



Derecho & Sociedad

Asociación Civil

Año XVIII N° 29 2007

Guido Santiago Tawil
Oscar Aguilar Valdez
Ricardo Salazar Chávez
Mario Linares Jara
Carlos Carpio
Juan Carlos Morón
Derik Latorre Boza
Christian Guzmán Napurí
Beatriz Boza Dibos
Jorge Pando Vilchez
Sergio Tafur Sánchez
Rodolfo Miranda Miranda
Jorge Beltrán Pacheco
Juan Falconí Gálvez
Verónica Rojas Montes
Mario Arteaga Zegarra
Ramón Huapaya Tapia
Jaime Rodríguez - Arana
Eda Rivas Franchini
Hugo Gomez Apac
Gianfranco Mejía Trujillo
Juan Carlos Cassagne
Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano
Marco Castañeda Vicuña
José Jiménez Chocano
Eduardo Sotelo Castañeda
Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Manuel Bermúdez Tapia
Alonso Núñez del Prado
Andrés Valle Billinghamurst
Alejandro Falla Jara

La Subasta Inversa

Entrevista a Jorge Danós Ordoñez

Invirtiendo en Recursos Naturales

Entrevista a Luis Carlos Rodrigo Prado

Mesa Redonda:

¿Es Eficaz Nuestro Sistema de Contrataciones con el Estado?

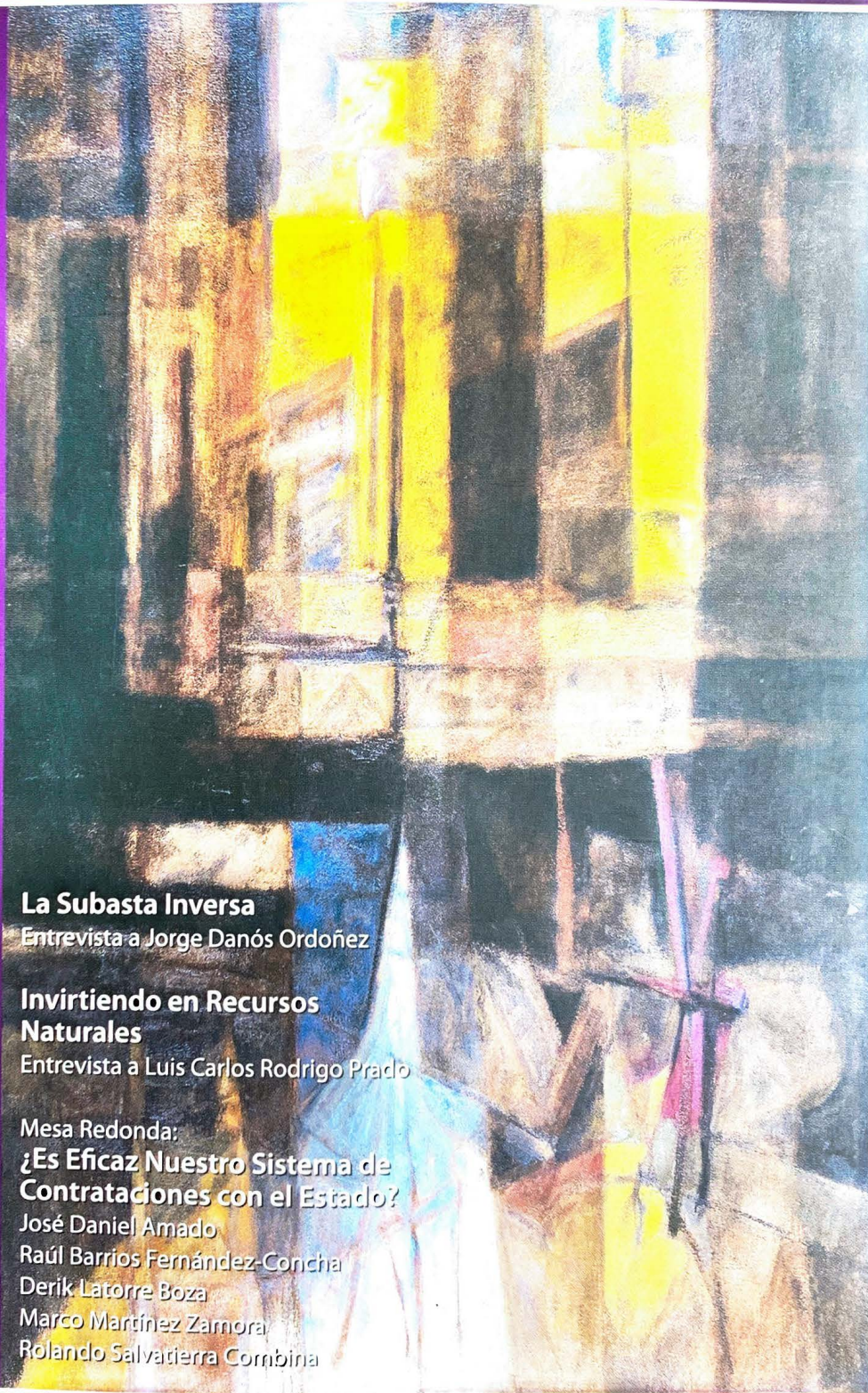
José Daniel Amado

Raúl Barrios Fernández-Concha

Derik Latorre Boza

Marco Martínez Zamora

Rolando Salvatierra Combina



REVISTA



Derecho & Sociedad

Asociación Civil

Editada por la Asociación Civil Derecho & Sociedad
Conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de
La Pontificia Universidad Católica del Perú.
Año XVIII, Nº 29-2007

CONSEJO DIRECTIVO

PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
Tanya Martínez Fernández

DIRECTOR DE PUBLICACIONES
Marco Castañeda Vicuña

DIRECTORA DE ECONOMIA Y
FINANCIAMIENTO
Suzie Salinas Bramon

DIRECTORA DE EVENTOS
Cinthya Palomino Tudela

DIRECTOR DE RELACIONES PUBLICAS
Sandro Espinoza Quiñones

ASOCIADOS

Ivette Cajacuri Roldán
Selena Del Aguila Ríos
Paola Andrea Del Villar Jara
Gianina Patricia Luque Rullier
Jorge Gonzales Oré
Katy Noriega Gongora
Juan Carlos Juarez Quichiz
André Jorge Cossio Peralta
Claudia Hoyos Valladares
Lisset Nataly López Miranda
Martín Pedro Ramírez Paredes
Kattia Trujillo Wong
Miguel Ángel Soto Palacios
Cynthia Coronado Córdova
Gabriela Chacón Ramirez
Lincy Rodriguez Tello
Cesar Urmachea Bahamonde
Gabriela Mendoza Martínez
Pamela Retuerto Arana
María Angela Guillen Ricse
Aldo Blume Rocha
Héctor Augusto Campos García
Emma Edith Canchari Palomino
Shirley Alejandra Chávez Huiñape
Sandra Cecilia Chávez Torres
José Luis Flores Urruchi
Ahmed Manyari Zea

CONSEJO CONSULTIVO

INTERNACIONAL

Antonio Baylos Grau (España)
Juan Bustos Ramírez (Chile)
Krystian Complak (Polonia)
César García Novoa (España)
Oswaldo Alfredo Gozañi (Argentina)
Peter Härberle (Alemania)
Jorge Walter Peyrano (Argentina)
Pietro Sirena (Italia)

NACIONAL

Alfredo Bullard Gonzáles
Reynaldo Bustamante Alarcón
Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Jorge Danós Ordoñez
Gastón Fernández Cruz
Ramón Gálvez Marquez
Alfredo Gildemeister Ruiz Huidobro
Elvira Méndez Chang
Javier Neves Mujica
Luis Pizarro Aranguren
Nelson Ramírez Jiménez
Ricardo Salazar Chávez
Luis Vinatea Recoba

Indice

EDITORIAL	9
TEMA CENTRAL: CONTRATACIONES CON EL ESTADO	
La Subasta Inversa	15
Entrevista a Jorge Danós Ordoñez <i>Por: Emma Canchari Palomino Shirley Chávez Huiñape</i>	
¿El Fin de la Garantía de Impugnación en Materia Licitatoria?	21
Guido Santiago Tawil	
Contratación Administrativa y Financiamiento –La Relación entre el Financiamiento y los Mecanismos de Ejecución Contractual. El Caso de los Contratos de Construcción y Explotación de Infraestructuras Públicas–	36
Oscar Aguilar Valdez	
El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú.	55
Ricardo Salazar Chávez	
El Contrato Administrativo frente al Derecho Internacional y al Derecho de la Integración	63
Mario Linares Jara	
Perú- Compras: Ilusión Infundada de un Sistema Público de Compras Eficiente	76
Carlos Carpio	
Perspectiva Constitucional del Silencio Administrativo Positivo ¿Quién Calla Otorga? ¿Pero qué Otorga?	83
Juan Carlos Morón	
Una Mirada Iconoclasta y Profanadora de la Catedral: Competencia Arbitral para Declarar la Nulidad de Actos Administrativos Fictos	94
Derik Latorre Boza	
El Tratamiento del Laudo Arbitral en Materia de Contratación Administrativa	104
Christian Guzmán Napurí	
Compras del Estado: ¿Agencia de Empleo de Abogados?	112
Beatriz Boza Dibos	
La Rescisión Administrativa por Lesión en la Contratación Pública de Bienes y Servicios: Un Acto Administrativo Nulo	132
Jorge Pando Vilchez	

Contratación Estatal: Algunas Reflexiones Generales	140
Sergio Tafur Sánchez Rodolfo Miranda Miranda	
El Contrato de Compraventa Ad Corpus en la Contratación Administrativa en el Perú	153
Jorge Beltrán Pacheco	
¿Las Contrataciones del Sistema Electoral son Eficientes? Propuestas para una Mejora con la Legislación Vigente	163
Juan Falconí Gálvez	
Problemas Legales e Ineficiencia Estatal en las Compras para la “Reconstrucción del Sur” luego del Terremoto del 15 de Agosto de 2007	170
Verónica Rojas Montes	
La Contratación Pública en el Marco del TLC Perú-EEUU	178
Mario Arteaga Zegarra	
Mesa Redonda: ¿Es Eficaz Nuestro Sistema de Contrataciones con el Estado?	187
José Daniel Amado Raúl Barrios Fernández-Concha Derik Latorre Boza Marco Martínez Zamora Rolando Salvatierra Combina	
 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E INVERSIÓN PRIVADA	
Invirtiendo en Recursos Naturales	213
Entrevista a Luis Carlos Rodrigo Prado Por: Marco Castañeda Vicuña José Luis Flores Urruchi	
La Regulación del Sector Minero en el Perú: Reflexiones y Propuestas desde una Visión Administrativa	220
Entrevista a Ramón Huapaya Tapia Por: Héctor Campos García Sandra Chávez Torres	
El Tiempo y las Concesiones Administrativas (Especial Referencia a la Prórroga)	227
Jaime Rodríguez - Arana	
Abuso de Posición de Dominio en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente	244
Eda Rivas Franchini Hugo Gomez Apac Gianfranco Mejía Trujillo	
El Sistema Judicialista y la Llamada Judicialización de la Actividad de la Administración Pública	261
Juan Carlos Cassagne	
 DERECHO DE LA COMPETENCIA	
Reglamento Sobre la Marca Comunitaria (RMC): Incentivos para la Extensión del Poder de Mercado	275
Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano	

The Departed: Un Análisis del Liniency a Través de una Breve Introducción a la Teoría de los Juegos	282
Marco Castañeda Vicuña	
DERECHO CONCURSAL	
La Colectivización de los Créditos Garantizados en los Procedimientos de Disolución y Liquidación Concursal: Revisando las Reglas de Distribución de los Recursos Provenientes de la Realización de Activos Garantizados	291
José Jiménez Chocano	
DERECHO TRIBUTARIO	
Notas Sobre el Principio de No Confiscatoriedad en Materia Tributaria	307
Eduardo Sotelo Castañeda	
DERECHO CONSTITUCIONAL	
Mauro Cappelletti y el Derecho Procesal Constitucional Comparado	325
Eduardo Ferrer Mac-Gregor	
El Contexto Político y el Procedimiento Político Parlamentario para Nombrar Altos Funcionarios Públicos en el Perú	343
Manuel Bermúdez Tapia	
DERECHO DE SEGUROS	
Reglas de Interpretación del Contrato de Seguros	353
Alonso Núñez del Prado	
COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA	
Notas Acerca de la Constitucionalidad del Impuesto Temporal a los Activos Netos. A Propósito de las Recientes Sentencias Emitidas por el Tribunal Constitucional	361
Andrés Valle Billinghurst	
Lo que el Tren Nos Deja	367
Alejandro Falla Jara	
RESEÑA DE LIBROS	371
	387
EVENTOS	
	391
AGRADECIMIENTOS	

Abuso de Posición de Dominio en la Concesión del Ferrocarril Sur Oriente

Eda Rivas Franchini*
Hugo Gómez Apac**
Gianfranco Mejía Trujillo***

"En el presente artículo, el autor critica la forma en que se produjo la privatización de las actividades ferroviarias en el tramo que comprende Cuzco - Machupicchu - Hidroeléctricos. En ese sentido pone al descubierto los efectos nocivos de una privatización, que en lugar de generar competencia, distorsionó el mercado, haciendo uso abusivo de su posición de dominio".

1. Introducción

A finales de la década pasada se privatizaron en el Perú las actividades ferroviarias que eran desarrolladas por la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (**ENAFER**). Utilizando la figura de la concesión administrativa, la administración de las vías férreas y la operación de las locomotoras y vagones de propiedad del Estado fueron transferidas al empresariado privado con el fin de mejorar la calidad de la prestación del servicio, reducir tarifas y ampliar la cobertura del servicio. Se consideró que con la privatización, la ineficiencia de la gestión estatal sería sustituida por la eficiencia de la empresa privada, y que el motor que promovería dicha eficiencia sería la competencia.

En efecto, considerando que el modelo del monopolio estatal había fracasado, se creyó conveniente promover la inversión privada y generar competencia, bajo la fe de que la competencia surgiría en el mercado ya privatizado y que esta competencia beneficiaría a los consumidores y usuarios. Sin embargo, la competencia no surgió. En el mercado donde debía surgir la competencia se mantuvo el monopolio. ¿Por qué no surgió la competencia? A lo largo del presente artículo apreciaremos cómo el diseño del proceso de privatización fue el principal responsable, aunque no el único. Este diseño, en lugar de promover competencia, generó incentivos perversos al

concesionario para restringir la competencia. El defecto del diseño fue aprovechado indebidamente por el concesionario, el cual se vio motivado a imponer barreras de entrada al mercado de transporte ferroviario.

A la luz del concluido procedimiento administrativo tramitado ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (**INDECOPI**), hoy podemos afirmar que en el caso del Ferrocarril Sur Oriente (**FSO**), tramo que comprende Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica, el mal diseño del proceso de privatización hizo fracasar la competencia. Debido a este mal diseño, se pasó del monopolio estatal de ENAFER al monopolio privado del grupo económico Ferrocarril Transandino S.A. (**Fetrans**) - Perurail S.A. (**Perurail**), y este monopolio privado, aprovechando el defecto del diseño e interpretando de una manera singular las cláusulas del contrato de concesión, generó una barrera de entrada para conservar su monopolio.

Fetrans, en lugar de desarrollar sus actividades con respeto a la libre competencia y al principio de equidad previsto en el contrato de concesión, abusó de su posición de dominio para retener su monopolio. La historia que contaremos en el presente trabajo es la historia del abuso de posición de dominio realizado por Fetrans con el objetivo de impedir que un operador

* Abogada. Profesora del curso de Seminario de Integración de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido Gerente Legal del OSITRAN y asesora legal de COPRI hoy PROINVERSION. Actualmente, asesora del Instituto Peruano de Administración de Empresas - IPAE.

** Abogado. Profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de los cursos de Derecho de la Competencia y Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Si bien el autor se desempeña como Asesor Legal del INDECOPI, las opiniones vertidas en el presente trabajo son de su exclusiva responsabilidad.

*** Bachiller en Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de Cátedra del curso de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ferroviario distinto a Perurail entrara a operar al FSO, pues así ésta mantendría la condición de única operadora del servicio de transporte ferroviario en la ruta más rentable de todo el mercado ferroviario, que es la ruta que va de la ciudad de Cusco al santuario de Machupicchu, el centro de atracción de turistas más importante del país.

Esta historia, llena de buenas y malas circunstancias, tuvo un desenlace feliz (para la competencia), al menos en el capítulo referido a la vía administrativa, pues el INDECOPI, con la cooperación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (**OSITRAN**), investigó y sancionó a Fetrans por abusar de su posición de dominio en el mercado de alquiler de locomotoras y vagones. En el procedimiento administrativo se acreditó que Fetrans, con posición de dominio, se negó injustificadamente a alquilar a la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (**Fersimsac**) las locomotoras y vagones que recibió en concesión del Estado, utilizando como pretexto de su negativa el hecho de que dichos bienes los había alquilado a su empresa vinculada Perurail, y pese a que el contrato de concesión suscrito con el Estado la obligaba a no discriminar entre su vinculada y terceros cuando éstos le solicitaran dicho alquiler.

El pronunciamiento del INDECOPI, que sancionó a Fetrans con 165,9 Unidades Impositivas Tributarias¹ (**UIT**) y le ordenó, como medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante objeto del contrato de concesión del FSO y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en dicho contrato, ha sido impugnado ante el Poder Judicial mediante una demanda contencioso administrativa. Como coincidimos con lo resuelto por la autoridad de competencia, esperamos en un futuro no muy lejano terminar de contar esta historia, narrando un final feliz, si es que el Poder Judicial confirma la decisión de la autoridad administrativa.

Ese es el contexto que enmarca al presente artículo, el cual tiene por objeto dar cuenta del procedimiento administrativo sancionador y trilateral tramitado ante las dos instancias administrativas del INDECOPI, relativo a la investigación y sanción de la empresa Fetrans por abusar de su posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante en el ámbito de la concesión del FSO, así como poner en evidencia las consecuencias nefastas que un mal diseño de privatización tiene para la competencia.

2. El Marco Jurídico a tener Presente

En 1991, mediante Decreto Legislativo 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, se declaró de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas de la actividad empresarial del Estado. Ese mismo año, a

través del Decreto Legislativo 690, se declaró de interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria, estableciéndose disposiciones para las concesiones que se otorgarían en dicho sector. Cinco años después, en 1996, se publicó el Decreto Legislativo 839, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, y ese mismo año, con el fin de facilitar la entrega de concesiones, se emitió el Decreto Supremo 059-96-PCM, norma que aprueba el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Finalmente, en 1997, se expidió la Ley 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, la que crea al OSITRAN y establece un marco de supervisión de la inversión en infraestructura férrea.

Las Bases de la Licitación Pública Internacional para la entrega en concesión del FSO (**Bases**) se aprobaron en 1998. Al año siguiente, en 1999, el Estado peruano, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (**MTC**), entregó en concesión a Fetrans el mantenimiento, rehabilitación y explotación de la Infraestructura Vial Ferroviaria² y del Material Tractivo y Rodante (**Material**)³ del FSO, así como la construcción de dicha infraestructura para la prestación del servicio de transporte ferroviario. Acto seguido, Fetrans alquiló el Material que recibió del Estado a su empresa vinculada Perurail.

Es importante mencionar que antes de la aprobación de la Bases, el marco jurídico aplicable (todavía vigente) estaba integrado por las siguientes normas:

- La Constitución Política (**Constitución**) de 1993, norma que señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, y establece que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La Constitución prohíbe que el Estado, a través de leyes, reglamentos, concesiones u otros actos, autorice monopolios en cualquier actividad económica, incluyendo las actividades ferroviarias.
- El Decreto Legislativo 690 (**DL 690**) de 1991, norma que regula la actividad ferroviaria, prohíbe cualquier forma de monopolio y de prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria, y divide las actividades ferroviarias en servicios de administración de la infraestructura y servicios de transporte.
- El Decreto Legislativo 701 (**DL 701**) de 1991, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, que prohíbe y sanciona las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización

1 Aproximadamente 184 mil dólares americanos (considerando la UIT en S/. 3 450,00 y el tipo de cambio del dólar americano en S/. 3,10)

2 La Infraestructura Vial Ferroviaria comprende tramos de ferrovías, líneas férreas, estaciones y andenes, sistemas y elementos de señalización y comunicaciones, patios de maniobras y otros desvíos, terrenos y demás instalaciones que permitan la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga.

de bienes y en la prestación de servicios. En particular prohíbe el abuso de la posición de dominio en cualquier actividad económica, incluyendo las actividades ferroviarias.

3. Nociones Previas

3.1 La infraestructura ferroviaria, el servicio de transporte ferroviario y los modelos de privatización del mercado ferroviario

La actividad ferroviaria consiste en la utilización del ferrocarril como medio de transporte para el traslado de personas y mercancías desde un punto geográfico hacia otro. En esta actividad se distinguen a su vez dos tipos de actividades que se complementan entre sí: (i) *la administración de la infraestructura ferroviaria* y (ii) *el servicio de transporte ferroviario*.

La administración de la infraestructura ferroviaria comprende: (i) el otorgamiento de acceso a la vía férrea a los operadores ferroviarios que lo soliciten (permite la entrada y utilización de la vía para brindar el servicio de transporte ferroviario de mercancías y pasajeros); (ii) la programación y coordinación de los horarios durante los cuales el material tractivo y rodante conducido por los operadores ferroviarios puede recorrer la vía; (iii) la construcción, rehabilitación y mantenimiento de las vías férreas, los terraplenes, puentes, túneles, rieles y durmientes; y (iv) la instalación de infraestructura complementaria tales como patios, talleres, estaciones y puntos de conexión inter-modal. El servicio de transporte ferroviario, prestado a través de material tractivo y rodante, puede ser de pasajeros o mercancías.

Existen tres importantes modelos de privatización del mercado ferroviario, a saber:

(i) El modelo de integración vertical

La característica de este modelo es que la infraestructura y operación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros permanecen en manos de una sola empresa, que puede ser pública o privada. En este modelo no existe la posibilidad de acceso a la infraestructura férrea por parte de otros operadores independientes que compitan en el segmento de transporte ferroviario.

(ii) El modelo de acceso competitivo

Este modelo se caracteriza por la existencia de un operador del servicio de transporte ferroviario vinculado al operador de la infraestructura férrea (lo cual constituye una facilidad esencial). No obstante, éste último tiene el deber de facilitar el acceso competitivo a la infraestructura ferroviaria y, lo que es importante,

al material tractivo y rodante de otros operadores de transporte ferroviario no vinculados a él.

(iii) El modelo de separación vertical

En este modelo se separan la operación del servicio de transporte y la administración de la infraestructura, los cuales deben ser realizados por empresas no vinculadas entre sí. Es necesario separar cada actividad mediante contratos de concesión (para la administración de la infraestructura) y otorgamiento de autorizaciones (para empresas operadoras de servicios) con empresas públicas o privadas distintas para cada etapa de la cadena productiva ferroviaria.

3.2 El abuso de la posición de dominio

Cuando las empresas compiten en el mercado se benefician los consumidores, puesto que obtienen bienes y servicios a menores precios, con mejor calidad, en mayor variedad y más asequibles. Dado estos beneficios, el proceso competitivo constituye un bien jurídico que debe ser tutelado.

De ahí que el artículo 61 de la Constitución Política del Perú señale que es deber del Estado facilitar y vigilar la libre competencia, para efecto de lo cual combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes y monopólicas. Por su parte, DL 701 prohíbe y sanciona dos modalidades de conductas que lesionan la competencia: el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias. Estas conductas se encuentran tipificadas en el DL 701 como infracciones administrativas y es la Comisión de Libre Competencia (**Comisión**) del INDECOPI el órgano administrativo competente para sancionar tales infracciones.

Una empresa, o grupo de empresas, tiene posición de dominio⁴ cuando tiene la capacidad de incrementar el precio del bien o servicio que oferta al mercado por encima del nivel de equilibrio competitivo sin preocuparse de la reacción de sus competidores, clientes o proveedores.

Para saber si una empresa tiene posición de dominio, la Comisión debe averiguar el mercado relevante, que no es otra cosa que el mercado en el cual interactúa la oferta y demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. La definición del mercado relevante implica determinar el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante, dos dimensiones que determinan el mercado relevante sobre el cual se estimará la tenencia o no de posición de dominio de la empresa investigada.

El producto (bien o servicio) relevante se define a partir del producto ofrecido por la empresa investigada, esto es, el producto respecto del cual opera el presunto

3 El Material Tractivo y Rodante comprende locomotoras, autovagones, autocarriles y autovías (material tractivo) y unidades sin tracción propia utilizados para el transporte de pasajeros y carga (material rodante).

4 El artículo 4 del DL 701 define la posición de dominio como la capacidad de una o varias empresas de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como su participación significativa en el mercado, las características de la oferta y la demanda del bien o servicio transado, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministros, el control de las redes de distribución.

abuso. En función de dicho producto, el mercado relevante de producto debe incluir a todos los productos que resulten buenos sustitutos de aquél. Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en función del precio, calidad y otras características o condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad.⁵

Para definir el mercado de producto es usual asumir que existe un hipotético monopolista en la venta del producto investigado; posteriormente, la Comisión se pregunta cómo reaccionarían los consumidores ante un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios (entre 5% a 10%), manteniendo constantes los términos de venta de otros productos. Si, como respuesta a dicho incremento en el precio, las ventas del hipotético monopolista se reducen en medida tal que hacen poco rentable el incremento en el precio, debe agregarse al mercado relevante todos aquellos productos hacia los cuales el consumidor desvía sus preferencias.

Así, el mercado de producto relevante incluye todos los bienes o servicios que desde el punto de vista del consumidor o usuario son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares).

El mercado geográfico relevante se define en función del área geográfica donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los compradores o consumidores. Para definir el mercado geográfico relevante es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.

La autoridad de competencia, para determinar el mercado geográfico relevante, debe examinar las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador podría acudir teniendo en cuenta cuáles son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre productos y considerando los costos (costo de transporte, aranceles, seguros, etc.) que tendría que afrontar para llegar a los distintos proveedores.

En ese sentido, la Comisión se pregunta a qué otras fuentes de aprovisionamiento acudirían los clientes o

consumidores si el hipotético monopolista impone un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precio (entre 5% a 10%) del producto relevante en la zona donde lo venían consumiendo; pues todas esas fuentes a donde acudirían conforman el mercado geográfico relevante. Desde otra perspectiva, es aquella zona donde un hipotético monopolista podría imponer dicho incremento de precios sin perder un número significativo de consumidores. Así, debe incluirse en el mercado geográfico relevante todas las zonas hasta donde resulte rentable para el hipotético monopolista el pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precio.

No es ilícito tener posición de dominio ni ser un monopolio. El ordenamiento jurídico no sanciona a la empresa que logra convertirse en monopolio como consecuencia de implementar acciones que traducen eficiencias económicas, como es la reducción de costos o la innovación. Sería absurdo que la ley castigara el esfuerzo empresarial, la eficiencia.

Lo que castiga la ley es el abuso de la posición de dominio. ¿Cuándo se da un abuso? Pues cuando la empresa dominante, utilizando su poder de mercado, realiza prácticas destinadas a excluir del mercado a sus competidores actuales, directos o indirectos, o impedir el ingreso al mercado de sus competidores potenciales, directos o indirectos. Es decir, cuando la empresa, utilizando su poder de mercado, restringe la competencia⁶.

Existe abuso de posición de dominio cuando la empresa dominante, por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, excluye a sus competidores actuales o potenciales. La empresa utiliza su poder de mercado para convertirse en monopolio o defender su condición de monopolio. Ello es lo reprochable. Si bien las empresas pueden eliminar competidores siendo más eficientes, es injusto, e ilegal, que lo hagan, no a través de eficiencia económica, sino utilizando su poder de mercado, su posición de dominio.

¿Cuándo una empresa dominante excluye competidores actuales o potenciales por razones diferentes a una mayor eficiencia económica? Por ejemplo, cuando discrimina precios, se niega injustificadamente a contratar, realiza ventas atadas, establece precios predatorios, celebra acuerdos de distribución o venta exclusiva, etc.

A través del abuso de posición de dominio, o monopolización, la empresa dominante, utilizando su

5 CONRATH. Craig W. Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition. World Bank, Washington, 1995, Sección 4, págs. 4 y 5.

6 El artículo 5 del DL 701 señala que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando la empresa con posición de dominio actúa de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. Dicho artículo, pone como ejemplo de supuestos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
- d) Otros casos de efecto equivalente.

poder de mercado, persigue desplazar a los competidores actuales del mercado o impedir el acceso de nuevos competidores, dificultando su permanencia o ingreso al mercado, según corresponda. Dicha exclusión no se realiza en función del desempeño eficiente de la empresa dominante ni de su éxito dentro del proceso competitivo, sino que se da en función de un comportamiento anticompetitivo, que es generar sobre-costos a sus competidores, el imponerles barreras que dificulten su permanencia en el mercado o retrasen su acceso a éste.

4. El Inicio del Procedimiento Administrativo: La Conducta Denunciada

4.1 La denuncia de OSITRAN

En agosto de 2003, el OSITRAN solicitó opinión al INDECOPI respecto de una posible infracción a las normas de libre competencia en la que habría incurrido Fetrans en el FSO con relación al Material. Asimismo, le solicitó la elaboración de un informe que orientara a los interesados acerca de la aplicación de las normas de libre competencia respecto del alquiler del Material en las concesiones de ferrocarriles en el Perú.

En atención a la denuncia de OSITRAN, y después de realizar una investigación preliminar, la Secretaría Técnica⁷ de la Comisión (**Secretaría Técnica**) decidió recomendar a esta el inicio de un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Fetrans por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en las modalidades de:

- (i) Negativa injustificada de contratar el alquiler del Material con Fersimsac para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el FSO, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701; y,
- (ii) Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler del Material en perjuicio de Fersimsac y cualquier otro potencial operador, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

De acuerdo a la recomendación de la Secretaría Técnica, la Comisión⁸ resolvió iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra Fetrans.

7 Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC del 20 de octubre de 2004.

8 Resolución N° 067-2004-INDECOPI/CLC del 27 de octubre de 2004.

9 Resolución N° 074-2004-INDECOPI/CLC del 17 de noviembre de 2004.

10 Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005.

11 DL 690.-

Artículo 2.- La actividad ferroviaria se divide en:

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

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

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

4.2 La denuncia de Fersimsac

Fersimsac denunció a Fetrans por abuso de posición de dominio, alegando que ésta le había causado un serio perjuicio económico al negarse a arrendarle parte del Material que recibió del Estado. En su denuncia mencionó que solicitó a Fetrans el alquiler de parte del Material, pero que esta contestó que no existía disponibilidad de dicho Material toda vez que se lo había alquilado a Perurail.

La Comisión⁹ resolvió admitir a trámite la denuncia presentada por Fersimsac contra Fetrans por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de contratar el alquiler del Material, así como en la modalidad de trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler del Material para su operación en la línea férrea del FSO. Adicionalmente, dispuso la acumulación del procedimiento administrativo iniciado por Fersimsac al iniciado de oficio.

5. La Privatización del Mercado Ferroviario Peruano y el Proceso de Concesión del FSO

En esta parte mencionaremos brevemente lo que expuso la Secretaría Técnica en su primer informe¹⁰ con relación a las características de la privatización del mercado ferroviario peruano y del proceso de concesión del FSO. Asimismo, comentaremos el proceso de concesión del FSO y la interpretación del "principio de equidad" previsto en el Contrato de Concesión del FSO, así como explicaremos qué porcentaje de los ingresos de Fetrans y Perurail se transfieren al Estado.

5.1 La lógica de la privatización del mercado ferroviario peruano

Para la Secretaría Técnica, la intención del artículo 2 del DL 690¹¹ fue separar las actividades ferroviarias en dos, de acuerdo a un criterio de competencia. Así, el servicio de construcción, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura ferroviaria, por presentar características de monopolio natural, sería prestado por un solo concesionario adjudicatario de un determinado tramo y sometido a regulación económica; mientras que el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros, prestado a través de material tractivo y rodante, al ser una actividad susceptible de ser operada en competencia, sería prestado bajo un esquema de libre competencia.

5.2 El proceso de concesión del FSO

Antes de la concesión del FSO estaba prohibido crear monopolios en actividades del mercado ferroviario, estaba prohibido implementar conductas de abuso de posición de dominio en cualquier actividad del mercado ferroviario y este mercado estaba dividido en dos actividades debido a que era la mejor forma de introducir competencia. En síntesis, el marco constitucional y legal quería que, en el mercado ferroviario, hubiera competencia donde la competencia era posible.

La Secretaría Técnica señaló que las Bases, las Circulares y el Contrato de Concesión del FSO debían ser leídos e interpretados conforme al marco constitucional y legal vigente en ese entonces, el cual quería que en el mercado ferroviario hubiera competencia donde la competencia era posible, y si ello significaba que no debía haber integración vertical de modo permanente, pues así tenían que interpretarse tales documentos.

5.3 El Contrato de Concesión del FSO y el “principio de equidad”

En la Cláusula 1.1 (definiciones) del Contrato de Concesión del FSO, referido a los servicios de transporte ferroviario, se señala que el Concesionario (Fetrans) puede desarrollar estos servicios, con excepción del transporte de pasajeros y de carga. Así, en principio, bajo la lógica descrita anteriormente, Fetrans, si bien tenía la administración de la infraestructura vial ferroviaria, estaba prohibida de prestar el servicio de transporte de carga y de pasajeros, porque este servicio debía ser prestado por terceros no vinculados a ella.

Si estaba prohibida de prestar el servicio de transporte de carga y de pasajeros, ¿qué podía hacer Fetrans con el Material recibido del Estado en concesión? Pues podía alquilarlo. Y es que a través del Contrato de Concesión se crea un mercado especial, un mercado a partir del Material que es de propiedad del Estado: el mercado de alquiler del Material de propiedad estatal. El Estado le dio a Fetrans el Material, no para que lo operara, sino para que lo alquilara.

La Circular 017 señala que, con “...la finalidad de que la operación del sistema ferroviario no se vea afectada como consecuencia de la transferencia...” y con el “...fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias...”, el adjudicatario (Fetrans) deberá contratar con, o constituir, una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. Dicha circular, en su parte, final, precisa que “...el Concesionario [Fetrans] no está facultado para organizar, desarrollar y explotar Servicios de Transporte Ferroviario por cuenta propia, a solicitud de operadores, o de algún tercero...”

La Circular 073 precisó que “...el Operador de Servicios de Transporte Ferroviario con el que deberá acreditar el Concesionario que ha celebrado un Contrato de Ingreso a la Línea Férrea, deberá presentar una conformación accionaria idéntica a la del Concesionario [Fetrans], de

forma que ambas sociedades presenten los mismos accionistas, socios o participaciones con las mismas proporciones de participación sobre los respectivos capitales sociales.” Así, lo único que hizo la Circular 073, con relación a la Circular 017, fue precisar que la empresa que iba a constituir el concesionario debía ser una empresa “espejo” de ésta, es decir, con el mismo accionariado.

En virtud a las Circulares 017 y 073, y pese al objetivo del proceso de concesión de separar la explotación de las actividades ferroviarias, se dispuso que el adjudicatario de la concesión (Fetrans) debía contratar o, en su defecto, constituir una persona jurídica con acciones idénticas (Perurail) que actuara como operador de servicios de transporte ferroviario. Es así como se conformó, a través de una integración vertical, el grupo económico Fetrans - Perurail. Ambas empresas tenían las mismas acciones (personas jurídicas “espejo”), ambas empresas formaban parte del mismo grupo económico; en términos económicos ambas empresas eran una sola empresa.

Si la Constitución y los DL 690 y 701 no querían un monopolio en el mercado ferroviario, sino más bien competencia, y en particular el DL 690 quería una separación vertical entre la administración de la infraestructura y la prestación del servicio de transporte de carga, ¿por qué las Circulares 017 y 073 le dieron al grupo económico Fetrans-Perurail (personas jurídicas “espejo”) tanto la administración de la infraestructura como la explotación del Material? La respuesta es simple: como una medida excepcional y temporal cuyo propósito era garantizar la continuidad del servicio, y no como un objetivo inherente y permanente al proceso de concesión deseado por el Estado.

En efecto, si el Material se alquilaba a un tercero, existía el riesgo de que, en tanto se entregaba a este tercero el referido Material, y ENAFER dejara de prestar el servicio de transporte, hubiera un periodo de tiempo, aunque sea breve, en el que dicho servicio no se prestara, lo que hubiera perjudicado a los consumidores (tanto turistas como pobladores de las localidades) que necesitan ser transportados en el FSO. Existía el riesgo de que la celebración del contrato del alquiler con un tercero no fuera inmediata, sino que pudiera tener algún retraso, lo que hubiera afectado a la población que necesitaba ser transportada por tren en el FSO.

Por tal razón, el propósito de las Circulares 17 y 73 fue decirle a Fetrans, de alguna manera, lo siguiente: **“en tanto aparezca un tercero al cual alquilarás el Material, alquilaselo de manera excepcional a una empresa idéntica a ti, para así garantizar la continuidad del servicio”.**

No fue intención del proceso de concesión que el Grupo Fetrans - Perurail se quedara con el Material, pues ello violaba la racionalidad de la privatización y el espíritu del marco constitucional y legal vigente en ese entonces. Lo que se pensó fue en una medida excepcional y temporal que resolviera un problema coyuntural. Nada más. Así, en tanto no apareciera un tercero solicitando el alquiler

del Material, Fetrans, a través de su empresa “espejo”, Perurail, iba a explotar el Material y prestar el servicio de transporte de carga y pasajeros.

Queda claro, en consecuencia, que sólo de manera excepcional y temporal Fetrans se alquilaría a sí misma el Material. Decimos que se alquilaría a sí misma, porque al ser Perurail una empresa idéntica (“espejo”) a Fetrans, ambas del mismo grupo económico, en realidad Fetrans se estaba alquilando a sí misma el Material.

¿Y si luego aparecía un tercero que quisiera que Fetrans le alquilara parte del Material? La respuesta está en la Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión, que se cita a continuación:

Equidad en Servicios: *El Concesionario no podrá discriminar entre los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes. El Concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las Leyes Aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la Libre Competencia o el libre acceso a la Línea Férrea. Las partes convienen que cualquier sanción que aplique la autoridad competente por infracción grave a la libre competencia en que incurra el Concesionario deberá entenderse como un incumplimiento de este contrato, facultando al concedente a aplicar lo previsto en la cláusula vigésima de este contrato.*

En virtud al “principio de equidad” contenido en dicha Cláusula, Fetrans está prohibida de discriminar entre Perurail y otra empresa en el alquiler del Material. Dicho en otros términos, debía actuar con equidad entre Perurail y la otra empresa que le solicitara el Material, lo que significaba que debía alquilar el Material a la empresa que se lo solicitara en condiciones iguales a las que se lo había alquilado a Perurail, o sea, en condiciones iguales a los que se lo había alquilado a sí misma.

Esta interpretación del Contrato de Concesión es la que guarda estricta correspondencia con la Constitución y el DL 690, pues bajo esta interpretación es factible que haya competencia en el alquiler del Material y competencia en la prestación del servicios de transporte de carga y de pasajeros, es decir, que haya competencia en todas aquellas actividades donde la competencia es posible.

Si Fetrans tiene que alquilar parte del Material a una tercera empresa (en condiciones similares al alquiler con Perurail), esta tercera empresa y Perurail van a competir en la prestación del servicio de transporte de carga y de pasajeros, y esta competencia va a beneficiar a todos los consumidores que utilizan el FSO, que es lo que busca la Constitución y los DL 690 y 701.

5.4 Los ingresos y egresos del grupo Fetrans - Perurail

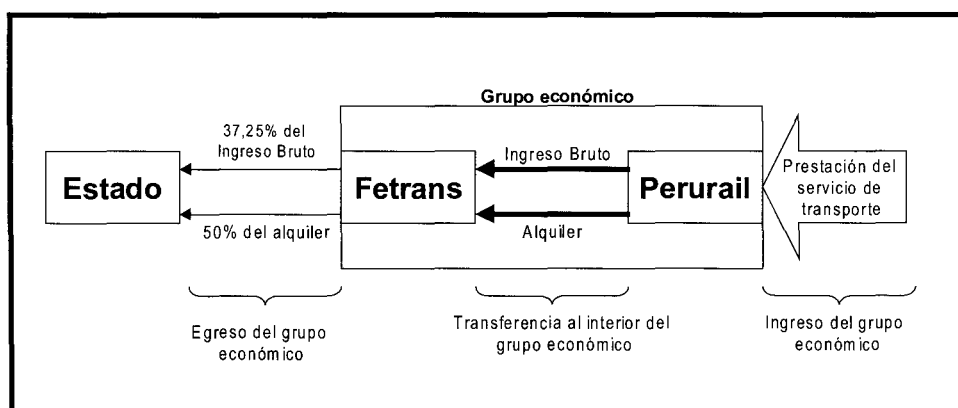
En virtud del Contrato de Concesión del FSO, Fetrans se ha obligado a pagar al Estado:

- Una **Retribución Principal** que equivale al 37,25% de los ingresos brutos producto de la explotación de los bienes de la concesión distintos del Material, lo que principalmente es la infraestructura ferroviaria.
- Una **Retribución Especial** que equivale al 50% de los ingresos del semestre inmediatamente anterior obtenidos por la explotación (vía alquiler) del Material, deducido el Impuesto General a las Ventas.

Adicionalmente, el Concesionario ha quedado obligado al pago de la tasa por regulación a favor del OSITRAN.

En el gráfico que se consigna a continuación, aparece el flujo de ingresos y egresos del grupo económico Fetrans - Perurail previsto en el Contrato de Concesión del FSO, tal como lo verificó la autoridad de competencia en el procedimiento de investigación.

Gráfico N° 1



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Nota: Se entiende por “Ingreso Bruto” al pago que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material. Se entiende por “Alquiler” el pago que el operador al concesionario por el arrendamiento del Material.

6. Análisis del Mercado Relevante

6.1 La opinión de la Secretaría Técnica

En su primer informe, la Secretaría Técnica opinó que la compra de material tractivo y rodante no constituía una alternativa real de aprovisionamiento, toda vez que la empresa establecida (Perurail) se aprovisionaba de dicho material —alquilándolo— a un costo significativamente menor¹² del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaba la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado. Asimismo, opinó que Fetrans había obtenido los bienes de la concesión, entre los cuales se encontraban el Material, sin tener que realizar desembolso alguno por dichos bienes, lo que le daba una ventaja frente a cualquier potencial entrante.

Es así que afirmó que el alquiler era la única alternativa real y viable de aprovisionamiento del Material para una empresa ferroviaria que quisiera operar en el FSO, por lo que, en principio, el servicio relevante para efectos de delimitar el mercado del producto relevante era sólo el alquiler de Material. La Secretaría Técnica precisó que el servicio relevante era un alquiler en condiciones similares a las que Fetrans ofrecía a Perurail, lo que descartaba como posibilidad real de aprovisionamiento la compra de material tractivo y rodante, tanto de trocha angosta de 914 mm como de trocha ancha o estándar y su adaptación a trocha angosta¹³ (esto último por cuanto implicaría un desembolso adicional por parte del potencial entrante).

Respecto del mercado geográfico relevante, señaló que Fetrans era la única fuente real de aprovisionamiento de material tractivo y rodante que podía operar en el FSO y, por ende, era la única alternativa a la que podía acceder Fersimsac o cualquier otro potencial operador. Por lo tanto, concluyó que el mercado geográfico debía quedar delimitado a aquel Material concesionado a Fetrans ubicado en el departamento (región) de Cusco.

Mediante un segundo informe¹⁴, la Secretaría Técnica confirmó lo expuesto en relación al mercado relevante.

El pronunciamiento de la Comisión

La Comisión¹⁵ suscribió lo expuesto por la Secretaría Técnica de acuerdo a lo mencionado en el acápite anterior.

La decisión del Tribunal

En relación al servicio relevante, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (**Tribunal**)¹⁶ señaló que en términos económicos, era posible descartar la compra de material tractivo y rodante como

un sustituto viable a su alquiler, dado que el Material concesionado a Fetrans constituía: (i) una barrera de acceso por los mayores costos en que debía 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 sólo podía ser recuperada en un periodo de tiempo de siete años. Respecto del mercado geográfico relevante, el Tribunal señaló que del estudio sobre la “sustituibilidad” del servicio podía inferirse que el mercado geográfico relevante estaba restringido al departamento de Cusco.

Precisiones sobre el servicio relevante

La compra de material tractivo y rodante y su alquiler no son sustitutos adecuados. Comprar una locomotora y vagones en el extranjero no es barato. Sin embargo, lo realmente caro sería enfrentar dos barreras estratégicas susceptibles de ser implementadas por Fetrans y Perurail.

La primera barrera estratégica sería bajar el precio del alquiler, el cual podría quedar, anualmente, en un céntimo de nuevo sol. Así, mientras el potencial entrante tendría que pagar sumas considerables por la compra o financiamiento de su propio material tractivo y rodante, a Perurail la adquisición del Material (de propiedad del Estado) le podría costar, anualmente, un céntimo de nuevo sol, con lo cual Perurail tendría una ventaja significativa con relación al potencial entrante, gracias a que el precio del alquiler lo decide ella y su empresa vinculada, Fetrans.

Para hacer una comparación correcta en el análisis de sustitución del producto o servicio relevante, la autoridad de competencia no puede ponerse en el escenario de que un multimillonario puede comprar su propio material y ponerse a operar en el FSO pese a que el alquiler del competidor no llega a un nuevo sol. Bajo este razonamiento, ninguna empresa del mundo tendría posición de dominio.

El análisis correcto de sustitución implica evaluar el costo que tiene que asumir el potencial entrante y el costo que tiene que asumir la empresa que ya está en el mercado (Perurail), y contrastar ambos costos a efectos de indagar si para un empresario, que espera maximizar de beneficios, sería rentable entrar al mercado. Así, supongamos que una empresa desea prestar el servicio de transporte de pasajeros y de carga en el FSO y para ello está pensando comprar su propio material tractivo y rodante. Asumamos que el material le va a costar 10 millones de dólares. Lo que esta empresa va a hacer, para decidir si ingresa o no, es calcular la recuperación de la inversión más un margen de ganancia. En su evaluación, analizará a qué precio y calidad ofrecerá el servicio, y sobre la base de estos dos factores calculará qué participación de mercado logrará

12 La Secretaría Técnica verificó que el precio del alquiler de un vagón por un día equivalía prácticamente al precio de un pasaje ida y vuelta Cusco – Machupichu en el servicio más barato.

13 Debido a que la vía férrea del FSO es de trocha angosta.

14 Informe N° 013-2006-INDECOPI/ST-CLC del 23 de mayo de 2006.

15 Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de septiembre de 2006.

16 Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007.

obtener periódicamente y si las ganancias esperadas le permitirán recuperar su inversión y obtener el margen de ganancia deseado. Sin embargo, si considera que el competidor sólo va a pagar un céntimo de nuevo sol por el alquiler del material, el potencial entrante podría considerar que la ventaja del operador establecido va a impedir o retrasar que él obtenga la rentabilidad deseada, lo que podría desanimarlo a realizar la inversión y entrar al mercado.

La segunda barrera es que Perurail podría responder mediante una estrategia de reducción de precios, subsidiada por los ingresos previamente obtenidos durante el tiempo en que fue el único operador en el mercado, lo que atentaría contra la rentabilidad del entrante. El Tribunal del Indecopi explicó esta barrera señalando que bastaría una disminución del 6,82% del precio del servicio de transporte para que la compra de material tractivo y rodante dejara de ser una alternativa viable de aprovisionamiento, y bastaría una disminución del 20,7% del precio del servicio de transporte para que incluso el alquiler —en las condiciones que Fetrans le alquilaba a Perurail— dejara de ser una alternativa viable de aprovisionamiento.

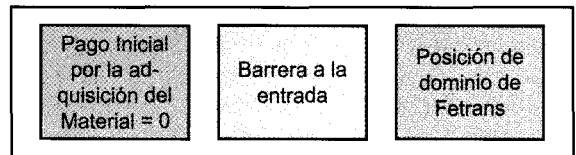
7. La Posición de Dominio

La opinión de la Secretaría Técnica

En su primer informe, la Secretaría Técnica indicó que el hecho de que la adquisición del Material no le había significado un pago inicial a Fetrans, constituía una barrera a la entrada para cualquier agente potencial que decidía ingresar a alquilar material tractivo y rodante en el FSO, debido a que Fetrans podía reducir el monto del alquiler que le cobraba a Perurail hasta el costo de prestación del servicio de transporte (costo marginal), supuesto en el cual la empresa que entraría a operar con su propio material tractivo y rodante tendría una desventaja competitiva significativa.

En ese sentido, explicó que dado que Fetrans tenía libertad para fijar la renta por el alquiler del Material otorgado en concesión y dado que esta empresa y Perurail constituían un grupo económico, resultaba razonable suponer que ante un escenario en el que se presentara un potencial competidor con su propio material tractivo y rodante, el grupo económico conformado por Fetrans y Perurail podía responder reduciendo el precio del alquiler pactado entre ellos, al punto que Fetrans podía alquilar a Perurail todo el material concesionado y por el periodo de un año (o más) a un céntimo de nuevo sol. Concluyó que era esta barrera la que a fin de cuentas le otorgaba posición de dominio a Fetrans en el mercado relevante de alquiler de material tractivo y rodante en el FSO. El gráfico siguiente explica el razonamiento de la Secretaría Técnica.

Gráfico N° 2



En un segundo informe¹⁷, la Secretaría Técnica confirmó lo expuesto respecto de la posición de dominio de Fetrans.

La posición de la Comisión

La Comisión¹⁸ hizo suyas las afirmaciones de la Secretaría Técnica en relación a la posición de dominio de Fetrans según lo mencionado en el acápite anterior.

El pronunciamiento del Tribunal

El Tribunal¹⁹, coincidiendo con las conclusiones de la Comisión, indicó que Fetrans detentó posición de dominio en el mercado de alquiler de Material necesario para operar en el FSO. Preciso que si bien Fetrans había acreditado que existían otros proveedores de material tractivo y rodante en el mercado internacional, los elevados costos de acceso a dicho material y la posibilidad de que el grupo económico Fetrans - Perurail redujera sus precios ante el ingreso de un nuevo operador, diluía la rentabilidad de estas alternativas.

Asimismo, refirió que el mismo resultado se alcanzaba respecto del aprovisionamiento de material tractivo y rodante de trocha ancha y estándar y su posterior adaptación a trocha angosta, precisando que, en dicho caso, no sólo debía considerarse la reducción o eliminación de la rentabilidad de dicha opción para un operador entrante frente a una disminución del precio en el servicio de transporte, sino también los mayores costos que involucraban la adaptación de este material.

El Tribunal concluyó que Fetrans ostentó posición de dominio, pues ningún otro agente económico podía alquilar material tractivo y rodante en condiciones similares al alquiler existente dentro del grupo económico Fetrans - Perurail. En el mercado relevante, la participación de Fetrans era de 100%. Si a ello se agregaba que en el mercado de transporte ferroviario Perurail tenía posición de dominio, no quedaba duda alguna del poder de mercado ejercido por dicho grupo económico en el FSO.

8. El Abuso de la Posición De Dominio

8.1 La opinión de la Secretaría Técnica

Fersimsac formuló una solicitud expresa a Fetrans para que ésta le alquile parte del Material con la finalidad de operarlo en el FSO. Asimismo, indicó que en respuesta a ello, Fetrans comunicó a Fersimsac que no tenía Material disponible, pues lo había arrendado en su integridad a Perurail.²⁰

17 Informe N° 013-2006-INDECOPI/ST-CLC del 23 de mayo de 2006.

18 Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de septiembre de 2006.

19 Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007.

20 Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005.

Una vez verificada la existencia de la negativa, la Secretaría Técnica procedió a analizar el motivo esbozado a efectos de establecer si la negativa era justificada o no. Al respecto, señaló, en su primer informe, que al ser Fetrans y Perurail, desde el punto de vista económico, una sola empresa, no se justificaba que opusieran, al resto de competidores reales o potenciales, la existencia de un contrato de alquiler (susceptible de ser resuelto o modificado a muy bajo costo) para negar el acceso al Material, precisando que dicha negativa generaba efectos restrictivos de la competencia mucho mayores que eventuales eficiencias productivas.

Luego de evaluar la negativa a contratar de parte de Fetrans, la Secretaría Técnica opinó que dicha empresa abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato (o trato discriminatorio) de conformidad con lo establecido en los artículos 3 y 5 del DL 701, al negarse a arrendar a Fersimsac (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador) el Material que recibió a costo cero del Estado peruano, utilizando como pretexto que dicho Material ya se encontraba arrendado a Perurail, empresa con la cual conformaba un grupo económico.

“Una cosa es que la empresa dominante tenga derecho a contratar y otra distinta que se utilice un contrato para restringir la competencia.”

Posteriormente, en su segundo informe, opinó que Fetrans abusó de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato al negarse a arrendar el Material que recibió del Estado peruano, utilizando como pretexto que dicho Material ya se encontraba arrendado a Perurail, empresa con la cual conformaba un grupo económico.

8.2 El pronunciamiento de la Comisión

La Comisión señaló que, si bien Fetrans gozaba de posición de dominio en el mercado de alquiler del Material, no había abusado de dicha posición, pues la negativa de Fetrans de alquilar parte del Material se encontraba justificada por el Contrato de Concesión del FSO. Dicho órgano colegiado consideró que la Circular 17 —que modificó la versión preliminar del Contrato de Concesión— facultó a Fetrans a constituir una empresa vinculada (Perurail) a efectos de que ésta prestara el servicio de transporte de pasajeros y de carga en el FSO, alquilándole la totalidad del Material, sin existir un procedimiento que limite o restrinja dicha posibilidad.

Discrepamos con lo resuelto por la Comisión. Una cosa es que la empresa dominante tenga derecho a contratar y otra distinta que se utilice un contrato para restringir la competencia. Una empresa dominante tiene derecho a celebrar un contrato y este acto jurídico será válido desde la perspectiva del derecho privado. Sin embargo, si dicho contrato provoca una restricción injustificada de

la competencia, entonces la autoridad de competencia sancionará a la empresa dominante por razones ajenas a la validez del mencionado contrato.

Conforme a lo estipulado a las Circulares 17 y 73, Fetrans estaba facultada a alquilar el Material a Perurail. Pero utilizar el contrato de arrendamiento para restringir la competencia tiene consecuencias diferentes, en este caso consecuencias relevantes para las normas de defensa de la libre competencia. Y es que no debemos confundir la validez del contrato de arrendamiento a la luz del derecho privado con el hecho de utilizar el contrato como pretexto para realizar una conducta anticompetitiva. Son dos cosas completamente diferentes. El contrato de arrendamiento suscrito entre Fetrans y Perurail presumiblemente era válido a la luz de las disposiciones del Código Civil, pero su utilización como pretexto para negar el alquiler de parte del Material a Fersimsac violaba el DL 701.

Veamos el siguiente ejemplo: La empresa **A** puede celebrar un contrato de distribución exclusiva con la empresa **B**. La validez de dicho contrato según las reglas del derecho privado nada tiene que ver con sus eventuales efectos anticompetitivos. Si la empresa **A** tiene posición de dominio y el contrato de distribución exclusiva tiene más efectos anticompetitivos que pro-competitivos, dicho contrato será ilegal a la luz del DL 701, no inválido según el Código Civil.

8.3 La decisión del Tribunal

Con relación al abuso, el Tribunal consideró que el modelo original de Concesión del FSO prohibía la integración vertical para evitar conductas anticompetitivas y subsidios cruzados entre actividades reguladas y no reguladas. Esta situación fue modificada por la Circular 17 que permitió de manera excepcional la participación de Fetrans en la prestación de servicios de transporte de pasajeros y/o de carga a través de su empresa vinculada Perurail, cambiando el modelo de operación de uno de “separación vertical” a uno de “acceso competitivo”, con la finalidad de garantizar la continuidad del servicio, pues no existía una empresa privada que prestara el servicio de transporte de pasajeros y de carga en el FSO.

El Tribunal consideró que una interpretación sistemática del Contrato de Concesión del FSO, bajo los principios de buena fe y de conservación de las cláusulas contractuales, obligaba a considerar que mediante la Circular 17 Fetrans tenía, excepcionalmente, la libertad de establecer vínculos contractuales de integración vertical y, al mismo tiempo, asumía el deber de no restringir la competencia. La Cláusula 7.6 del Contrato de Concesión contemplaba expresamente la prohibición para Fetrans de no discriminar entre los operadores del servicio de transporte, obligación que no se encontraba restringida únicamente al acceso de la vía férrea, sino que comprendía también el servicio de alquiler del Material.

En ese sentido, Fetrans podía operar en el mercado de transporte mediante su empresa vinculada, Perurail, a quien podía alquilar la totalidad del material entregado en

concesión, pues esto último no se encontraba prohibido. No obstante, la relación comercial con Perurail no justificaba que rechazara solicitudes de alquiler de terceros amparándose en un supuesto derecho al uso exclusivo del Material, especialmente cuando al ser su vinculada y formar parte del mismo grupo económico, el costo de modificar el contrato entre dichas empresas era mínimo. El Tribunal concluyó que Fetrans no podía imponer un trato diferente (discriminatorio) a dos operadores que le arrendaban el material o le solicitaban su alquiler.

La segunda instancia administrativa concluyó que, considerando que el Contrato de Concesión no amparaba la posibilidad de que Fetrans rechazara las solicitudes de operadores no vinculados de acceso al Material y, por el contrario, le imponía un deber de no discriminación, la negativa de alquiler de Fetrans a Fersimsac resultaba injustificada. Por cierto, el Tribunal precisó que el abuso de posición de dominio de Fetrans no era el hecho de haber celebrado un contrato de arrendamiento sobre el Material con su empresa vinculada Perurail, sino el haber utilizado dicho contrato como pretexto para negar injustificadamente el alquiler del Material a Fersimsac (o, en abstracto, a cualquier otro potencial operador) en el mercado relevante.

El Tribunal revocó el pronunciamiento de la Comisión, declaró fundadas las denuncias de oficio y de parte (de Fersimsac) contra Fetrans por infracción de los artículos 3 y 5 del DL 701 y le impuso a ésta una multa ascendente a 165,9 UIT.

Precisión sobre el abuso

Es importante precisar que no era el caso de un agente económico que hubiera comprado determinados activos y aparecieran terceros interesados en alquilar dichos activos. Si un empresario compra barcos, aviones, trenes,

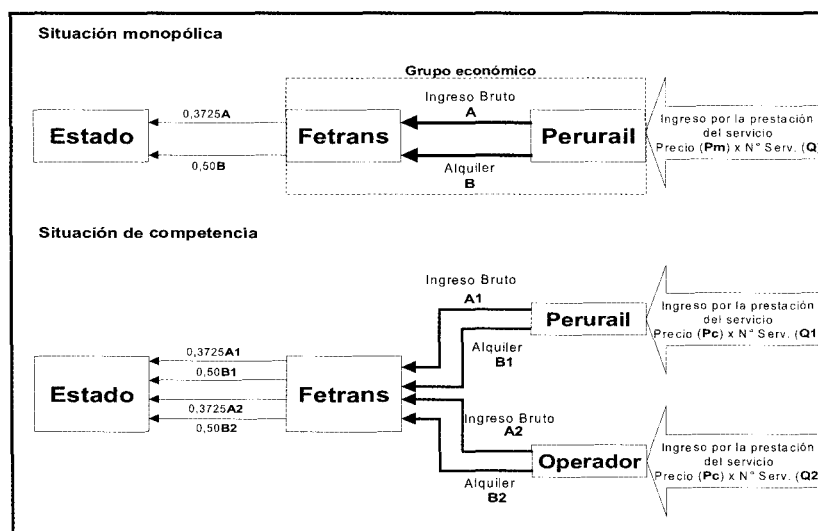
autobuses, etc., para prestar el servicio de transporte, no está obligado a alquilar sus unidades a un tercero para que éste compita con aquél. La situación de Fetrans era completamente distinta. Fetrans no compró el Material, el Estado se lo cedió temporalmente a costo cero, para que lo alquilara.

Es como si el Estado fuera propietario de 10 aviones y se los diera en concesión (a costo cero) a la empresa administradora del aeropuerto para que los alquile a terceros. En este caso, se crea un mercado nuevo, el mercado de alquiler de aviones del Estado. Lo que quiere el Estado es que 2 ó más empresas alquilen los aviones y compitan entre sí en la prestación del servicio de transporte aéreo. Lo que no quiere el Estado es que el concesionario, administrador del aeropuerto, alquile los 10 aviones a su empresa vinculada por una suma irrisoria y ambos monopolicen el mercado de transporte aéreo.

8.5 El perjuicio que el abuso ocasiona al Estado y a los consumidores

Como se ha explicado, el Estado recibe, por concepto de Retribución Especial, el 50% del alquiler que Perurail le paga a Fetrans por utilizar el Material (de propiedad del Estado), alquiler que es fijado por estas dos empresas. Si se interpreta correctamente el Contrato de Concesión del FSO, en el sentido de que Fetrans está obligado a alquilar el Material a otras empresas, en condiciones similares a las que lo ha alquilado a Perurail, los beneficios para el Estado serían mayores, pues se generarían incentivos suficientes para sincerar el precio del alquiler. Y es que si otra empresa no vinculada al grupo económico arrienda parte del Material, Fetrans se vería forzada a incrementar el precio de alquiler, especialmente para que dicho tercero "internalice" las mejoras efectuadas sobre el Material. Este razonamiento se describe en el gráfico siguiente:

Gráfico N° 3



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Nota: Se entiende por "Ingreso Bruto" al pago que hace el operador al concesionario por el uso de la línea férrea y otros, distintos al pago por el alquiler del Material. Se entiende por "Alquiler" el pago que el operador al concesionario por el arrendamiento del Material.

En general, los beneficios que se obtendrían si Fetrans alquilara parte del Material recibido del Estado a otro operador, serían los siguientes:

- *Beneficios para el consumidor del servicio de transporte ferroviario.* Si se permite el ingreso de un nuevo operador utilizando parte del Material concesionado a Fetrans, el precio por la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros experimentaría una reducción competitiva como consecuencia de la mayor dinámica en el mercado.
- *Beneficios para el Estado (aumento de la Retribución Principal).* En un escenario competitivo, el ingreso de un nuevo competidor al mercado podría determinar un aumento en la frecuencia del uso de la Red Ferroviaria medida en kilómetros recorridos, lo cual implicaría un incremento en los ingresos de Fetrans por este rubro en comparación con un escenario monopólico, lo que incrementaría los ingresos del Estado por concepto de Retribución Principal.
- *Beneficios para el Estado (aumento de la Retribución Especial).* En un esquema de acceso competitivo al Material, el operador entrante al mercado de transporte ferroviario en el FSO podría solicitar a Fetrans que le alquile parte del referido Material para proceder a operar. En este escenario, el precio del alquiler se sinceraría, pues Fetrans no tendría incentivos de subvaluar el precio del alquiler con una empresa no vinculada a ella.
- *Reducción de las probables ganancias extraordinarias del grupo.* Con el ingreso de un operador adicional, a través de su acceso al Material, se generaría una mayor dinámica competitiva en el mercado que se vería reflejado en una reducción de precios, generando que el grupo económico obtenga ganancias más razonables.

9. La Medida Correctiva

9.1 La opinión de la Secretaría Técnica

En los casos de libre competencia no basta con declarar la existencia de la infracción y multar al responsable, es necesario restaurar la competencia y ello se logra con el dictado de una medida correctiva²¹, lo que implica que la empresa infractora cumpla determinadas obligaciones de hacer o no hacer.

En su primer informe, la Secretaría Técnica opinó que correspondía el dictado de una medida correctiva que restaurara la competencia, por lo que consideró pertinente elaborar una propuesta de medida correctiva que implementara un mecanismo de acceso al Material por parte de competidores que dotara de mayor

dinamismo al mercado en el segmento de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

Respecto del acceso competitivo, la Secretaría Técnica precisó que todo aquel que solicitara el alquiler del Material (otorgado en concesión) debía cumplir con todos los requisitos mínimos que le proporcionarían seguridad a Fetrans respecto del adecuado uso del referido Material, así como de los posibles daños que pudieran ocasionarse sobre la integridad física de terceros, a la infraestructura vial ferroviaria, al material tractivo y rodante de otros operadores y del propio Material concesionado.

“En los casos de libre competencia no basta con declarar la existencia de la infracción y multar al responsable, es necesario restaurar la competencia y ello se logra con el dictado de una medida correctiva (...)”

También señaló que, en el supuesto de que ingresara al mercado un competidor con permiso de operación vigente para prestar el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros y solicitara el alquiler de parte del Material, los términos contractuales del eventual arrendamiento debían ser resultado, en primer lugar, de una libre negociación entre Fetrans y el operador solicitante del Material.

Así, en un escenario de acceso competitivo al Material, debía primar la autonomía privada y libre determinación entre la empresa concesionaria y el operador solicitante del Material para llegar a un acuerdo respecto de las condiciones de acceso, esto es, qué parte de Material sería cedido en uso, el precio por la renta de alquiler del Material, el plazo del contrato de alquiler, los horarios de uso del alquiler (de ser el caso), entre otras condiciones. Obviamente, estas condiciones debían tener presente aquellas que regían el acceso de Perurail, pues así se garantizaría que al solicitante no se le diera un trato discriminatorio con relación a las condiciones de alquiler entre Fetrans y Perurail. Las diferencias, si las hubiera, debían estar basadas en aspectos comerciales normales y razonables.

La Secretaría Técnica consideró que era un escenario bastante probable el que las partes no arribaran a un acuerdo, por lo que propuso mecanismos complementarios de acceso al Material, los que se describen a continuación:

21 El Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 05 de diciembre de 2006 (recaída en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC), ha reconocido la competencia de Indecopi para dictar medidas correctivas en los temas de libre competencia.

9.1.1 Arrendamiento del 50% del Material

(i) Cuando un operador de transporte ferroviario solicitara el Material

Si un operador solicitara el alquiler de la mitad del Material, Fetrans debería armar dos paquetes lo más equitativo posible del referido Material. A efectos de evitar que Fetrans tuviera el incentivo de armar dos paquetes relativamente disímiles con la finalidad de beneficiar a Perurail, el operador solicitante debería ser quien eligiera el paquete que se le sería adjudicado, mientras que Perurail se quedaría con el otro. Bajo este esquema, Fetrans tendría el incentivo de armar dos paquetes cualitativamente similares, pues de lo contrario su operador vinculado podría verse perjudicado en la adjudicación de la mitad del Material.

El precio del alquiler de cada paquete del Material sería igual al alquiler que Perurail pagaba a Fetrans, conservando las condiciones contractuales en ese entonces vigentes, es decir, el pago de una renta variable dependiendo del recorrido del Material, salvo un cambio de condiciones equitativo a discreción del arrendador (v.g. una renta fija independientemente del recorrido). Además del pago de una renta (fija o variable), se pagaría respecto de cada paquete, y en igualdad de condiciones, un porcentaje fijo ponderado que permitiría a Fetrans recuperar la inversión en mejoras efectuadas sobre el Material.

Mediante el sistema propuesto, lo que se pretendía era evitar que Fetrans tuviera incentivos para fijar precios prohibitivos por el alquiler de Material, de manera que impidiera el acceso al operador entrante. Además, en tanto el 50% del alquiler iba al Estado, Fetrans no tendría incentivos para inflar el costo de las mejoras.

Toda variación que Fetrans y Perurail hicieran en el futuro sobre el precio de alquiler del Material sería ineficaz respecto de la propuesta de medida correctiva, salvo la conversión de una renta variable en fija. Con ello se pretendía evitar que luego de tomar conocimiento del contenido de la propuesta, Fetrans y Perurail modificaran las condiciones contractuales que regían el alquiler del Material con el propósito elevar los precios a un nivel prohibitivo de acceso.

La Secretaría Técnica precisó que bajo este esquema no sería equitativo que Perurail o el operador solicitante pretendiera que se le adjudicara en alquiler más del 50% del Material.

Finalmente, los contratos de alquiler para ambas empresas tendrían una vigencia máxima de un año. Podrían ser renovados sucesivamente salvo que se presentara otro potencial operador, supuesto en el cual regiría la medida correctiva que se describe a continuación.

(ii) Cuando dos o más operadores de transporte ferroviario solicitaran el Material

Si más de un operador solicitara el alquiler de la mitad del Material, al igual que en el caso anterior, el concesionario debería armar dos paquetes lo más equitativo posible del Material. En este esquema, los operadores no vinculados que concurrieran por el alquiler del Material competirían en una subasta a efectos de adjudicarse una de las mitades del Material. La otra mitad permanecería en posesión de Perurail para su operación en el FSO.

El precio base del alquiler del Material estaría compuesto de dos factores. El primero, el alquiler que en ese momento Perurail pagaba a Fetrans, conservando las condiciones contractuales vigentes, es decir, el pago de una renta variable dependiendo del recorrido del Material, salvo un cambio de condiciones equitativo a discreción del arrendador (v.g. una renta fija independientemente del recorrido)²². El segundo, un porcentaje fijo ponderado —respecto de cada paquete y en igualdad de condiciones— que permitiría a Fetrans recuperar la inversión en mejoras efectuadas al Material. Sobre la base de este precio compuesto por la renta (fija o variable) y la recuperación de las mejoras, aquel operador que ofreciera pagar la suma adicional mayor por la mitad del Material sujeto a subasta sería el adjudicatario.

La renta que finalmente pagaría Perurail por el alquiler por el otro paquete dependería del precio ofrecido en la subasta; es decir, Perurail pagaría a Fetrans el mayor monto ofrecido en la puja de los dos o más potenciales competidores. Así, tanto el ganador de la subasta como Perurail pagarían una suma idéntica por concepto de alquiler.

En opinión de la Secretaría Técnica, la eficiencia que generaría este modelo consistiría en que el Material se asignaría al operador entrante que valorara más su uso. Asimismo, este esquema permitiría contar con un precio de mercado respecto del alquiler del Material que podría servir en concursos posteriores, en la medida que sería producto de la competencia entre los operadores entrantes. Finalmente, este mecanismo representaría un mayor ingreso para el Estado en términos de Retribución Especial pagado por Fetrans por concepto de explotación del íntegro del Material otorgado en concesión, toda vez que el precio fruto de la subasta sería mayor al precio referencial contenido en el contrato de alquiler de Material suscrito entre Fetrans y Perurail.

Los contratos de alquiler de Perurail y de la empresa adjudicataria tendrían una vigencia máxima de un año. Podrían ser renovados sucesivamente, salvo que se presentara otro potencial operador, supuesto en el cual regiría nuevamente la medida correctiva. En la subasta podían presentarse dos o más empresas, pero sólo a una

²² Toda variación que Fetrans y Perurail hicieran en el futuro sobre el precio de alquiler del Material sería ineficaz respecto de la propuesta de medida correctiva, salvo la conversión de una renta variable en fija. La Secretaría Técnica pretendía evitar que luego de tomar conocimiento del contenido de la propuesta, Fetrans y Perurail modificaran las condiciones contractuales que regían el alquiler del Material con el propósito elevar los precios a un nivel prohibitivo de acceso.

se adjudicaría una de las mitades del Material conforme a los criterios expuestos.

9.1.2 Arrendamiento de menos del 50% del Material

La Secretaría Técnica reconoció que este era un supuesto bastante complicado, pues implicaría diseñar un mecanismo que permitiera separar el 10%, 20%, 30% ó 40% del Material. Adicionalmente, debían existir estudios técnicos previos que identificaran hasta qué punto podía desagregarse el Material. En atención a ello, la Secretaría Técnica descartó aconsejar la implementación de una medida correctiva sobre la base de que un potencial operador solicitara menos del 50% del Material.

9.1.3 Las limitaciones de la medida correctiva

La Secretaría Técnica señaló que era consciente de que las medidas correctivas expuestas podían adolecer de fallas o defectos, lo que reflejaría las limitaciones de la agencia de competencia para asumir funciones regulatorias. Mencionó que lo que se proponía con las medidas correctivas expuestas era minimizar en lo posible los efectos adversos de la barrera de entrada al mercado de operadores competidores en el servicio de transporte ferroviario en el FSO, dada la imposibilidad de eliminarla por completo.

Para eliminar por completo la barrera de entrada al mercado tendría que procederse a adjudicar el íntegro del Material a dos o más operadores no vinculados a Fetrans. En otras palabras, debía procederse a una verdadera escisión del mercado de modo que quien operara la infraestructura ferroviaria no tuviera relación alguna con los operadores que competirían en el segmento de transporte ferroviario. Sin embargo, ello implicaría modificar el Contrato de Concesión del FSO, lo cual no era posible si se trataba de un contrato ley.

Para la Secretaría Técnica, los mecanismos propuestos como medidas correctivas sólo constituían un segundo mejor respecto de una óptima asignación del Material dado en concesión. Y es que siempre será el mercado, a través de la competencia, el que puede asignar de la manera más eficiente los recursos siempre escasos, logrando con ello que las eficiencias asignativas, productivas e innovativas permitan maximizar el bienestar de los consumidores.

9.2 La medida correctiva dictada por el Tribunal

El Tribunal señaló que las medidas correctivas de cese de las conductas infractoras permitirían poner fin al comportamiento anticompetitivo. Sin embargo —precisó—, en algunas ocasiones resultaba necesario adoptar medidas que permitieran corregir los efectos anticompetitivos de las conductas ilícitas y evitar que las empresas infractoras incurrieran nuevamente en ellas. Dentro de este tipo de medidas o remedios, precisó el Tribunal, estarían los remedios estructurales y remedios conductuales o de comportamiento. Mientras los primeros implicaban una separación de los activos

que una empresa posee; los segundos imponían una obligación de hacer o no hacer.

Con un escepticismo mayor que el de la Secretaría Técnica, el Tribunal señaló que la autoridad de competencia debía reconocer los límites que tenía sobre el dictado de medidas correctivas, debido a que existían medidas de difícil supervisión o que implicarían una regulación excesiva de la conducta empresarial de la empresa infractora, por lo que debía limitar su actuación en lo posible, dejando que las libertades de empresa y de contratación de los agentes involucrados corrigiera el problema. En tal sentido, agregó el Tribunal, las medidas serían justificadas cuando involucraran beneficios sustanciales para la competencia que superaran los costos de su imposición y supervisión.

En virtud a lo anterior, el Tribunal señaló que, si bien ni el contrato de concesión, ni la regulación sectorial, habían establecido un mecanismo de acceso competitivo al Material, la agencia de competencia podía dictar medidas para exigir a las empresas infractoras una conducta acorde con la legislación de libre competencia, dando libertad a las empresas involucradas para optar por el mecanismo idóneo para estos fines. Según dicha autoridad, esto permitiría impedir la continuidad de la conducta anticompetitiva sancionada, así como evitar la regulación de las condiciones de acceso al Material, las que debían ser determinadas por los agentes involucrados en ejercicio de su libertad de contratación.

Así las cosas, el Tribunal ordenó a Fetrans, en calidad de medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler del material y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del contrato de concesión del FSO.

9.3 ¿Medida correctiva o regulación?

La Secretaría Técnica buscó una forma de corregir la conducta anticompetitiva. Si la infracción fue la negativa de alquilar, la medida correctiva debía procurar que en el futuro Fetrans no se negara a alquilar. ¿Cómo lograr esto? ¿Bastaba con decir que Fetrans no debía negarse injustificadamente a alquilar? Fetrans podría cumplir la medida alquilando el Material bajo sus términos y condiciones, pero sus términos y condiciones podrían terminar imponiendo nuevas barreras a la entrada. ¿La autoridad de competencia tendría entonces que precisar los términos y condiciones? ¿Ello implicaría invadir las competencias del regulador? ¿Pero no fue el regulador, consciente de sus limitaciones, quien remitió el caso a la autoridad de competencia? ¿Dónde terminan las competencias de uno y comienzan las del otro?

9.4 La intervención del OSITRAN

Si bien la industria de red que constituye propiamente un monopolio natural en las infraestructuras de transporte de uso público (los muelles del puerto, las pistas de aterrizaje del aeropuerto, la infraestructura vial

ferroviaria, etc.) se encuentra regulada intensamente por parte del OSITRAN, las actividades conexas a la red, en las que la competencia es posible (practicaje marítimo, carga y descarga, almacenamiento de mercadería, alquiler de locomotoras y vagones, transporte de pasajeros y carga, etc.), no reciben tal regulación, o la reciben en menor intensidad. De ahí que toca al INDECOPI, en cabeza de la Comisión, garantizar la competencia en aquellos servicios o actividades conexas a las industrias de red, especialmente cuando la empresa titular de la red pretende extender su poder de mercado sobre dichos servicios o actividades. Es necesario, pues, que ambas entidades actúen de manera coordinada.

En las industrias de red sometidas a regulación económica la actuación del INDECOPI es residual o subsidiaria. En este sentido, las prácticas anticompetitivas desarrolladas por empresas reguladas en actividades que no se encuentran bajo el ámbito expreso de la regulación económica del OSITRAN deben ser investigadas y sancionadas por el INDECOPI.

En caso una empresa concesionaria controle y niegue el acceso a bienes concesionados, cuya sustitución es económica o técnicamente inviable (como ocurre con el Material del FSO), y respecto de los cuales, por un lado, su explotación no se encuentre sometida a regulación económica (como ocurre con el precio de alquiler del Material del FSO), y por el otro, una empresa competidora (actual o potencial) de la empresa vinculada (p.e. Perurail) al concesionario (p.e. Fetrans), o controlada por él, necesita acceder para efectos de generar competencia (como consecuencia de la explotación de dicho bien), es atribución del INDECOPI disponer el cese del comportamiento anticompetitivo descrito, dictando las medidas correctivas pertinentes (sea que se trate de una negativa injustificada de trato, una venta atada, una discriminación, una práctica predatoria, entre otros).

En dicho contexto, y de manera excepcional, cuando estemos frente a bienes del Estado dados en concesión cuya sustitución es económica o técnicamente inviable y su explotación no se encuentre sometida a regulación económica (como ocurre con el Material del FSO), y en caso el concesionario y las empresas interesadas en obtener el acceso a dicho bien (incluyendo la empresa vinculada del concesionario) no se pongan de acuerdo sobre las condiciones equitativas del acceso, o el concesionario o su empresa vinculada retrase injustificadamente la ejecución de la medida correctiva dictada por el INDECOPI, creemos que el OSITRAN es el organismo llamado a coadyuvar en la promoción de la competencia y, sobre la base de ello, regular el acceso al bien concesionado, subsanando, a través de sus atribuciones legales y facultades reglamentarias, la falta de acuerdo entre las empresas involucradas, de conformidad con lo establecido en las normas sobre la materia.

En general, la ejecución de las medidas correctivas dictadas por la autoridad de competencia no requiere la intervención del organismo regulador. Sin embargo, de

manera excepcional, cuando la conducta anticompetitiva recae sobre bienes dados en concesión por el Estado cuya sustitución es económica o técnicamente inviable (aunque no califiquen como facilidad esencial), su explotación no se encuentra sometida a regulación económica (precisamente por no calificar como facilidad esencial) y la autoridad de competencia ha dictado como medida correctiva el acceso equitativo a dichos bienes (al haber conocido un abuso de posición de dominio), se justifica plenamente la intervención coadyuvante del organismo regulador, ya sea cuando el concesionario y los interesados en el acceso a dichos bienes no logren ponerse de acuerdo sobre las condiciones del acceso, o cuando el concesionario o su empresa vinculada retrasen injustificadamente la ejecución de la medida correctiva dictada por la autoridad de competencia.

Posiblemente la medida correctiva sugerida por la Secretaría Técnica en su primer informe podría orientar al OSITRAN respecto de las reglas que permitan el acceso competitivo al material tractivo y rodante dado en concesión por el Estado peruano.

10. La Eventual Entrada de un Operador con Su Propio Material Tractivo Y Rodante

¿Qué implicancias tiene que en el futuro aparezca un operador con su propio material tractivo y rodante?
¿Acaso que el INDECOPI se equivocó y que Fetrans no abusó de su posición de dominio o que no tenía esta posición?

Pensar que el INDECOPI se equivocó por el hecho de que un operador ingrese al mercado con su propio material tractivo y rodante en un futuro próximo o lejano es desconocer la figura del abuso de la posición de dominio. Como lo dijimos anteriormente, mediante el abuso la empresa dominante genera sobre-costos a sus competidores actuales o potenciales, les impone barreras que dificultan su permanencia en el mercado o retrasan su acceso a éste. Para que haya abuso, la barrera no tiene que ser insuperable, basta que ella complique la permanencia o acceso al mercado de los competidores actuales o potenciales.

En efecto, para que haya abuso, basta que la barrera tenga la capacidad de retrasar la entrada de nuevos competidores. Que es precisamente lo que ocurrió en el caso reseñado. Fersimsac quiso entrar al mercado en el año 2003, no lo pudo lograr. Pero ello no impide que en algún momento (en el 2008, 2010 ó 2015) alguien entre al mercado. El que alguien entre con su propio material tractivo y rodante no significa que Fetrans no abusó de su posición de dominio, significa simplemente que el abuso logró retrasar por varios años la entrada de operadores ferroviarios.

Ocurre algo similar a las prácticas colusorias. Los cárteles (acuerdos de empresas competidoras sobre el precio del producto, la cantidad producida, los clientes, etc.) son imperfectos y tarde o temprano se destruirán, principalmente por traiciones internas. Ello no impide

que la autoridad de competencia sancione estas conductas, pues lo que se busca no es que el cártel se desmantele por sí mismo en 5, 10 ó 15 años, sino que la autoridad de competencia, con la imposición de multas y el dictado de medidas correctivas, logre restaurar el proceso competitivo lo más rápido posible, para beneficio de los consumidores.

Una empresa dominante abusa de su posición si celebra contratos de venta exclusiva (marca única) con la mayoría de los distribuidores minoristas y comercializadores, pues ello incrementará los costos de entrada de eventuales competidores, quienes tendrán que invertir en sus propias redes de distribución. Si la autoridad de competencia no existiera, tarde o temprano ingresará un competidor, aquél capaz de invertir en una red de distribución que compita con el de la empresa dominante. Sin embargo, hasta que dicho competidor ingrese, los consumidores se verán perjudicados por la existencia de precios que se encontrarán muy por encima del nivel competitivo. El DL 701 no quiere que los consumidores esperen indefensos 5, 10 ó 15 años para que aparezca la competencia, mediante un proceso natural en el que una empresa nueva logra retar a la empresa dominante; lo que quiere dicha ley es que la autoridad de competencia artificialmente (mediante multas y medidas correctivas) elimine las barreras a la entrada impuestas por la empresa dominante, para que el acceso al mercado sea más fácil y el proceso competitivo se desarrolle lo más pronto posible. Así, una vez eliminadas las barreras, posiblemente aparezca no uno sino varios retadores en periodos de tiempo más breves.

Si la agencia de competencia evita que una empresa monopolice las redes de distribución y comercialización, estará eliminando una importante barrera de entrada al mercado, lo que facilitará el ingreso de competidores. Posiblemente dicha barrera no sea insuperable, no tiene que serlo, basta que ella retrase la entrada de competidores. Esa es la misión de la autoridad de competencia, eliminar las barreras estratégicas impuestas por las empresas dominantes con el objetivo de encarecer la entrada de competidores al mercado. Eliminando las barreras de entrada (p.e. negativa injustificada de contratar, precios predatorios, discriminación de precios, distribución exclusiva, contratos de venta exclusiva, etc.) desarrolladas por la empresa dominante, la agencia de competencia reduce los costos de entrada al mercado y esta reducción favorece la competencia.

En ese sentido, nadie espera que sea imposible la adquisición propia de material tractivo y rodante. Nadie espera que la barrera impuesta por Fetrans y Perurail sea insuperable. Basta que dicha barrera haya tenido la capacidad de retrasar la entrada de los competidores. Si éstos finalmente algún día ingresan al mercado con su propio material tractivo y rodante, ello no significará que Fetrans no tenía posición de dominio, como tampoco significará que no abusó de dicha posición, simplemente significará que el abuso tenía un límite, como todas las cosas, incluso las ilegales.

11.A Modo de Conclusión

El mensaje que está detrás de la actuación del INDECOPI es que el propósito de las normas de defensa de la libre competencia es la promoción de la eficiencia económica. Lo que buscaba el contrato de concesión del FSO es que hubiera competencia en el mercado de transporte ferroviario. Pues bien, para que haya competencia en este mercado, Fetrans estaba obligado a no discriminar en el alquiler del material tractivo y rodante entregado temporalmente por el Estado en concesión. La obligación de no discriminar significaba que, si habiendo alquilado el material a su empresa vinculada, aparecía un tercero interesado en alquilar dicho material, debía tratar a ambos en igualdad de condiciones, no pudiendo negar el alquiler al tercero alegando que ya todo el material había sido alquilado a su vinculada (Perurail), pues precisamente a ser su vinculada, al formar parte del mismo grupo económico, el costo de modificar el contrato de alquiler entre ellos era mínimo.

Debió darse una asignación eficiente del material tractivo y rodante de propiedad del Estado. Nada impedía que el porcentaje de este material que no utilizaba Perurail fuera alquilado a un tercero. Nada impedía tampoco que la mitad de este material lo alquilara a su vinculada y la otra mitad a un tercero. En cualquier escenario, la competencia en el mercado del servicio de transporte hubiera originado un uso más eficiente de los recursos, que las tarifas bajen y que el Estado reciba un mayor valor por los bienes que dio en concesión.

Es importante que la autoridad de competencia vigile los mercados conexos a las industrias de red. Ello obliga a esta autoridad a coordinar sus esfuerzos con el Organismo Regulador que supervisa al monopolista de la red. El caso Fetrans es una muestra palpable de ello. OSITRAN, el regulador, preocupado de que hubiera una restricción a la competencia en el transporte ferroviario, acudió donde la autoridad de competencia, el INDECOPI, la que sancionó al monopolista por abusar de su posición de dominio en el mercado conexo (el alquiler de material tractivo y rodante) a la red que administra (la infraestructura ferroviaria).

Autoridad de competencia y regulador tienen el deber de corregir las fallas de mercado según sus respectivos ámbitos de competencia administrativa. Si en un segmento del mercado la competencia no es posible, compete al regulador controlar los abusos de la empresa que opera en condiciones de monopolio natural; y si en el mercado la competencia es posible, pero dicha competencia se encuentra distorsionada por actos anticompetitivos, corresponde que la autoridad de competencia sancione a los responsables de dichos actos. La actuación conjunta y coordinada de ambos organismos fomentará la eficiencia económica en los mercados y, con ello, el bienestar de los usuarios y consumidores.

El abuso de la posición de dominio realizado por Fetrans se debió en gran medida a la forma como se

diseñó el proceso de privatización de las actividades ferroviarias. Si se hubiera apostado por una auténtica desintegración vertical, sin dar opción al concesionario de alquilar el material tractivo rodante a una empresa vinculada, se hubiera asegurado la competencia desde un inicio. Asegurar la continuidad del servicio no era argumento suficiente para crear un monopolio privado. Hubiera bastado que, en tanto no aparecía una empresa no vinculada a Fetrans dispuesta a alquilar el Material, el servicio de transporte ferroviario hubiera seguido siendo prestado por ENAFER, garantizándose con ello la continuidad del servicio. Así de simple. Una vez que aparecía el operador no vinculado, dispuesto a alquilar el Material, se aseguraba la continuidad del servicio, dejando de ser éste prestado por ENAFER. La aparición de un segundo operador, también

dispuesto a operar parte del Material, no habría generado comportamientos anticompetitivos por parte de Fetrans, pues ésta, al no tener relación con los operadores establecidos, no habría tenido incentivos de beneficiar a uno de ellos en perjuicio de otro, sino que, por el contrario, habría tenido más incentivos en aplicar correctamente el "principio de equidad" previsto en el contrato de concesión.

De ahí que consideramos importante que la autoridad de competencia de su opinión previa, al igual que lo hace el regulador, en aquellos procesos de privatización en mercados donde la competencia es susceptible de quedar severamente restringida, como ocurre en las industrias de red con características de monopolio natural y las actividades conexas a estas industrias 