciertos casos, tiene un rol preventivo. La LPAG²⁹⁷ vigente en aquel momento no hacía referencia explícita a las medidas correctivas. Únicamente establecía que las sanciones que se imponían eran compatibles con la reposición de la situación alterada a su estado anterior:

“Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

[Énfasis agregado]

418. Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, la LPAG se convirtió en una norma de aplicación común y no supletoria. Con ello se modificó dicho artículo reconociendo expresamente la posibilidad de que junto con las sanciones administrativas se dicten medidas correctivas destinadas a “la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior”. Asimismo, se establece que dichas medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y proporcionales con los bienes jurídicos tutelados en cada caso.
419. La exposición de motivos de la norma desarrolló también la posibilidad de dictar medidas correctivas junto con las sanciones administrativas en cuanto estas estén previamente tipificadas y sean razonables²⁹⁸.
420. El Decreto Legislativo 1272 también modificó la LPAG estableciendo en su artículo 228-H que “Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad.”

²⁹⁷ Ley 27444 aprobada el 21 de marzo de 2001. Fue derogada en el año 2017 por el DS 006-2017-JUS. El TUO de la LPAG vigente fue aprobado por el DS 004-2019-JUS publicado el 25 de enero de 2019.

²⁹⁸ Exposición de Motivos del DL 1272. P. 51.

421. Su exposición de motivos indicaba que la intención de la norma fue llenar un vacío legal sobre las medidas correctivas, esto es, reconociendo que no había una regulación de las medidas correctivas en la LPAG y que lo que se buscaba ahora es incorporar reglas mínimas para el ejercicio proporcionado y adecuado de la potestad²⁹⁹:
422. Actualmente, dichos artículos están contenidos en los artículos 246 y 251 del TUO de la LPAG, respectivamente. Como se ha evidenciado, el marco normativo actual es claro al indicar que las medidas correctivas son complementarias a las multas impuestas por infracciones administrativas y tienen como objetivo general reponer los efectos producidos por las conductas indebidas que han sido sancionadas.
423. En ese sentido, Morón ha señalado lo siguiente³⁰⁰:

“Nos encontramos frente a verdaderos actos administrativos distintos a las sanciones, pero que surgen también con ocasión de la comisión de actos ilícitos que afectan intereses confiados a la autoridad administrativa. Estas medidas de restablecimiento de la legalidad reponen el orden legal vulnerado por el infractor, asumiendo en algunos casos claramente un rol preventivo de futuros daños (Por ejemplo: cuando se clausura una instalación no autorizada o que incurre en inobservancias a las reglas de salubridad), pero en otras asume tendencias restitutivas (Por ejemplo, demoler una construcción realizada indebidamente)”.

[Énfasis agregado]

424. Como se ha podido apreciar, si bien el marco normativo general no reconoció expresamente a las medidas correctivas hasta el año 2016, la LPAG sí establecía que las sanciones que se imponían eran compatibles con la reposición de la situación alterada a su estado previo a la vulneración.
425. En relación con el tipo de medidas correctivas existentes, la doctrina ha contribuido a su desarrollo y en particular en el ámbito de la libre competencia. Las medidas correctivas como indica el Tribunal del INDECOPI pueden clasificarse en dos tipos: conductuales y estructurales³⁰¹.
426. Las medidas correctivas conductuales son aquellas que solo inciden en la conducta del infractor y pueden ser obligaciones de hacer o no hacer. Al respecto, la OECD señala que los remedios conductuales obligan a la empresa infractora a hacer o dejar de hacer algo dependiendo del caso en concreto, y suelen requerir seguimiento e intervención de las autoridades de competencia para fiscalizar su cumplimiento. Pese a ello, son las medidas correctivas más empleadas³⁰².
427. Un ejemplo típico de este tipo de medidas son las órdenes de cese que suele imponer la mayoría de las autoridades de competencia como el INDECOPI. Mediante estas la autoridad ordena el cese de la conducta y el tipo de obligación dependerá de la conducta. En caso sea una negativa, la obligación será de hacer; si fuera una discriminación, sería una obligación de no hacer. Este tipo de medidas suelen servir al objetivo de restituir la situación al momento previo de la infracción³⁰³.
428. A modo de ejemplo, Palacios y Luque refieren que en el caso de una negativa de suministrar un insumo a una empresa denunciante, no solo se debe declarar la ilegalidad

²⁹⁹ Exposición de Motivos del DL 1272. Pp. 47-48.

³⁰⁰ Morón, J. (2010) Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. Revista de Derecho Administrativa CDA N° 9. Pp. 146-147.

³⁰¹ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. Pp. 38-39.

³⁰² OECD (2006) Remedies and sanctions in abuse of dominance cases. P. 9.

³⁰³ OECD (2006) Remedies and sanctions in abuse of dominance cases. P. 38.

de la conducta, sino que se debe ordenar su cese. Dicha medida correctiva deberá ser la orden de que la empresa infractora suministre el insumo a la empresa denunciante bajo ciertas condiciones que deberán ser proporcionales.

429. Los autores señalan que de hecho la declaración de ilegalidad de una conducta anticompetitiva lleva implícita la orden de cese, ya que no tendría sentido pensar que la empresa infractora puede continuar infringiendo la normativa de libre competencia mediante su conducta, pese a que la autoridad de competencia ya declaró su ilegalidad³⁰⁴.
430. Algunas medidas correctivas conductuales distintas del cese son la modificación o rescisión de contratos existentes, introducir y cumplir nuevos esquemas o condiciones de precios, adoptar programas de cumplimiento en materia de libre competencia, entre otros.³⁰⁵
431. Por su parte, las medidas correctivas estructurales son aquellas que afectan la estructura del agente infractor. Ejemplos de este tipo de medida son la escisión, desintegración vertical u alguna otra forma que implique la separación de los activos de la empresa infractora. Este tipo de medidas se caracterizan por eliminar el poder de mercado rápidamente y en simultáneo fomentar la entrada a otros competidores³⁰⁶.
432. La OECD ha indicado que las autoridades que cuentan con potestad para imponer este tipo de medidas lo hacen únicamente cuando no hay una medida correctiva conductual igualmente efectiva o en caso esta sea más onerosa de cumplir que la estructural³⁰⁷.

ii. ¿La Sala tenía facultades para imponer cualquier tipo de medida correctiva?

433. Mediante la Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI, la Sala impuso en calidad de medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante que era objeto del contrato de concesión, y ordenó el cumplimiento del deber de no discriminación establecido en la cláusula 7.6 del contrato de concesión.
434. La Sala reconoció en su decisión que presuntamente tenía facultad para ordenar (i) medidas correctivas conductuales o de comportamiento, esto es, medidas que obligan al infractor a hacer/no hacer como por ejemplo, una medida de cese de la conducta infractora con el fin de poner fin al comportamiento anticompetitivo, y (ii) medidas correctivas estructurales, por ejemplo, la separación de activos o la variación de las condiciones de una integración vertical³⁰⁸.
435. En ese sentido, la Sala señaló que las “medidas serán justificadas cuando involucren beneficios sustanciales para la competencia que superen los costos de su imposición y supervisión”³⁰⁹.
436. En el caso particular de FETRANSA, la Sala indicó que la medida correctiva debía estar dirigida a reprimir un escenario en el que le niega acceso al material rodante y tractivo a potenciales operadores entrantes, ya sea mediante una negativa de acceso o mediante la imposición de condiciones discriminatorias³¹⁰.
437. Cabe señalar que en relación con la posibilidad de dictar medidas correctivas, la Sala se refirió a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1963-2006-

³⁰⁴ Palacios, E., Luque, M. (2008). Las medidas correctivas y la defensa de la competencia: La experiencia peruana. Anuario Andino de Derechos Intelectuales. P. 437.

³⁰⁵ OECD (2022). Remedies and commitments in abuse cases. P. 20.

³⁰⁶ OECD (2006). Remedies and sanctions in abuse of dominance cases. P. 9.

³⁰⁷ OECD (2006). Remedies and sanctions in abuse of dominance cases. P. 9.

³⁰⁸ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. Pp. 38-39.

³⁰⁹ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. P. 40.

³¹⁰ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. P. 40.

PA/TC (Caso Ferretería Salvador) en la que a su juicio, el Tribunal reconocía “de manera expresa las potestades del Indecopi para ordenar el cese de conductas que afecten la competencia, aún cuando éstas se pongan de manifiesto mediante la celebración de contratos entre dos o más agentes del mercado”³¹¹.

438. Por todo ello, a criterio de la Sala, estaba plenamente justificado ordenar a FETRANSA como medida correctiva el cese de la negativa injustificada de alquiler de material, así como, el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la cláusula 7.6 del contrato de concesión.
439. Como hemos visto, las medidas correctivas son medidas que están destinadas a reponer o restablecer la situación a un estado anterior al de la infracción sancionada. De la revisión de la Ley de Competencia que estaba vigente en aquel momento se puede apreciar que no recoge expresamente como una de las facultades de la Sala la posibilidad de dictar medidas correctivas.
440. De hecho, la ausencia de facultades de la Sala para imponer medidas correctivas es aún más clara si se considera que en el año 2005 se presentó el Proyecto de Ley 14199/2005-CR – Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, el cual incorporaba la posibilidad de que la Comisión pueda imponer medidas correctivas conductuales y estructurales.
441. Si bien dicho proyecto fue archivado, la sola existencia de la propuesta evidenciaría que efectivamente la Sala no contaba con dicha facultad a nivel normativo, de lo contrario, una propuesta normativa otorgándole dicha facultad no sería necesaria:

“Artículo 33.- Medidas correctivas.-

Sin perjuicio de la sanción que se imponga por infracción a la Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;

b) La obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones;

c) La ineficacia de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos o,

d) El acceso a sistemas, redes, asociaciones o servicios que sean decisivos para la competencia, inclusive bajo determinadas condiciones

De manera excepcional cuando la imposición de multas fuere insuficiente para corregir la afectación de la competencia en el mercado, la Comisión podrá dictar medidas correctivas de tipo estructural, tales como ordenar la escisión o reorganización de la empresa o la venta de una parte de sus activos.

Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para el obligado a cumplirlos, que el remedio estructural.

El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas”.

[Énfasis agregado]

442. Por todo ello, es evidente que las normas no reconocían a la Sala la facultad de imponer medidas correctivas en procedimientos sancionadores en materia de libre competencia. En este punto es importante resaltar que a diferencia de la Sala, otros órganos resolutivos sí contaban con la facultad de imponer medidas correctivas, la cual había sido desarrollada en las normas especiales.
443. A modo de ejemplo, en materia de protección al consumidor, la Comisión de Protección al Consumidor tenían la potestad de imponer medidas correctivas de acuerdo con la Ley de

³¹¹ Resolución 1122-2007-TDC-INDECOPI. Pp. 38-39.

Protección al Consumidor³¹². Esta ley no solo reconocía la posibilidad de imponer medidas correctivas a los administrados, sino que incluso señalaba de manera expresa el tipo de medidas correctivas que podría imponer.

444. En el sector de telecomunicaciones, el Decreto Supremo 013-93-TCC reconoció a OSIPTEL facultades para imponer medidas correctivas en el marco de procedimientos de libre competencia en su sector de competencia:

“Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.”

[Énfasis agregado]

445. Sin perjuicio de la ausencia de un otorgamiento de facultades expreso a la Sala para dictar medidas correctivas en procedimientos de libre competencia, el Decreto Ley 29589 recoge de manera muy general la posibilidad de las Comisiones del INDECOPI de imponer medidas correctivas junto con las sanciones:

“Artículo 19.- Las Comisiones a que se refiere el artículo anterior, tienen las siguientes características:

[...] b) resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, así como sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de las sanciones correspondientes;”

446. Si bien dicha norma reconoce que las Comisiones están facultadas a imponer medidas correctivas, ello no significa que pueda imponer cualquier tipo de medidas correctivas. Al respecto, el Tribunal Constitucional explicó cuáles eran las medidas correctivas que estaba facultada a imponer la Comisión.
447. En el año 2005, Ferretería Salvador interpuso un recurso de amparo solicitando que se deje sin efecto la Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI dictada por la Sala, la cual ordenó a Distribuidora Norte Pacasmayo (DINO) una medida correctiva que implicaba *“el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados”*.
448. A juicio de Ferretería Salvador ello vulneraba los derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa y libertad de contratación, pues en la práctica la medida correctiva implicaba dejar sin efecto los contratos que había suscrito con DINO³¹³.
449. Dicho expediente fue evaluado por el Tribunal Constitucional, el cual señaló que negarle al INDECOPI la capacidad de dictar cese de las conductas implicaría negarle la posibilidad de desempeñarse en el marco de las funciones que le fueron atribuidas:

³¹² Ley de Protección al Consumidor – Decreto Legislativo 716 (Actualmente derogado por la Ley 29571):

“Artículo 42.- Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar, la Comisión de Protección al Consumidor, actuando de oficio o a pedido de parte, podrá imponer a los proveedores que incurran en alguna de las infracciones tipificadas en la presente Ley, una o más de las siguientes medidas correctivas:

a) Decomiso y destrucción de mercadería, envases, envolturas y/o etiquetas;

b) Clausura temporal del establecimiento o negocio hasta por un máximo de 60 (sesenta) días calendario;

[...].”

³¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC. P. 2.

“22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPÍ, 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 a 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 61 ° de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución).

23. Tal capacidad es justamente lo que los demandantes pretenden negarle a INDECOPÍ cuando afirman que la decisión de ordenar el cese de las conductas, bajo el argumento de que abusan de la posición de dominio de la empresa DINO en las modalidades de discriminación y contratos ligados, ha vulnerado su libertad contractual.”

450. En relación con el cuestionamiento de que el Decreto Legislativo 701 no recogía la posibilidad de que el INDECOPÍ imponga otra medida que no sean las multas, el Tribunal reconoció que si bien INDECOPÍ estaba facultado para imponer sanciones pecuniarias por las infracciones a la norma, ello no lo imposibilitaba de dictar medidas complementarias a las multas:

“26. Otro de los argumentos alegados por los demandantes para cuestionar la decisión de INDECOPÍ fue sostener que dicho organismo únicamente está facultado para imponer sanciones económicas (multas) conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Legislativo 701.

Efectivamente, INDECOPÍ está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias -distintas a las sanciones- justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. [...].”

451. Con lo cual, considerando los fines del INDECOPÍ, el Tribunal Constitucional reconoció que las funciones de la entidad no se podían limitar a la imposición de sanciones, sino que también ostentaba facultades para ordenar el cese de las conductas infractoras, pese a que el Decreto Legislativo 701 no lo contemplaba.
452. Siendo ello así, el Tribunal Constitucional reconoció al INDECOPÍ la potestad de ordenar el cese de las conductas infractoras de las normas de libre competencia. Con lo cual, no era posible que el INDECOPÍ dicte otro tipo de medidas correctivas como, por ejemplo, medidas correctivas estructurales o medidas correctivas conductuales distintas al cese de la conducta.
453. Al respecto, compartimos la posición del Tribunal de que negarle dicha facultad al INDECOPÍ sería contrario al propio objetivo de la Ley de Competencia, esto es eliminar las prácticas anticompetitivas en el mercado³¹⁴. Sería imposible eliminar las conductas anticompetitivas si es que solo pudieran sancionarse y no imponer algún tipo de medidas para restablecer la situación al estado anterior a la infracción.
454. En ese sentido, la Comisión y la Sala únicamente estaban facultadas a dictar un tipo de medidas correctivas conductuales, esto es, las órdenes de cese de las conductas infractoras. No estaba facultada a dictar otro tipo de medidas correctivas conductuales o en general algún tipo de medida correctiva estructural.

³¹⁴ Artículo 1 del Decreto Legislativo 701.

455. Cabe señalar que a diferencia del Decreto Legislativo 701, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sí le otorgó la facultad a la Comisión y a la Sala de dictar medidas correctivas:

“Artículo 49.- Medidas correctivas

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;*
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,*
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,*
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.*
- e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.*

49.2. La Comisión también podrá dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

49.3. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.

49.4. La Comisión podrá expedir Lineamientos precisando los alcances del presente artículo, para su mejor aplicación.”

[Énfasis agregado]

456. El reconocimiento de dicha facultad mediante la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas además guarda relación con las reglas impuestas por el TUO de la LPAG sobre las medidas correctivas relacionadas a la tipificación previa, razonabilidad y proporcionalidad.

iii. ¿La Sala estaba facultada para dictar las medidas correctivas que ordenó a FETRANSA?

457. Como se ha podido evidenciar en la sección, la Sala únicamente estaba facultada para ordenar el cese de la conducta infractora. En el caso particular de FETRANSA, la Sala efectivamente ordenó como medida correctiva el cese de la conducta infractora, con lo cual actuó dentro de sus facultades al dictar dicha medida.
458. Sin embargo, la Sala también ordenó a FETRANSA el cumplimiento de la cláusula 7.6 de su contrato de concesión. Con lo cual, la Sala habría excedido su facultad de ordenar medidas correctivas, ya que estas debían estar limitadas a ordenar el cese de la conducta infractora como lo determinó el Tribunal Constitucional.
459. Incluso, el dictado de dicha medida correctiva habría excedido las competencias del INDECOPI. Ello en la medida que estuvo motivada por la percepción de la Sala de que habría una vulneración a la cláusula 7.6 del contrato de concesión, hipótesis que fue manejada por el INDECOPI a lo largo del procedimiento y que habría sido acogida por la Sala pese a no mencionar expresamente que FETRANSA infringió dicha cláusula como sí lo hizo, por ejemplo, la Secretaría Técnica:

“365. La conducta de Fetrans reflejaría una violación al principio de equidad establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del Contrato de Concesión, toda vez que como Concesionario estaría discriminando a Fersimsac en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y de pasajeros en el FSO, en contraste a su comportamiento frente a su empresa vinculada Perurail a la que le alquila el íntegro de dicho material. [...]”

[Énfasis agregado]

460. Como se sabe, el dictado de las medidas correctivas tiene como objetivo la reposición de la situación alterada a su estado anterior y, en este caso, para el dictado de la medida correctiva, la Sala habría considerado que existió un incumplimiento a la cláusula 7.6 del contrato de concesión y que ordenar su cumplimiento restablecería la situación.
461. Al hacer ello, la Sala habría excedido sus funciones, pues como lo señala la cláusula 17.1 y 17.3 del contrato de concesión, el OSITRAN es el único facultado para supervisar el cumplimiento del contrato y, en los casos que corresponda, sancionar su incumplimiento.
462. Siendo ello así, la Sala se atribuyó las competencias del OSITRAN al considerar que existió una vulneración a la cláusula 7.6 del contrato de concesión y dictar una medida correctiva ordenando su cumplimiento.
463. Por otro lado, en nuestra opinión, la Sala no estaba facultada a imponer medidas correctivas estructurales. La Sala señaló en su decisión que si bien estaba facultada a imponer medidas estructurales, no podía ordenar la desintegración vertical en la medida que la integración vertical es una estructura permitida por el contrato de concesión del FSO.
464. Al respecto, debemos señalar que dicha interpretación no solo contradice la decisión del Tribunal Constitucional que indica que solo puede ordenar el cese de la conducta como medida correctiva conductual, sino que también incumple el marco normativo al no estar tipificada dicha facultad, pese a ser gravemente intrusiva.
465. Asimismo, tampoco se recogen en el marco normativo cuáles son los límites de esa facultad con el fin de garantizar la razonabilidad de la medida así como la debida proporcionalidad entre la intervención y el fin a tutelar.
466. Como correctamente señala Santamaría, las actuaciones de eficacia ablatoria requieren necesariamente un previo apoderamiento legal que no ofrezca dudas de ninguna manera, lo que es congruente con un Estado de Derecho y garantiza el respecto de la libertad de los ciudadanos³¹⁵.
467. Lo anterior guarda sentido con el hecho de que solo por ley el Estado está facultado a limitar el ejercicio de derechos y libertades. En ese sentido, en la medida que dicha facultad no está recogida expresamente en la ley, la Sala no contaba con la facultad de ordenar una medida correctiva estructural.

V. CONCLUSIONES

A. Primer problema: ¿FETRANSA tenía posición de dominio en el mercado relevante adecuadamente definido?

468. Podemos concluir que FETRANSA no tenía posición de dominio en el mercado relevante correctamente definido. Como se ha desarrollado en el presente informe, tanto la Sala como el INDECOPÍ definieron el mercado relevante de manera incorrecta. Ello habría sido

³¹⁵ Santamaría, J. (2004). Principios de Derecho Administrativo General. P. 83

generado por la incorrecta apreciación de los elementos de prueba así como la no evaluación de otros elementos que sí debieron ser considerados para evaluar la sustituibilidad.

469. Así, la Comisión y la Sala descartaron alternativas por considerarlas menos ventajosas en comparación con el arrendamiento de material, pese a haber reconocido que dichas alternativas eran viables técnica y económicamente.
470. En caso se hubiera definido adecuadamente el mercado relevante, se habría llegado a la conclusión de que este era más amplio y estaba conformado por el aprovisionamiento de material tractivo y rodante de trocha ancha, estándar o métrica en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, así como, Alemania, Canadá, España, Estados Unidos y Singapur.
471. Ante ello, se hubiera determinado que FETRANSA no tenía posición de dominio en dicho mercado relevante.

B. Segundo problema: ¿La Sala interpretó el contrato de concesión del FSO excediendo sus facultades?

472. A partir del estudio realizado es posible concluir que la Sala interpretó el contrato de concesión del FSO excediendo las facultades que le otorgó el marco normativo. La Sala interpretó la cláusula 7.6 del contrato de concesión así como la circular 17 que permite al concesionario, mediante la constitución de una empresa espejo, prestar los servicios de transporte ferroviario en el FSO.
473. Siendo ello así, la Sala se atribuyó las facultades que normativamente se le han otorgado de manera exclusiva al OSITRAN en relación con la interpretación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público. Con lo cual, la actuación de la Sala al interpretar el contrato constituyó una vulneración al principio de legalidad.

C. Tercer problema: ¿El uso efectivo de la totalidad del material arrendado era una justificación válida para la negativa de trato a FERSIMSAC?

474. Consideramos que el uso efectivo de la totalidad del material arrendado sí era una justificación válida para la negativa de trato a FERSIMSAC. Asumiendo la definición del mercado relevante de la Comisión y la Sala, es posible concluir que la justificación de FETRANSA para la negativa a arrendarle el material cumplía con los parámetros objetivos para ser admitida.

D. Cuarto problema: ¿La Sala podía ordenar el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión?

475. La Sala no podía ordenar a FETRANSA el cumplimiento de la cláusula 7.6 del contrato de concesión. Al hacer ello, la Sala excedió su facultad de ordenar medidas correctivas, ya que estas debían estar limitadas a ordenar el cese de la conducta infractora como lo determinó el Tribunal Constitucional.
476. Incluso, al imponer esa medida correctiva en particular, la Sala se atribuyó las competencias del OSITRAN al considerar que existió una vulneración a la cláusula 7.6 del contrato de concesión, pues únicamente el regulador es el facultado para supervisar el cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión y sancionar su incumplimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

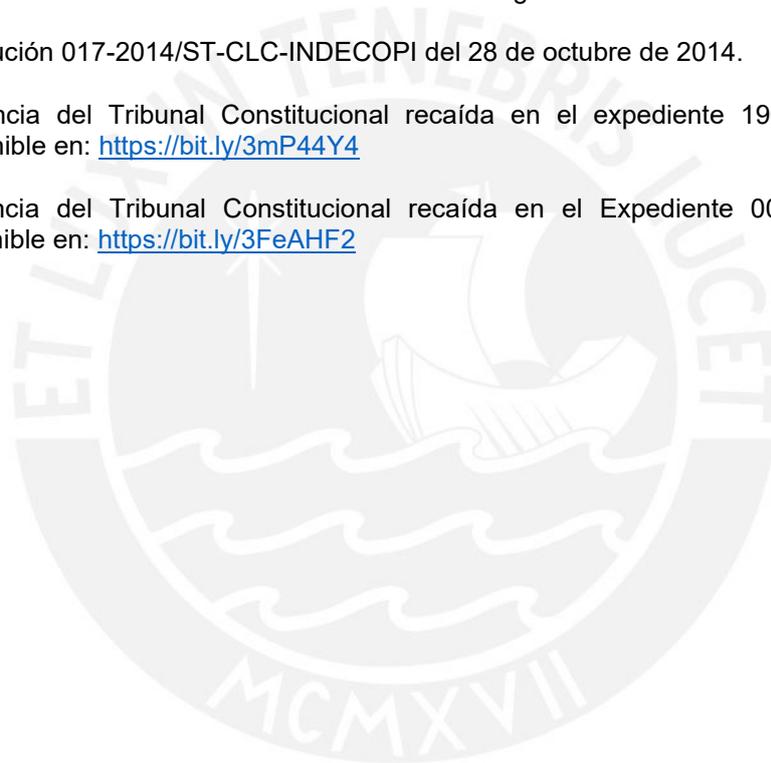
- ABA Section of Antitrust Law (2012). Market Definition in Antitrust: Theory and case studies.
- Ariño, G. (2009). Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables? Revista de Derecho Administrativo CDA.
- Avendaño, J. (2007). Metodología de la interpretación de la ley y del contrato.
- Barchi, L. (2007). La interpretación del contrato en el Código Civil Peruano.
- Blanquer, D. (2012). La concesión de servicio público.
- Bullard, A. (2006). Derecho y Economía, El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores.
- Comisión Europea (1997). Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia
- Conrath, C. Capítulo 5. Posición dominante en el mercado relevante. Poder de mercado: cómo identificarlo
- Dammert, A., Molinelli, F., Carbajal, M (2011). Fundamentos técnicos y económicos del sector eléctrico peruano. Disponible en: <https://bit.ly/3T6EFFr>
- Danos, J., Morón, J., Huapaya, R., Martín, R. (2011). Mesa redonda: Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país. IUS ET VERITAS.
- Dromi, R. (2006). Licitación y obra pública.
- Fernández, G. (2002). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. Derecho & Sociedad 19.
- International Competition Network (2002). ICN Recommended Practices for Merger Analysis. Disponible en: <https://bit.ly/3Kgp0AR>
- International Competition Network (2010). Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws. Disponible en: <https://bit.ly/3mP0qxo>
- ICN Unilateral Conduct Working Group (2008). Dominance/Substantial market power analysis pursuant to unilateral conduct laws. Recommended Practices. Disponible en: <https://bit.ly/3LiLiED>
- Lohmann G. (2007). La interpretación del negocio jurídico y del contrato.
- Martín, R. (2022). Promoción de la inversión privada en el Perú: del contrato de concesión a las asociaciones público-privadas. Fondo Editorial PUCP.
- MINJUS (2017). Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. Sobre la aplicación del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Disponible en: <https://bit.ly/3FkA7p9>

- Morón, J. (2010) Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración. Revista de Derecho Administrativa CDA N° 9.
- Morón, J. (2016). La contratación estatal. Gaceta Jurídica.
- Morón, J. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica.
- Napurí, C. (2017). Manual del Procedimiento Administrativo General.
- OECD (2006) Remedies and sanctions in abuse of dominance cases.
- OECD (2007). Refusals to deal.
- OECD (2012). Market definition.
- OECD (2022). Remedies and commitments in abuse cases.
- Palacios, E., Luque, M. (2008). Las medidas correctivas y la defensa de la competencia: La experiencia peruana. Anuario Andino de Derechos Intelectuales.
- Quintana, E. (2002). Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia? IUS ET VERITAS 25.
- Rubio, M. (2010). El idioma y el Derecho vistos desde justiniano.
- Santamaría, J. (2004). Principios del Derecho Administrativo General I.
- Soto, E. (2019). Fundamentos y naturaleza de las concesiones administrativas. Revista Jurídica Digital UANDES 3/1
- Trazegnies, F. (2007). La verdad construida. Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal.
- U.S. Department of Justice (2008). Competition and Monopoly: Single-firm conduct under section 2 of the Sherman Act. Disponible en: <https://bit.ly/3TbfAZK>
- U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (2010). Horizontal Merger Guidelines. Disponible en: <https://bit.ly/3Zlhljx>
- Vidal, F. (2007). La interpretación del contrato en el derecho peruano.
- Villar, F. (2004). Las instalaciones esenciales para la competencia.
- Wish, R., Baley, D. (2012). Competition Law. Oxford.

Jurisprudencia:

- Commission Decision of 27 August 2003 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty.
- Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 15 September 1998. ENS, UK y otros v. Comisión Europea. Resolución 022-2001-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2001.
- Resolución 051-2006-INDECOPI/CLC del 10 de julio de 2006.

- Resolución 016-94-CLC del 27 de julio de 1994.
- Resolución 1183-94/TDCPI del 29 de diciembre de 1994.
- Resolución 002-99-CLC del 19 de marzo de 1999.
- Resolución 0216-1999/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 1999.
- Resolución 011-00-CLC del 09 de octubre de 2000.
- Resolución 022-2001-INDECOPI/CLC del 11 de julio de 2001.
- Resolución 0869-2002/TDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 2002.
- Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI del 04 de marzo de 2005.
- Resolución 054-2010/CLC-INDECOPI del 13 de agosto de 2010.
- Resolución 017-2014/ST-CLC-INDECOPI del 28 de octubre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 1963-2006-PA/TC. Disponible en: <https://bit.ly/3mP44Y4>
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC. Disponible en: <https://bit.ly/3FeAHF2>



VII. ANEXOS

- **ANEXO 1: Circular 17 del 15 de marzo de 1999.**

Resumen: Se precisan las bases y el contrato de concesión indicando que el concesionario debía garantizar que contaba con un operador de servicios de transporte ferroviario con el fin de permitir la continuidad del servicio. Para ello se estableció que el concesionario debía contratar o constituir una persona jurídica que actúe como operador ferroviario. Cabe señalar que se mantuvo la imposibilidad de que el concesionario preste el servicio de transporte directamente.

“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. En el caso de Consorcios Divisibles, el Adjudicatario deberá contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario para más de un ferrocarril.

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

6. Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.

Finalmente, y como consecuencia de las modificaciones contempladas en la presente Circular, debe quedar claro que el Concesionario no está facultado para organizar, desarrollar y explotar Servicios de Transporte Ferroviario por cuenta propia, a solicitud de operadores, o de algún tercero; debe entenderse modificadas la definición de “Servicios de Transporte Ferroviario”, así como la cláusula 6.3 y demás pertinentes de la versión preliminar del Contrato de Concesión.”

- **ANEXO 2: Circular 43 del 07 de mayo de 1999.**

Resumen: Se aclara que la persona jurídica constituida para ser operador de servicios de transporte ferroviario debía tener personería jurídica distinta al concesionario. Asimismo, se reitera que el concesionario estaba imposibilitado de prestar directamente el servicio de transporte ferroviario.

*“[...] 2. **PREGUNTA:** El punto 2 de la Circular N° 17 señala que el adjudicatario puede constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario, por tanto ¿puede el adjudicatario constituir una filial para que preste estos servicios? de ser así ¿existiría alguna restricción en cuanto a la participación del adjudicatario en esta eventual filial?*

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

*[...] 4. **PREGUNTA:** circular N° 17. [...] Asimismo, se solicita reconsiderar la prohibición al Concesionario para prestar servicios de transporte ferroviario en forma directa ya que se considera que con el diseño actual, solamente se está complicando innecesariamente la operación del Concesionario y se le está impidiendo beneficiarse de las economías de escala que presenta un operador integral que presta todos los servicios. [...]*

RESPUESTA: *A mérito de la Circular N° 017, el Concesionario no podrá prestar servicios de transporte ferroviario, los cuales deberán ser desarrollados exclusivamente por los operadores de servicios de transporte ferroviario. En la segunda versión del Contrato de Concesión que será distribuida entre los postores precalificados, se incorporarán los alcances descritos en la Circular N° 017.”*

[Énfasis agregado]

