

# La negativa a contratar por parte de una empresa integrada verticalmente: el caso del ferrocarril de Machu Picchu

Jorge Fernández-Baca Llamosas\*

## SUMILLA

En el presente trabajo se analiza la denuncia contra las empresas Ferrocarril Trasandino y PerúRail, por un presunto abuso de posición de dominio en el manejo de la vía férrea y del material tractivo y rodante que la primera obtuvo en concesión, en la ruta de Cusco a Machu Picchu. Tal como se podrá apreciar, la decisión que tomó el Tribunal del INDECOPI se basó en la falsa premisa que el material ferroviario que Ferrocarril Trasandino tenía en concesión constituía una facilidad esencial.

## 1. Antecedentes

### 1.1 El intento por parte de FERSIMSAC de alquilar los vagones y locomotoras otorgados en concesión a FETRANS

A fines de 2002, la empresa Ferrocarril Santuario Inca Machupicchu S.A.C. (FERSIMSAC) solicitó el permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros en la vía del FSO (ruta Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica). El 30 de diciembre, Ministerio de Transporte y Comunicaciones, en adelante MTC, le otorgó dicho permiso por el período de un año, mediante la Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14. De acuerdo con las normas vigentes, el MTC le otorgó un plazo de treinta días hábiles para presentar copia de las pólizas de seguros emitidas en el país y copia del contrato vigente de derecho de acceso a la línea férrea suscrito con el concesionario FETRANS.

El 17 de enero de 2003, FERSIMSAC solicitó a FETRANS el alquiler de material tractivo y rodante y el acceso a las estaciones ferroviarias de esta empresa con la finalidad de operar en la ruta Cusco–Machupicchu–Hidroeléctrica. Una semana después, el 24 de enero, FERSIMSAC solicitó formalmente a FETRANS la suscripción de un

contrato de derecho de acceso a la línea férrea del FSO (ruta Cusco –Machupicchu– Hidroeléctrica). El mismo día, FETRANS respondió con una negativa a la primera solicitud señalando que “todo el material tractivo y rodante proporcionado al concesionario según los términos del contrato de concesión ha sido arrendado a PerúRail S.A. de acuerdo con los términos y condiciones del contrato de arrendamiento, que fuera oportunamente presentado a OSITRAN”.

Dado el plazo de treinta días hábiles otorgado por el MTC para acceder a un contrato de acceso a la vía férrea, FERSIMSAC solicitó una ampliación de dicho plazo el 17 de febrero. El 25 de febrero, el MTC le otorgó treinta días adicionales. Entretanto, FETRANS reiteró que estaban pendientes las observaciones formuladas en su carta del 24 de febrero.

Debido al entrapamiento de las negociaciones con FETRANS, el día 10 de marzo, FERSIMSAC solicitó ante el Consejo Directivo de OSITRAN que dicte un mandato de acceso temporal de acuerdo con lo previsto en el artículo 63° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), argumentando que dicho mandato le permitiría cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 13° del Decreto Supremo

\* Profesor del Departamento Académico de Economía de la Universidad del Pacífico y miembro del Centro de Investigación de esta casa de estudios. Ph.D. (c) en Economía por la Universidad de Paris I, con especialidad en Economía de la Investigación y Desarrollo y Bachiller y Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico. Ha sido Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI y Director del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

Nº 027-99-MTC/44 y, en consecuencia, continuar con los trámites necesarios para la prestación efectiva del servicio de transporte ferroviario.

El Consejo Directivo de OSITRAN decidió dictar un Mandato de Acceso Temporal por un período de seis meses, con la finalidad que FERSIMSAC empresa continúe los trámites correspondientes ante el MTC, y para ello emitió la Resolución Nº 003-2003-CD/OSITRAN del 24 de marzo de 2003. Como consecuencia de esta resolución, el MTC resolvió ampliar el plazo para que FERSIMSAC culmine sus trámites hasta el 30 de junio.

Sin embargo, el MTC resolvió finalmente declarar la caducidad del permiso de operación ferroviaria de carga y pasajeros otorgado a FERSIMSAC, mediante la Resolución Directoral Nº 054-2003-MTC/14 del 14 de julio de 2003. El motivo de dicha decisión fue que, de acuerdo con el literal c) del artículo 10º del Decreto Supremo Nº 027-99-MTC/44, cuando la empresa presta servicios de transporte de pasajeros y/o de carga por un período mayor de seis meses, el Permiso de Operaciones queda sin efecto.

FERSIMSAC interpuso recurso de apelación el 17 de julio, pero dicho recurso fue declarado infundado por la Resolución Viceministerial Nº 275-2003-MTC/02 del 26 de agosto de 2003, quedando así agotada la vía administrativa.

## 1.2 El Informe de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI

El 1 de agosto de 2003, OSITRAN remitió a INDECOPI un oficio<sup>1</sup> donde le solicitaba opinión respecto de una posible infracción a las normas de libre competencia en las que habría incurrido FETRANS, la empresa concesionaria del Ferrocarril Sur-Oriente (FSO)

El 18 de agosto de 2004, la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI emitió el informe Nº 055-2004/GEE, cuyas conclusiones eran las siguientes:

- (i) En el tramo del FSO, la competencia intermodal es bastante limitada.
- (ii) Existe la posibilidad teórica de que se desarrolle competencia intramodal en el FSO; sin embargo, en la práctica se observa que ha existido un solo operador dominante en este mercado, durante los últimos cuatro años.

- (iii) La evidencia encontrada en otros procesos de concesión distintos al FSO muestra que la competencia intermodal contrarresta los posibles efectos restrictivos de la libre competencia derivados del modelo de integración vertical.
- (iv) El desarrollo de competencia intramodal en el FSO se ve limitada por la especificidad de los activos necesarios para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros, y los costos hundidos que involucra la inversión en material tractivo y rodante.
- (v) Existe asimetría en la rentabilidad de prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO, entre el entrante que invierte en la adquisición de su propio material tractivo y rodante, y el que alquila el material tractivo y rodante concesionado a FETRANS en condiciones similares a las del operador establecido.
- (vi) No se debe descartar la posibilidad que un entrante que adquiera material tractivo y rodante, capture rápidamente una porción importante del mercado y/o acceda a niveles de financiamiento con plazos mayores (en cuyo caso, las rentabilidades registradas podrían ser aún mayores). Sin embargo, la enorme disparidad de los indicadores de rentabilidad de dicha empresa con los resultados de la entrada vía alquiler del material tractivo y rodante, en las mismas condiciones del actual operador, refleja que en el caso de esta última alternativa se darían mejores condiciones para la competencia que en el primero.
- (vii) Una estrategia que busque promover la competencia intramodal, a través de mecanismos que incentiven al concesionario el alquiler del material tractivo y rodante a otros competidores sería relativamente más eficaz en términos de promoción de la competencia y reducción del poder de mercado del operador establecido, que una que busque promover la entrada vía la inversión en material propio.
- (viii) En el caso que FETRANS ostente una posición de dominio en el mercado relevante, una negativa por parte de éste de arrendar material tractivo y rodante a un potencial nuevo operador, deberá estar debidamente justificada por razones de eficiencia empresarial. De no ser así, podría ser considerada como un acto de abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo Nº 701. Asimismo, podría considerarse como una violación de lo estipulado en el contrato de concesión celebrado entre el Estado peruano y FETRANS, el cual en su artículo 7º inciso

<sup>1</sup> Oficio Nº 362-03-GG-OSITRAN.

6 señala que el concesionario no podrá discriminar entre los operadores que soliciten servicios equivalentes.

- (ix) Al ser FETRANS y PerúRail empresas vinculadas empresarialmente, ambas pueden reformular los términos del contrato de alquiler original a fin de facilitar la entrada de un tercero al mercado, a través del alquiler del material tractivo y rodante. Por lo tanto, carecería de sentido alegar la existencia de un contrato de alquiler como un impedimento real para que algún operador entrante tenga acceso al uso del material tractivo y rodante.

## 2. La denuncia de FERSIMSAC

El 27 de agosto de 2004, FERSIMSAC presentó una denuncia en contra de FETRANS por abuso de posición de dominio y monopolio del transporte ferroviario en la ruta Cusco–Machupichu–Hidroeléctrica. En el escrito de la denuncia se formularon los siguientes argumentos:

- (i) FETRANS le ha causado un serio perjuicio económico al haberse negado reiteradamente a atender su solicitud de alquiler del material tractivo y rodante entregado por el Estado, como parte de los bienes de la concesión del FSO.
- (ii) El MTC le otorgó a FERSIMSAC un permiso de operación para el servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO, mediante Resolución Directoral N° 009-2002-MTC/14 del 30 de diciembre de 2002.
- (iii) No obstante haber iniciado las negociaciones con FETRANS para suscribir el contrato de acceso a la vía férrea, a efectos de cumplir con lo dispuesto en la referida resolución, dicha empresa dilató el tiempo para la firma del referido contrato, motivo por el cual el MTC declaró la caducidad del permiso de operaciones de FERSIMSAC.
- (iv) No obstante haber solicitado a FETRANS el alquiler de parte del material tractivo y rodante, dicha empresa contestó que no existía disponibilidad de dicho material toda vez que lo tenía arrendado (a PerúRail) en la modalidad de negativa injustificada (o trato discriminatorio).
- (v) FERSIMSAC inició las acciones pertinentes ante OSITRAN a efectos de que se ordene a la concesionaria cumplir con su obligación de “equidad en servicios”, es decir, la obligación de tratar a todas las empresas que soliciten sus servicios de forma equivalente, contenida en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del contrato de concesión del FSO.
- (vi) El argumento utilizado por FETRANS para no alquilar el material tractivo y rodante que es

propiedad del Estado y no del concesionario constituye, por lo tanto, una flagrante infracción al principio de “equidad de servicios”, puesto que solo beneficia a PerúRail, empresa vinculada a FETRANS.

## 3. El informe de la Secretaría Técnica

Sobre la base del informe de la Gerencia de Estudios Económicos, la Secretaría Técnica preparó un estudio más amplio, el Informe N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC el cual fue emitido el 26 de octubre de 2004. Cabe remarcar que en este informe no existe la menor referencia a la denuncia de FERSIMSAC.

### 3.1. Barreras a la entrada

La línea férrea del FSO es de trocha angosta (0,914 m.), lo cual determina que los interesados en operar en dicha red solo puedan prestar el servicio con material tractivo y rodante que cumpla con las especificaciones para operar en este tipo de situaciones. Dado que en el mundo prácticamente no existen redes viales de trocha angosta, con excepción de Colombia, Guatemala y Alaska, sería muy difícil encontrar un mercado secundario de material tractivo y rodante que cumpla con estas características

Dado que en los países europeos se emplean estándares técnicos distintos de los utilizados en el Perú, encargar la fabricación de material tractivo y rodante bajo las mismas características que el sistema ferroviario peruano implicaría costos adicionales asociados a su adaptación a las especificaciones técnicas propias de la vía férrea del FSO.

En consecuencia, cualquier operador que intente entrar a prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO tendría que incurrir en costos adicionales de búsqueda y acondicionamiento, lo cual constituye una barrera de ingreso al mercado.

Por otro lado, en el FSO, PerúRail es la única empresa prestadora del servicio de transporte ferroviario y, además, se encuentra vinculada con la empresa concesionaria, FETRANS. Toda vez que las mencionadas empresas pertenecen al mismo grupo económico es de suponer que toman decisiones conjuntas y se comportan como empresas verticalmente integradas. Esto puede dificultar la entrada de competidores potenciales al mercado.

### 3.2. El servicio relevante

La Secretaría Técnica señaló que el material tractivo y rodante constituye un insumo fundamental para

la operación ferroviaria, pues a través de éste se realiza el traslado físico de las personas o las mercancías, a través de la línea férrea. Esto significa que FERSIMSAC o cualquier otro potencial operador que desee prestar de manera efectiva el servicio de transporte ferroviario de carga y/o pasajeros en el FSO tendría necesariamente que contar con dicho material.

Si bien podrían existir distintas fuentes de aprovisionamiento de material tractivo y rodante; no todas se encuentran disponibles de forma efectiva para FERSIMSAC o para cualquier otro potencial operador. Según información proporcionada por el MTC, una empresa interesada en entrar al mercado de servicios de transporte en el FSO podría adquirir el material tractivo y rodante de fabricantes provenientes de China, Estados Unidos de América y/o España, a precios que fluctúan entre US\$ 1 400 000 y US\$ 2 700 000 por una locomotora, dependiendo de si es comprada en China o en Estados Unidos, y US\$ 70 000 para un vagón tolva.

Otra alternativa era el alquiler de material tractivo y rodante del cual FETRANS es concesionario, dado que no se ha constatado la existencia de otras fuentes alternativas de aprovisionamiento.

Dada la diferencia considerable en inversión entre la compra de material tractivo y rodante, y su arrendamiento, podría suponerse que existe una desventaja para el operador entrante que decida comprar el material en lugar de alquilarlo, tal como lo señaló el informe de la Gerencia de Estudios Económicos.

Debe tomarse además en cuenta que en la medida en que los activos que pretenda adquirir FERSIMSAC, o cualquier otro potencial operador, tengan un valor de reventa limitado debido a su carácter especializado o específico, y no exista un mercado desarrollado para este tipo de material, la entrada a este mercado involucra la existencia de altos costos hundidos.

Y, si se toma en cuenta que los costos hundidos derivados de la compra de material tractivo y rodante pueden ser superiores a los costos que enfrenta el operador establecido (PerúRail) derivados del alquiler de dicho material a FETRANS (concesionario del FSO), es posible afirmar que la especificidad de los activos y los costos hundidos asociados a su adquisición representan una barrera a la entrada.

Por lo tanto, dadas las particularidades técnicas y comerciales existentes (trocha angosta de la

línea férrea, empresas integradas, bajos costos de alquiler para el operador establecido, entre otros), la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento para FERSIMSAC o cualquier otro potencial operador, pues el operador establecido (PerúRail) se aprovisiona arrendando dicho material de su empresa vinculada (FETRANS, concesionaria del FSO) a un bajo costo. Esta situación resta la posibilidad de entrada a FERSIMSAC o a cualquier otro potencial operador que desee participar competitivamente en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros en el FSO.

En consecuencia, el alquiler sería la única alternativa real y viable de aprovisionamiento de material tractivo y rodante para una empresa ferroviaria que pretenda operar en el FSO, por lo que, en principio, el servicio relevante para efectos de delimitar el mercado producto relevante es el alquiler de material tractivo y rodante.

### 3.3. El mercado geográfico

De acuerdo con la información proporcionada por el MTC, OSITRAN, FETRANS, PerúRail, la Gerencia de Estudios Económicos de INDECOPI y otros en el marco de la investigación preliminar, no existiría un mercado de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO, a excepción del material otorgado en concesión a FETRANS y arrendado a PerúRail).

La Secretaría Técnica determinó, por lo tanto, que existirían indicios razonables para suponer que FETRANS es la única fuente de aprovisionamiento de material tractivo y rodante que puede operar en el FSO y, por ende, la única alternativa a la que podría acceder FERSIMSAC o cualquier otro potencial operador. Por lo tanto, el mercado geográfico está constituido por el material tractivo y rodante concesionado a FETRANS y ubicado en la Región Cusco.

### 3.4. La presunta posición de dominio de FETRANS

La Secretaría Técnica consideró que el contrato de concesión no había previsto la posibilidad que los operadores de transporte de carga y pasajeros pudieran acceder al material tractivo y rodante a través de un concurso público. El contrato planteó más bien la posibilidad que FETRANS contratara con un operador vinculado a efectos que la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros no se viera afectada.

Por lo tanto, dado que FETRANS alega que todos los vagones y locomotoras están alquilados a PerúRail, la única manera de facilitar el ingreso de nuevos competidores sería modificar el contrato de arrendamiento suscrito entre ambas empresas. Esta modificación permitiría que tanto el potencial entrante como PerúRail puedan competir en forma equitativa por el alquiler del material tractivo y rodante, lo cual podría redundar en una mejor asignación social de los recursos. Ello sería además consistente con el objetivo inicial de la privatización del FSO, esto es, otorgar el control de la infraestructura ferroviaria a una sola empresa en tanto monopolio natural, incentivando la generación de condiciones de competencia en los segmentos competitivos de la industria, como es la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga y pasajeros.

Sobre la base de este razonamiento, la Secretaría Técnica llegó a la conclusión que la barrera estratégica a la entrada no era el contrato de alquiler entre FETRANS y PerúRail, puesto que este es un acto jurídico fácilmente modificable por estar suscrita por dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico. La barrera era más bien la integración vertical existente entre FETRANS y PerúRail, que a su vez sirve de medio facilitador de la negativa del primero a otorgar el acceso a un tercero de un insumo fundamental para la prestación del servicio de transporte ferroviario.

En este sentido, solo si FETRANS estuviera dispuesto a alquilar el material tractivo y rodante no solo a su operador vinculado PerúRail, sino también a otros operadores no vinculados, se estaría cumpliendo lo establecido en el numeral 7.6 de la cláusula séptima del contrato de concesión referido a la equidad en el servicio 225, según el cual "(...) el concesionario no podrá discriminar entre los Operadores del Servicio de Transporte Ferroviario que soliciten servicios equivalentes."

### 3.5. Conclusiones y recomendaciones

El informe concluyó con la recomendación que la Comisión de Libre Competencia inicie 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 de material tractivo y rodante con FERSIMSAC para la prestación del servicio ferroviario de transporte de carga y pasajeros en el Ferrocarril Sur – Oriente, conducta que se encontraría

tipificada en el literal b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701 ; y,

- ii) Trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante contra FERSIMSAC y cualquier otro potencial operador, conducta que se encontraría tipificada en el literal b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701

### 4. La decisión de la comisión de Libre Competencia

El 27 de octubre de 2004, la CLC emitió la Resolución N° 067-2004- INDECOPI/CLC mediante la cual aprobó e hizo suyo el informe de la Secretaría Técnica y resolvió iniciar un procedimiento administrativo sancionador de oficio contra FETRANS, en los mismos términos planteados en el informe. Asimismo, resolvió acumular este procedimiento sancionador de oficio con la denuncia presentada por FERSIMSAC.

### 5. Los descargos de FETRANS

En los escritos de descargos presentados por FETRANS, el 19 de noviembre de 2004 y el 5 de enero de 2005, la empresa señaló lo siguiente:

#### 5.1. Respetto al contrato de alquiler del material tractivo y rodante con su empresa vinculada PerúRail

El contrato se firmó dentro del marco de las bases de la Licitación Pública Especial Internacional para la entrega en concesión de la administración de los Ferrocarriles, las cuales fueron aclaradas mediante la Circular N° 17. Este último dispositivo estableció que, con la finalidad de no afectar la operación del sistema ferroviario, el adjudicatario de la concesión debía contratar con, o constituir, una persona jurídica distinta que actúe como operador del servicio de transporte ferroviario.

#### 5.2. Respetto a las negociaciones con la potencial entrante

En la primera comunicación de FERSIMSAC, el 5 de enero de 2004, dicha empresa solo se refirió a tratar los términos de un contrato de acceso a la vía férrea, sin mencionar su intención de alquilar el material. Fue recién el 17 de enero que informó su intención de arrendar el material que FETRANS había obtenido en la concesión, ante lo cual se le comunicó con fecha 24 de enero que no era posible atender su pedido dado que dicho material ya había sido arrendado en su integridad a PerúRail.

Sin embargo, en la siguiente comunicación de FERSIMSAC, con fecha 12 de febrero, donde esta empresa remitió observaciones al proyecto de contrato de acceso a la vía férrea que le había remitido FETRANS, declaró que contaba con: (i) dos unidades locomotoras diesel eléctricas; (ii) seis coches de pasajeros; y (iii) una autovía

Por lo tanto, a partir de las propias declaraciones de FERSIMSAC se puede inferir que hasta ese momento era razonable suponer que dicha empresa poseía su propio material tractivo y rodante. Fue por dicho motivo que FETRANS comunicó a FERSIMSAC que como concesionaria se encontraba obligada a supervisar la idoneidad técnica del material que había declarado que poseía para operar en el FSO.

FETRANS también señaló que con fecha 15 de marzo de 2003, el Gerente de Supervisión del OSITRAN le comunicó, mediante el Oficio N° 217-03-GS-C3-OSITRAN que el MTC había encargado a dicho organismo regulador que comunique a FETRANS a efectos que ésta proceda a realizar las verificaciones pertinentes sobre el personal y, el material tractivo y rodante mencionados por FERSIMSAC en su Carta GG/GG-016-FC. Santuario.2003.

### 5.3. Respecto al mercado relevante

FETRANS señaló que no se podía afirmar que FETRANS goza de una posición de dominio en el mercado de material tractivo y rodante, puesto que existe una gran cantidad de proveedores de dicho material y cuya cercanía con el Perú permite su adquisición. Además, no se debe descartar la posibilidad de adquirir material de trocha ancha y luego proceder a adaptarlo a trocha angosta. Así por ejemplo, PerúRail ha adquirido y acondicionado material tractivo y rodante de trocha ancha bajo la supervisión de OSITRAN y el MTC. Por tanto, el servicio relevante debe estar constituido por “el aprovisionamiento de material tractivo y rodante a nivel mundial, y no el material concesionado a FETRANS y ubicado en la ciudad del Cusco, como plantea el informe de la Secretaría Técnica.

En términos más específicos, el mercado relevante debería incluir los siguientes ámbitos geográficos:

- (i) Compra de material (trocha ancha o angosta): A nivel mundial (en particular, Argentina, Brasil,

Canadá, Alemania, Estados Unidos de América y España).

- (ii) Alquiler de material de trocha angosta: A nivel local en el Perú se puede alquilar material tractivo y rodante del ferrocarril de Huancayo – Huancavelica. Asimismo, se puede encontrar empresas que operan con material de trocha angosta en diversos países como: Colombia, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Irlanda y Panamá.

FETRANS sustentó este argumento con un informe elaborado por Apoyo<sup>2</sup>, en el cual se observa un listado de ferrocarriles en el mundo que tienen la misma característica técnica que el FSO, es decir, una trocha de 914mm, entre los cuales destacan: Guatemala, Colombia, Panamá, Venezuela, Cuba, El Salvador, Singapur, entre otros.

Por otro lado, FETRANS señaló que en la denuncia de FERSIMSAC no se había señalado cuál era el mercado relevante, en términos de producto y zona geográfica en el que FETRANS tendría posición de dominio. En este sentido, resulta cuestionable que la Comisión admita a trámite la denuncia de FERSIMSAC señalando que los hechos denunciados son los mismos a los que dieron origen al procedimiento de oficio. Este argumento es especialmente importante si se toma en consideración que las denuncias por prácticas anticompetitivas solo deben admitirse a trámite si existen indicios razonables que evidencien la comisión de la conducta ilícita.

### 5.4. Respecto a los recursos importantes y las facilidades esenciales

La Secretaría Técnica ha distinguido entre una facilidad esencial y un recurso importante, sin que haya precisado las características que debe reunir un recurso para ser considerado importante. No obstante, ha señalado que FETRANS debe alquilar el material tractivo y rodante que ha obtenido en concesión debido a que su compra no constituye una real alternativa de aprovisionamiento. Es decir, que un recurso será calificado como importante en la medida que sea necesario para un nuevo operador y su adquisición resulte demasiado onerosa por razones técnicas y económicas.

En otras palabras, se le ha otorgado a los recursos importantes las mismas características que las facilidades esenciales. Sin embargo, el acceso al

<sup>2</sup> Apoyo Consultoría S.A.C. “Opinión Técnica sobre los Informes N° 055-2004/GEE y N° 035-2004-INDECOPI/ST-CLC de INDECOPI y sobre la Resolución N° 067-2004/CLC que inicia un procedimiento de oficio contra FETRANS por supuestas prácticas anticompetitivas”, Lima, 2005.

material tractivo y rodante en general no ha sido incluido dentro del REMA, debido a que OSITRAN ha considerado que dichos materiales pueden ser adquiridos libremente por los distintos agentes económicos. Cabe señalar que ordenar compartir un recurso es una medida excepcional, incluso en el supuesto de que una empresa tenga posición de dominio.

### 5.5. Respeto al carácter público del material tractivo y rodante en manos de FETRANS

FERSIMSAC ha señalado que el material tractivo y rodante que la denunciada se niega a alquilarle es de propiedad del Estado, lo cual justificaría su uso compartido, colectivo o comunitario. A este respecto FETRANS señaló que cuando el Estado otorga un bien en concesión, el titular adquiere el derecho a la explotación económica del bien en cuestión, a cambio de una retribución por la explotación de los bienes de la concesión así como de la obligación de invertir en su mejora. Luego del término de la concesión, los bienes y sus mejoras serán devueltos al Estado.

Durante el período de la concesión el titular puede ejercer el derecho de explotación con plena libertad de decisión comercial, salvo en los aspectos regulados en el contrato de concesión y en las normas expedidas por el ente regulador, que en este caso es OSITRAN. Por tanto, la regla es la libertad de decisión comercial, mientras que la excepción son las restricciones a esa libertad. En virtud de la libertad de decisión comercial, FETRANS puede alquilar el material en las condiciones que considere conveniente.

Si bien es cierto que existen bienes de titularidad del Estado que son de uso público, tal carácter no se origina en su condición de bien estatal, sino por la propia naturaleza del bien que tiene carácter de facilidad esencial, como es el caso del acceso abierto a la vía férrea y a las estaciones.

Esto significa que los bienes dados en concesión a FETRANS son de dos tipos. En primer lugar están los bienes de uso público constituidos por la infraestructura ferroviaria, los cuales están sujetos a tarifas tope por concepto de acceso. Y en segundo lugar, están los bienes que no son infraestructura esencial, por lo que no se encuentran regulados y la renta que se cobra por ellos es libre. En estos últimos bienes no se aplican los principios regulatorios de equidad, neutralidad o no discriminación, pudiendo denegarse su uso a menos que se tenga posición de dominio, situación que no se da en el caso de FETRANS.

### 5.6. Respeto a las conductas imputadas

No se puede afirmar que ha existido una negativa a contratar por parte de FETRANS, toda vez que cuando ésta le comunicó a FERSIMSAC que no poseía material disponible, dicha empresa no manifestó su disconformidad con ello, sino que, por el contrario, informó que ya contaba con material tractivo y rodante, señalando sus características técnicas.

Tampoco se puede afirmar que ha existido una práctica discriminatoria, porque la prohibición de discriminación a la que se refiere el numeral 7.6 de la cláusula séptima del contrato de concesión, es a las empresas que cuentan con facilidades esenciales a realizar conductas discriminatorias. Así por ejemplo, FETRANS no puede cobrar diferentes precios por el uso de la vía férrea favoreciendo a su vinculada.

## 6. La resolución de primera instancia

### 6.1 El informe de la Secretaría Técnica

El 13 de junio de 2005, la Secretaría Técnica emitió el informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, cuyas conclusiones son idénticas a las del estudio que había realizado el año anterior, pero con algunos argumentos adicionales que vale la pena mencionar, como se aprecia a continuación:

#### a) Sobre el servicio relevante

La Secretaría Técnica señaló que en el informe de Apoyo donde se mencionan los países con vías férreas del mismo ancho de trocha que el FSO, es decir, 914mm, no se menciona el hecho que estos países tengan un mercado de material de segunda mano. También hizo mención a un pie de página del mismo informe donde se señala que la empresa EMD Motors, para fabricar locomotoras de 1,100 HP, como la que se requiere para cubrir la ruta de Cusco-Machu Picchu acepta pedidos de mínimo 50 unidades pues su producción está orientada a la elaboración de locomotoras que emplean entre 4,000 y 6,000 HP.

Sobre la base de estos argumentos, la Secretaría Técnica reafirmó su opinión respecto a que la compra de material tractivo y rodante no constituía una alternativa real de aprovisionamiento. Sin embargo, añadió el argumento que "FETRANS obtuvo los bienes de la concesión, entre los cuales se encontraban el material, sin tener que realizar desembolso alguno por dichos bienes, lo cual ciertamente le dio y le da una situación

ventajosa frente a cualquier potencial entrante”<sup>3</sup>, puesto que “la empresa establecida (PerúRail) se aprovisiona de dicho material — alquilándolo— a un costo significativamente menor del que tendría que asumir un potencial operador que decidiera comprarlo, lo que descartaría la adquisición en propiedad como alternativa viable para el ingreso al mercado”<sup>4</sup>.

b) Sobre el mercado geográfico

La Secretaría Técnica volvió a señalar que a partir de la información proporcionada por el MTC, OSITRAN, la GEE y los funcionarios entrevistados, no existía un mercado de alquiler de material tractivo y rodante que pueda operar en el FSO, a excepción del material otorgado en concesión a FETRANS (arrendado a PerúRail).

Para sustentar su afirmación señaló que el Ferrocarril Huancayo-Huancavelica contaba con 4 locomotoras y veinte coches, ocho de los cuales son de madera con más de cuarenta años de antigüedad. De las cuatro locomotoras, dos se encuentran operando y dos se encuentran fuera de servicio. Asimismo, de acuerdo con las declaraciones de un funcionario del MTC, el mal estado del material tractivo y rodante del Ferrocarril Huancayo-Huancavelica haría muy poco probable, sino imposible que se encuentre en disposición de incursionar en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante.

c) Sobre la posición de dominio de FETRANS

El hecho que la adquisición del material tractivo y rodante no le hayan significado un pago inicial a FETRANS constituye una barrera a la entrada para cualquier agente potencial que decida ingresar a alquilar material tractivo y rodante en el FSO. Y esta barrera es la que, a fin de cuentas, le otorga posición de dominio a FETRANS en el mercado relevante de alquiler del material concesionado para operar en el FSO ubicado en el departamento (o región) del Cusco.

El grupo económico constituido por FETRANS y PerúRail tendría la capacidad de reducir sus precios por el servicio de transporte ferroviario a un nivel igual al costo de operación (costo marginal). Este hecho no solo implica un desincentivo para el ingreso de competidores en el mercado

de transporte ferroviario de carga y pasajeros (competidores directos de PerúRail), sino también de aquellos agentes potenciales interesados en ingresar al mercado de alquiler de material tractivo y rodante para operar en el FSO, toda vez que no tendrían demanda o clientela a quien ofrecer en alquiler su material tractivo y rodante<sup>5</sup>.

En síntesis, aun si existieran otras alternativas para adquirir el material tractivo y rodante, la capacidad con la que cuentan FETRANS y PerúRail para reducir sus precios por el servicio de transporte ferroviario a un nivel igual al costo de operación, hace que la capacidad de cualquier otro potencial operador para acudir a dichas alternativas se vea reducida notablemente, sino totalmente anulada.

d) Sobre la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante

En este punto la Secretaría Técnica verificó las comunicaciones entre FERSIMSAC y FETRANS relativas a la solicitud de alquiler de la primera y la negativa de la segunda. Sin embargo, llama la atención el hecho de que al referirse a la carta del 12 de febrero de 2003 que FERSIMSAC remitió a FETRANS y donde según esta última, se hacía referencia a dos locomotoras, seis coches y una autovía, la Secretaría Técnica afirmó que la copia de la carta que obraba en su poder no tenía este contenido sino simplemente dos cuadros con la lista de empleados y el borrador del contrato de acceso a la vía férrea. Tampoco se hace mención al oficio que OSITRAN remitió a FETRANS con fecha 15 de marzo, donde hace referencia al pedido del MTC para que esta última inspeccione al personal y al material tractivo y rodante de FERSIMSAC.

Por otro lado, hizo una interpretación bastante particular del contrato de concesión, pues señaló que el hecho que se permitiera a FETRANS operar en el segmento de transporte ferroviario, a través de PerúRail, utilizando el material concesionado, constituyó solo una medida excepcional que tenía por objeto asegurar la continuidad del servicio, y no el propósito de constituir un monopolio en el segmento competitivo de transporte ferroviario. Por lo tanto, cualquier operador de transporte ferroviario que ingrese al mercado del FSO tendría del derecho de solicitar a FETRANS el acceso competitivo al material en igualdad de condiciones que PerúRail. En efecto, según esta interpretación<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Informe N° 023-2005-INDECOPI/ST-CLC, numeral 218, pp. 73-74  
<sup>4</sup> Idem, p. 73  
<sup>5</sup> Idem, numeral 257, p. 83  
<sup>6</sup> Idem, numeral 320, p. 106.



Es interesante también citar el siguiente párrafo: “Esta Secretaría Técnica ha concluido que esta interpretación es la correcta en la medida que: (i) responde a la lógica del proceso de concesión de generar mayor competencia en el transporte ferroviario del FSO, (ii) implica un mayor beneficio para los consumidores (fruto de la reducción de precios como consecuencia de la entrada de un competidor), (iii) significa mayores ingresos para el Estado (propietario del material) en tanto incrementarían sus ingresos por concepto de Retribución Principal y Especial y (iv) no afectaría la ecuación económica financiera del contrato de concesión de FETRANS”<sup>7</sup>.

#### e) Conclusiones y recomendaciones

El informe concluyó señalando que hubo un abuso de posición de dominio por parte de FETRANS, por su negativa a alquilar el material tractivo y rodante solicitado por FERSIMSAC. Para determinar el monto de la sanción se calcularon las ganancias extraordinarias monopólicas que habría obtenido la empresa entre septiembre de 1999, fecha en la que inició sus operaciones y marzo de 2003, fecha en la que FERSIMSAC podría haber iniciado sus operaciones.

El cálculo de las ganancias extraordinarias se hizo sobre la base de la diferencia entre los precios cobrados en marzo de 2003 y los precios vigentes en septiembre de 1999, actualizados por el índice de inflación de Estados Unidos, para cada tipo de servicio.

El producto de estas diferencias por el número de pasajeros transportados dio un total de US\$ 689 001.47 equivalente a 679,61 UIT

## 6.2 Los nuevos descargos de FETRANS

En el nuevo escrito donde FETRANS formuló su disconformidad con el informe de la Secretaría Técnica, reiteró el carácter del contrato de concesión, el cual le otorgó la administración de las vías férreas y del material tractivo y rodante, y donde el acceso a terceros está referido exclusivamente a la vía férrea. Adicionalmente, presentó un estudio de la Universidad del Pacífico, donde se profundiza el tema de la posición de dominio y el carácter de esencial del material tractivo y rodante, como se muestra a continuación.

#### a) Sobre el mercado relevante

##### • El mercado del producto

Contrariamente a lo que afirma la Secretaría Técnica, cualquier empresa ferroviaria que desee proveer servicios de transporte de pasajeros puede adquirir el material tractivo y rodante necesario a través de dos fuentes, independientemente del ancho de la vía férrea. La primera fuente está constituida por el mercado de productos nuevos, y la segunda, por un mercado secundario donde se transan locomotoras y vagones usados.

En el primer caso, tanto las empresas fabricantes como las proveedoras están en condiciones de entregar el material rodante de la trocha y las características que requiera el comprador. Aunque el ancho de trocha de la ruta ferroviaria Sur-Oriente no es el más común, debe considerarse que la suma de la extensión correspondiente a todas las rutas con este ancho de trocha, que existen en todo el mundo, alcanza los 250 mil kilómetros. En efecto, existen vías férreas con esta característica en países tan diversos como Azerbaijan, Indonesia, la Isla de Man, Irlanda, Japón, México, Nueva Zelanda, Filipinas, Noruega, Ucrania, Estados Unidos, entre otros. Por lo general, la compra de este material requiere que se fabrique a pedido del cliente. Ejemplo de ello es la compra de una locomotora nueva a la empresa Tracfer S.A. de Argentina, realizada por PerúRail a través de un pedido específico, según consta en la orden de compra del 19 de octubre de 2004, por la cual se pagó un monto equivalente a US\$ 526,984. Además, también se sabe que la misma empresa puede proporcionar autovagones hechos a pedido, valorizados en US\$ 523,000. Esto prueba, por consiguiente, que la adquisición de material nuevo no enfrenta ningún tipo de restricción de volumen, que, a su vez, contrasta con los estudios realizados por INDECOPI, donde se señala que “la compra de material tractivo y rodante no constituye una alternativa real de aprovisionamiento”<sup>8</sup> para un potencial operador.

La otra alternativa disponible es una práctica usual en el negocio ferroviario, dado que muchas empresas descartan parte de su material cada cierto tiempo y lo ofrecen a empresas intermediarias que se encargan de conseguir quién lo compre. Estas últimas también se encargan de conseguir

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> INDECOPI (2005), p. 74.

los componentes y las piezas que se necesitan para adaptar este material a las necesidades del comprador. Un artículo publicado en la edición del mes de junio del año 2000 de la revista *Railway Age*<sup>9</sup> señala que la reconstrucción del material ferroviario permite obtener estándares equivalentes a los que presentan los equipos nuevos, e incluso permite a las empresas ahorrar hasta 30% del costo.

Cabe resaltar que la adaptación de los coches y vagones es una práctica conocida y aceptada por las autoridades peruanas. Es así que las directivas del Ministerio de Transporte (MTC) no obligan a los operadores a adquirir material compatible con el ancho de la trocha, sino que exigen que el material adaptado cumpla con los estándares establecidos por la Federal Railroad Administration (FRA). En efecto, en todos los casos donde se ha tenido que adaptar equipos, el MTC intervino mediante la inspección de las características finales de los vagones adaptados, y luego emitió recomendaciones sobre cómo mejorar esta adaptación.

La primera evidencia sobre la disponibilidad de sustitutos para el alquiler del material tractivo y rodante otorgado en concesión a FETRANS y que actualmente alquila PerúRail son las compras realizadas por esta última a diferentes empresas ubicadas en distintos países. Por ejemplo, en el año 2001, se adquirieron dos ferrobuses en Bolivia, y, luego, en 2003, seis coches en Singapur para brindar el servicio de transporte de lujo Hiram Bingham. En ambos casos fue necesario enviar los equipos a Arequipa para efectuar un cambio en los *boogies*, de tal manera que estos coches que originalmente transitaban por vías de 1,000mm pudiesen operar en las vías de 914mm del FSO.

En segundo lugar, tal como fue comunicado por FETRANS al MTC, PerúRail rehabilitó tres coches y una locomotora<sup>10</sup> que formaban parte del Ferrocarril del sur (FS), cuyas vías son de trocha ancha, para prestar servicios en el tramo Cusco-Machu Picchu del FSO. Para poder efectuar la readaptación de los coches se cambiaron los *boogies*, y en el caso de la locomotora, se cambiaron el motor diesel, seis motores de tracción, y dos *boogies*. Al respecto, el Ministerio, mediante el informe N° 049-2004-MTC, con fecha 9 de agosto de 2004, envió las recomendaciones técnicas necesarias para que la locomotora y los coches cumplieren con los estándares requeridos.

Por último, la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF), mediante un memorando

con fecha 17 de febrero de 2005, señaló que la transformación del material tractivo y rodante de trochas anchas mayores a trocha de 914mm es técnicamente factible, aunque cada caso particular debe ser cuidadosamente sometido a un análisis técnico-económico para determinar su conveniencia.

Asimismo, se mencionan los casos de Brasil y Argentina. En el primero distintas empresas ferroviarias han utilizado vehículos - fundamentalmente locomotoras - adquiridos en Estados Unidos, cuyas vías son de 1,435mm de trocha, para ser utilizados sobre trocha angosta de 1,000mm, previo cambio de *boogies*. En el segundo, se transfirieron unidades (locomotoras) del Ferrocarril General Urquiza-Mesopotámico, de trocha estándar al Ferrocarril General Belgrano, de trocha de 1,000mm, después del cambio de *boogies* correspondiente. Un detalle particular de este último caso es la diferencia en las características del trayecto recorrido por cada ferrocarril. Mientras que el primero opera sobre un trayecto plano, el segundo presenta importantes tramos de montaña e innumerables puentes, túneles y viaductos.

#### • El mercado geográfico

Las compras realizadas por FETRANS en Argentina, Bolivia y Singapur, permiten afirmar que el mercado geográfico relevante se encuentra en el ámbito mundial. A esto se añade el segundo tema tratado en el memorando de la ALAF mencionado previamente, con respecto a la ubicación del material de transporte. En particular, se señala que para la trocha angosta de 914mm que caracteriza al tramo Cusco-Machu Picchu, es recomendable buscar en países centroamericanos que por racionalización o cese posean excedentes de material. Asimismo, existe material usado en la trocha de 1,000mm, más difundida en Europa y Latinoamérica, cuya conversión requiere adaptaciones menores: retrochamamiento de ruedas en los ejes, adaptación de timonerías y, según sea el caso, modificaciones de poca importancia en los *boogies*.

Al final del informe de la ALAF se detallan las empresas ferroviarias latinoamericanas que cuentan con trocha de 914mm. En Colombia se encuentran las empresas Fenoco, Tren de Occidente, Drummond y Turistren; en El Salvador, F.C. Nacional de El Salvador (Fenadesal); en Guatemala, Ferrovías Guatemala; en Honduras, F.C. Nacional de Honduras (FNH); en Costa Rica,

<sup>9</sup> En: <http://www.railwayage.com/jun00/components.html>

<sup>10</sup> Se trata de los coches N° 1501, 1503 y 1504, y de una locomotora Decreto Legislativo N° 535.

F.C. de Costa Rica (Incofer); y en el Perú, además de PerúRail, F.C. Huancayo a Huancavelica (FHH). Además, otros países como Argentina, Brasil, Chile y Bolivia cuentan con la trocha de 1,000mm, y, por último, China, Australia y Sudáfrica también cuentan con trochas angostas, cuyo material también puede estar disponible para la venta.

Asimismo, en el escrito N° 11-GL-2004/PR, enviado por PerúRail el 23 de abril de 2004 a la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI, se señala que existen diversos proveedores de material tractivo y rodante, tanto para trocha ancha como angosta. Así, en dicha comunicación se mencionan los nombres y direcciones de trece proveedores ubicados en Estados Unidos, España, Canadá, Argentina, Alemania y Brasil, así como al representante de Ferrostaal en el Perú.

Por consiguiente, tanto el análisis del mercado del producto como el de su respectivo ámbito geográfico permiten afirmar que el mercado relevante para la adquisición de material tractivo y rodante es lo suficientemente amplio como para que una potencial competidora con conocimiento del negocio ferroviario interesada en prestar el servicio de transporte a pasajeros pueda ingresar a la ruta Cusco – Machu Picchu sin obstáculos. Es decir, dado que ninguna de las empresas es lo suficientemente grande como para ejercer una posición de dominio, existe la posibilidad de adquirir equipos, ya sea nuevos o usados, provenientes de diferentes partes del mundo, e incluso de otros ferrocarriles con similares características. En última instancia, pueden utilizarse otros coches y locomotoras de otros ferrocarriles nacionales que se encuentran en desuso. Así, por ejemplo, del mismo modo en que FETRANS reconvirtió sus equipos para transferirlos de la ruta Cusco-Arequipa al tramo Cusco-Machu Picchu, un nuevo operador podría alquilar los equipos que recibió en concesión el operador del ferrocarril Lima-Huancayo.

b) El carácter de costo hundido del material tractivo y rodante del FSO

Existe suficiente evidencia de que la compra de material tractivo y rodante para operar el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Cusco-Machu Picchu no constituye un activo específico, entendido como un activo que no puede ser utilizado en ningún otro mercado. Si bien es evidente que los vagones solo pueden ser utilizados para transportar pasajeros, este mismo

servicio puede ser prestado en otra ruta, ya sea dentro o fuera del país, que de por sí constituye otro mercado final.

En primer lugar, tal como se explicó en la sección anterior, varios de los equipos han sido adquiridos por PerúRail en un mercado de segunda mano. Esto implica, por un lado, que los vagones y locomotoras pueden ser vendidos a otros operadores independientemente del ancho de trocha para el que estén hechos originalmente. En el caso que estos no fuesen compatibles con el ancho de trocha de algún operador, este puede adaptarlos mediante un procedimiento relativamente sencillo, usual en el negocio ferroviario. Esto significa que tanto la empresa establecida como cualquier otro competidor real o potencial pueden revender los equipos adquiridos si desea abandonar el negocio. El hecho de que vender equipos usados constituya una práctica usual entre las empresas ferroviarias cuestiona, por tanto, la afirmación que venderlos implique incurrir en una pérdida sustancial. En consecuencia, ni la empresa establecida encuentra en ventaja, ni el potencial entrante enfrenta costos irre recuperables para ingresar al mercado.

Asimismo, cabe precisar que todos los equipos de otorgados en concesión a FETRANS y que actualmente alquila PerúRail para sus operaciones en el FSO reciben mantenimiento anual en Arequipa. Dado que la trocha del tramo Cusco – Arequipa es estándar, ello implica que estos tengan que ser reconvertidos en uno y otro sentido una vez al año. Si fuese costoso realizar este procedimiento, sería razonable suponer que los talleres habrían sido trasladados al Cusco. Además, el MTC supervisa este procedimiento mediante la fijación de normas y el envío de inspectores que comprueban el cumplimiento de los estándares establecidos por la AAR, como ya fue mencionado previamente.

c) La supuesta naturaleza de “facilidad esencial” del material tractivo y rodante

La teoría económica exige el cumplimiento de cuatro criterios para que una facilidad sea considerada esencial:

i) La facilidad debe ser controlada por una empresa dominante. En estos casos, se requiere que la empresa cuente con una participación sustancial en el mercado, y que, además, no existan productos sustitutos razonables para la facilidad en cuestión. En caso contrario, se pierde el carácter de esencial<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> HOVENKAMP (1999), p.307.

- ii) Que las empresas competidoras carezcan de habilidad realista para reproducir la facilidad.
- iii) Que el acceso a la facilidad sea indispensable para poder competir en el mercado en cuestión. Esta condición se deriva de la inexistencia de sustitutos razonables para la facilidad en cuestión.
- iv) Que sea factible otorgar el acceso a la facilidad.

Como ya se ha visto más arriba, el mercado relevante para este caso incluye a todas las empresas que venden material tractivo y rodante en el ámbito mundial. Dichas empresas pueden ser de tres tipos: aquellas cuyo principal giro es la fabricación y comercialización de estos equipos; empresas prestadoras de servicios de transporte que dan de baja parte de sus equipos; y, por último, empresas que fungen como intermediarias. Esto permite afirmar que el mercado de este producto es lo suficientemente amplio como para que FETRANS pueda ostentar una posición de dominio. Por consiguiente, al incumplirse la primera condición, resulta inaplicable para este caso el concepto de facilidad esencial.

No obstante, cabe enfatizar algunos otros puntos que contribuyen a la inaplicabilidad de las otras condiciones. Por un lado, si bien es imprescindible disponer de material tractivo y rodante para ingresar al mercado de servicios de transporte de pasajeros, FETRANS no es la única fuente donde se puede conseguir este material. Es decir, además de los vagones y locomotoras que el Estado otorgó en concesión a FETRANS, existen muchos otros vagones y locomotoras, nuevas y usadas que se encuentran disponibles para adquirir en su respectivo mercado, tal como lo muestra la evidencia mencionada más arriba. Por otro lado, dado que los equipos en cuestión no constituyen una facilidad esencial, no habría necesidad de justificar la negativa a negociar.

### 6.3 La decisión de la Comisión de Libre Competencia

El 4 de septiembre de 2006, la Comisión emitió la Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, donde declaró infundada la denuncia de oficio con los siguientes argumentos:

- a) Con respecto a la posición de dominio
  - Los Informes de la GEE y la Secretaría Técnica no se centran en que no existan proveedores, o que no sea posible la conversión técnica de material tractivo y rodante para operar en el FSO, sino

en que no es viable económicamente optar por dichas alternativas. En efecto, de la revisión del expediente se desprende que sí resulta viable técnicamente comprar o reconvertir material tractivo y rodante para la prestación del servicio de transporte de carga y pasajeros.

- Con relación al mercado geográfico, los referidos informes indicaron que, en virtud del contrato de concesión, FETRANS sería la única empresa que interviene en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante ubicado en la región del Cusco con capacidad de operar en el FSO. Sobre la base de este hecho, llegaron a la conclusión que esta empresa goza de posición de dominio en el mercado relevante; es decir, que posee la capacidad de establecer condiciones comerciales sin preocuparse porque su demanda se vea afectada.
- Por su parte, FETRANS ha presentado múltiples observaciones a lo señalado en los Informes, basando sus argumentos en la posibilidad técnica y económica de aprovisionarse de material tractivo y rodante de proveedores capaces de ofrecer opciones de material, nuevo o usado, con capacidad de operar en el FSO. Asimismo, ha señalado que existe la posibilidad técnica y económica de convertir material tractivo y rodante de distinto ancho de trocha a uno con capacidad de operar en el FSO; por lo tanto, el mercado relevante no habría sido correctamente definido; en consecuencia, FETRANS no tendría posición de dominio. Para evidenciar sus argumentos ha remitido listados de potenciales proveedores de material tractivo y rodante, estudios de mercado, así como ha mostrado haber convertido material tractivo y rodante de trocha ancha a trocha angosta (914mm.).
- De los informes de la Secretaría Técnica antes mencionados se desprende que ni la compra ni la conversión del material resultarían económicamente viables para cualquier potencial operador, dadas las condiciones en que se entregó el material tractivo y rodante al grupo económico que conforman FETRANS y PerúRail y las posibles estrategias que podría llevar a cabo este grupo económico ante la entrada de un nuevo competidor.
- Por lo tanto, el grupo económico que incluye a FETRANS y PerúRail goza de posición de dominio en el mercado de alquiler del material tractivo y rodante de propiedad del Estado peruano que opera en el FSO.
- Asimismo, esta Comisión considera que los contratos de alquiler del material tractivo y rodante entre FETRANS y PerúRail (empresas pertenecientes al mismo grupo económico),

sin que medie un procedimiento competitivo al respecto, restringen fuertemente la competencia en el mercado de servicios de transporte de carga y pasajeros en el FSO.

b) Con respecto al abuso de posición de dominio

- A pesar que ha quedado acreditada la negativa a alquilar por parte de FETRANS, dicha conducta de FETRANS no puede ser sancionada como una negativa injustificada, dado que la posibilidad de alquilar el 100% del material tractivo y rodante a su empresa vinculada era una posibilidad que no solamente no estaba prohibida por la Circular N° 017, sino que contractualmente era posible por el contrato de concesión.
- El mantenimiento de esta situación resulta perjudicial para los consumidores, y la sociedad en general, dado que consolida un poder monopólico en el servicio de transporte de carga y pasajeros en el FSO por parte de PerúRail, situación que no se condice con el hecho de que el Estado había establecido previsiones en el contrato de concesión para permitir que exista competencia en el mercado, regulando el acceso a la vía férrea, dado que consideró que, desde el inicio, en este segmento y en ese momento, no era posible la competencia. La temporalidad de la nueva disposición introducida por la Circular N° 017 se ponía en evidencia con el mantenimiento de la redacción de la cláusula 6.3, así como la cláusula 7.5 del contrato de concesión.
- En consecuencia, convendría que el Estado, mediante el organismo competente, a saber, el MTC, intervenga para establecer un procedimiento que asegure el acceso al material tractivo y rodante que forma parte de los bienes de la concesión, así como la supervisión respecto del cumplimiento de dicho procedimiento.

## 7. La resolución de segunda instancia

### 7.1. La Apelación

En el momento en que la CLC emitió la resolución de primera instancia, FERSIMSAC había dejado de existir. Sin embargo, OSITRAN presentó un recurso de apelación con fecha 6 de octubre de 2006. La CLC lo declaró inadmisibile señalando que, en primer lugar, dicha entidad no había sido parte del proceso y que por consiguiente no podía impugnar la referida resolución. Y, en segundo lugar, ya había vencido el plazo de quince días que señala la Ley del Procedimiento Administrativo.

Sin embargo, luego que OSITRAN apelara esta resolución, el Tribunal emitió la Resolución N° 1825 ordenando a la Comisión admitir el recurso de apelación interpuesto por OSITRAN contra la resolución N° 064-2006/INDECOPI-CLC.

El principal argumento de OSITRAN era que la Comisión había interpretado erróneamente la Circular N° 17, al haber omitido considerar otras cláusulas del contrato de concesión que evidenciaban que el objetivo de la concesión era asegurar la competencia en el servicio de transporte ferroviario. Así, por ejemplo, en la misma circular se estipulaba que quedaba vigente la obligación del Concesionario de otorgar acceso a la vía férrea a cualquier empresa que lo solicitara y cumpliera los requisitos necesarios, lo que solo era posible económicamente a través del alquiler del material otorgado por el Estado.

Asimismo, la Comisión debió evaluar el hecho que solo era lícito el alquiler del 100% del material en tanto FETRANS usase de manera efectiva dicho porcentaje, lo que no resultaba cierto, de acuerdo con el Informe N° 201-06-GS-OSITRAN.

### 7.2 Los descargos de FETRANS

El 9 de abril de 2007, FETRANS presentó escrito cuestionando los argumentos señalados por OSITRAN en su apelación, en los siguientes términos:

- La Resolución N° 1825 que ordenó admitir el recurso de apelación interpuesto por OSITRAN es nula, puesto que dicha entidad no fue parte del proceso y fue interpuesto fuera del plazo establecido por Ley.
- OSITRAN pretende otorgarle al material tractivo y rodante la condición de facilidad esencial, lo cual es incorrecto dado que este puede ser provisto por otros medios como la adquisición de material nuevo o usado de otras empresas o el acondicionamiento de material de trocha ancha. La finalidad primordial de la concesión era promover la inversión en el sector ferroviario que se encontraba en mal estado, por lo que se otorgó al concesionario el derecho a utilizar dicho material en exclusividad.
- Obligar a FETRANS a brindar libre acceso al material a sus competidores, pese a haber realizado inversiones para mejorar su estado, implicaría modificar las condiciones originales que la llevaron a participar como postor en el proceso de concesión.
- Si bien el proceso de concesión preveía la posibilidad de que exista competencia en el

transporte ferroviario en el FSO, ella estaba pensada en el supuesto que los nuevos competidores inviertan en adquirir el material, usando sus propios recursos y no compartiendo los bienes del Estado, cuyo uso constituía un derecho del concesionario.

- En el contrato de concesión no existe ninguna restricción para FETRANS respecto al alquiler de la totalidad del material a su empresa vinculada, ni tampoco obligación alguna de alquilar dicho material a terceros competidores, por lo que tales prohibiciones y obligaciones resultan inexistentes al no estar contenidas en una norma expresa;
- Contrariamente a lo señalado por OSITRAN, PerúRail sí utiliza el 100% del material alquilado por FETRANS.
- El período de investigación de OSITRAN corresponde únicamente a enero - junio de 2006.

### 7.3. Otras pruebas

El 8 de mayo de 2007, la Secretaría Técnica emitió el Informe N° 032-2007/ST-CLC reiterando los argumentos expuestos en la Resolución N° 064-2006/CLC y recomendando se confirme la Resolución apelada.

Dos semanas después, el 24 de mayo de 2007, se realizó la Audiencia de Informe Oral con la presencia de los representantes de FETRANS, PerúRail y OSITRAN.

El 25 de mayo de 2007, OSITRAN presentó un escrito señalando que (i) el promedio de utilización de las locomotoras por parte de PerúRail no superaba el 59,8%; (ii) el promedio de utilización de los autovagones, era del 60%; y, (iii) el promedio de utilización de los coches de pasajeros, no superaba el 43%.

El 15 de junio de 2007, FETRANS presentó un escrito argumentando que no ostentaba posición de dominio en el mercado de provisión de material, puesto que dos empresas competidoras, Wyoming Railways S.A. y Andean Railways Corp., habían obtenido permisos de operación en el FSO contando con material propio, sin haber solicitado a FETRANS el alquiler del material que le fue otorgado en la concesión del FSO.

El 2 de julio de 2007, PerúRail presentó un escrito alegando que la falta de competencia en los servicios de transporte del FSO se debía al hecho de tener un mercado con altas barreras económicas de entrada y un mercado ferroviario pequeño en comparación con sus altos costos y no a una

conducta anticompetitiva por parte de FETRANS. Agregó que el inminente ingreso de las empresas Wyoming Railways S.A. y Andean Railways Corp. como operadoras en el FSO constituía la mejor evidencia de que FETRANS no tiene posición de dominio en el mercado de alquiler de material tractivo y rodante.

### 7.4. La decisión del Tribunal

El 2 de julio de 2007 el Tribunal emitió la Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI.

Los puntos más importantes fueron los siguientes:

- a) Respecto a la admisibilidad del recurso de apelación de OSITRAN

El Tribunal no hizo ningún pronunciamiento sobre el tema, e incluso no hizo mención del cuestionamiento planteado por FETRANS en su recurso de apelación.

- b) Respecto a la definición del mercado relevante

El Tribunal señaló, en primer lugar, que la adquisición de material nuevo y/o usado de otros agentes era una alternativa a todas luces más costosa que el alquiler del material otorgado en concesión. En segundo lugar, los costos de adquisición de material para operar en el FSO, representan una inversión que no puede trasladarse a otro mercado geográfico fácilmente, considerando no solo los costos de transporte sino las particularidades técnicas del FSO, que ocasionaría que un entrante tenga que adaptar el material adquirido a los diferentes anchos de las vías férreas.

Por lo tanto, la compra de material no sería un sustituto viable en términos económicos al alquiler del material concesionado a FETRANS, dado que constituye: (i) una barrera de acceso por los mayores costos en que debe incurrir un potencial entrante respecto de aquellos que tuvo que afrontar PerúRail; (ii) una barrera de salida por el costo hundido incurrido; y, (iii) una importante inversión que, en principio, solo podría ser recuperable en un período de tiempo de siete años, de acuerdo con el estudio de la GEE. Ello permitiría que PerúRail pueda responder a la entrada de un nuevo agente mediante una reducción de precios impidiendo la implementación de una estrategia de tipo *hit and run* y eliminando la posibilidad de que la inversión realizada resulte rentable.

Las mismas conclusiones se aplicarían al aprovisionamiento de material de trocha ancha

y estándar, y su posterior adaptación a trocha angosta. En dicho caso, no solo debe considerarse la reducción o eliminación de la rentabilidad de dicha opción para un operador entrante frente a una disminución del precio en el servicio de transporte, sino también los mayores costos que involucran la adaptación de este material.

Esto a su vez implica que el mercado geográfico relevante estaría restringido al departamento del Cusco, tal como lo señaló la primera instancia.

c) Sobre la posición de dominio de FETRANS

Con respecto al posible ingreso al mercado por parte de las empresas Andean Railways Corp. y Wyoming Railways S.A., las cuales habían solicitado el permiso para operar en el FSO con su propio material tractivo y rodante, el Tribunal señaló que la obtención de un permiso de operación no acreditaba que dichas empresas “cuenten con el material con el que podrían competir en el FSO, ni tampoco permite concluir que otras fuentes de aprovisionamiento de material constituyan opciones viables en términos económicos en comparación con el alquiler del material otorgado en la concesión del FSO a favor de FETRANS”<sup>12</sup>.

El Tribunal fundamentó esta afirmación haciendo uso del argumento de la CLC respecto a que “debido a las condiciones en que FETRANS adquirió el material en la concesión del FSO, esta empresa se encuentra en aptitud para alquilar el material a un precio tan bajo que otros agentes, que podrían arrendar o vender material a un potencial entrante, no representarían alternativas viables en términos de precio. Al no existir otras alternativas al alquiler del material, FETRANS se constituye en el único agente que prestaba el servicio relevante”<sup>13</sup>.

Asimismo señaló que el hecho que FETRANS obtuvo dicho material sin necesidad de realizar aporte alguno, determina que “la inversión efectuada por FETRANS para acceder al material no sea de difícil recuperación. Por ello, FETRANS puede cobrar un precio menor por el alquiler del material respecto de otros proveedores sin incurrir en pérdidas, mientras que estos últimos tendrían que cubrir mayores costos para disponer de material similar”<sup>14</sup>.

En síntesis, el Tribunal manifestó su total conformidad con la decisión de la CLC respecto

a que FETRANS tenía posición de dominio en el mercado de prestación del servicio de alquiler de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO, en el departamento del Cusco.

Asimismo, hizo referencia a un escrito presentado por OSITRAN con fecha 25 de mayo de 2007, donde señaló que (i) el promedio de utilización de las locomotoras por parte de PerúRail no supera el 59,8%; (ii) el promedio de utilización de los autovagones, es del 60%; y, (iii) el promedio de utilización de los coches de pasajeros, no supera el 43%.

d) Sobre la negativa injustificada de trato

El Tribunal señaló, en primer lugar, que el hecho de que la Circular N° 17 haya permitido la integración vertical en el FSO no implicaba que FETRANS esté excluida del respeto de normas de orden público, como la Constitución y el Decreto Legislativo N° 701. Una situación excepcional como la integración vertical en el FSO, permitida con la sola finalidad de asegurar la continuidad del servicio de transporte ferroviario, no permitiría justificar una conducta como la de FETRANS que busca extender su posición de dominio al mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros y carga. En este sentido, la presunta infracción no consiste en el simple arrendamiento de la totalidad del material a PerúRail, sino en aprovechar dicha situación para apalancar su posición de dominio negándose a arrendar el material a cualquier otro operador.

Al igual que cualquier operador, FETRANS tenía la libertad de establecer vínculos contractuales de integración vertical, pero también tenía el deber de garantizar que mediante esta integración no se restringiera injustificadamente la libre competencia, lo que constituiría una práctica ilícita.

En segundo lugar, el Tribunal determinó que de la lectura del contrato de concesión, y en especial de la cláusula 5.2 donde se señala que FETRANS pagará al Estado el 50% de los ingresos por la explotación del material tractivo y rodante, se podía inferir que la intención del Estado era que este sea alquilado a terceros. El hecho que FETRANS alquile todo el material a PerúRail implica un incentivo para subvaluar el precio del alquiler, lo cual va en contra de los intereses del Estado.

Y, en tercer lugar, hizo referencia al principio de no discriminación establecido en la cláusula 7.6

<sup>12</sup> Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, numeral 53, p. 23.

<sup>13</sup> Idem, numeral 51, p. 22.

<sup>14</sup> Idem, numeral 56, p. 23.

del contrato de concesión, donde se señala que el concesionario no puede discriminar entre los operadores de servicio de transporte ferroviario que soliciten servicios equivalentes. Asimismo, el concesionario reconoce expresamente que se encuentra prohibido y será sancionado conforme a las leyes aplicables, en caso realizara actos o conductas que constituyan abuso de posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia o el libre acceso a la línea férrea.

El Tribunal interpretó que estos “servicios equivalentes”, también incluían al servicio de alquiler del material, y que por lo tanto FETRANS no podría negarse a los requerimientos de un tercero que solicite arrendar el material tractivo y rodante ni tampoco arrendar dicho material a dos operadores con condiciones diferenciadas.

En síntesis, el contrato de concesión no amparaba la posibilidad que FETRANS rechazara las solicitudes de operadores no vinculados contemplaba la negativa de alquiler por parte de FETRANS de acceso al material y, por el contrario, le imponía un deber de no discriminación. Por lo tanto, la negativa de alquiler de FETRANS resultaba injustificada.

e) Sobre los efectos anticompetitivos de la negativa

El Tribunal señaló que la restricción a la competencia en el mercado de transporte de pasajeros y de carga en el FSO es importante si se tiene en consideración la ausencia de competencia a nivel intermodal en el tramo Piscaycucho-Hidroeléctrica. De este modo, los consumidores solo tendrían una alternativa disponible para el transporte en dicho mercado y deberían soportar eventuales precios anticompetitivos o monopólicos del grupo FETRANS-PerúRail, que no podrían ser desalentados mediante la amenaza de competencia de potenciales entrantes en el mercado, si se mantiene la conducta exclusiva.

Por otro lado, si bien como regla general, debería permitirse que una empresa utilice en exclusiva los recursos en los que ha invertido para evitar posibles conductas de *free riding*, el escenario en el presente caso es distinto. Para fundamentar por qué no se debería permitir el uso exclusivo en este caso, la resolución del Tribunal citó el siguiente párrafo de un artículo de REY et al. (2006<sup>15</sup>):

“Si el cuello de botella es el resultado de la inversión o de las actividades de innovación de la empresa dominante, obligando a la misma a permitir el acceso de sus competidores a dicho cuello de botella, nos encontraríamos ante una expropiación de la rentabilidad del esfuerzo de la empresa. Esto puede hacer que esta empresa y otras desistan de invertir en el futuro y reducir los incentivos que existen para innovar. Por lo tanto, tolerar un monopolio (temporal) puede ser la mejor manera de fomentar la inversión y los incentivos para la innovación, promoviendo así una eficiencia dinámica. (2006)

Sin embargo, si el cuello de botella resulta de un legado histórico, de economías de escala o de alcance, o de factores externos, la intervención estaría justificada”.

f) Sobre las medidas correctivas

- El Tribunal ordenó el cese de la negativa injustificada de alquiler del material y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la cláusula 7.6 del contrato de concesión del Ferrocarril Sur–Oriente.
- En lo que respecta al monto de la multa, el Tribunal señaló su conformidad con el análisis efectuado en el primer y el segundo informe de la Secretaría Técnica e hizo suyos los fundamentos ahí señalados al momento de calcular el beneficio esperado por el agente infractor, estimado en S/ 2 289 551,89 equivalente a 663,3 UIT. Dicho monto reflejaría los beneficios que habría obtenido el grupo FETRANS-PerúRail al poder cobrar un nivel determinado de precios por los servicios de transporte ferroviario sin enfrentar competencia.
- Sin embargo, el Tribunal consideró el hecho de que el transporte ferroviario en el FSO era un mercado nuevo y que, por lo tanto, debía tomarse en cuenta las acciones del grupo FETRANS-PerúRail a fin de promocionar el transporte ferroviario en el FSO, como factores atenuantes de la infracción. Por dicho motivo correspondía reducir la multa en un 75% del valor original, de tal manera que la multa a imponer sería de 165,9 UIT.

## 8. Las impugnaciones de FETRANS y PerúRail ante el Poder Judicial

FETRANS y PerúRail impugnaron la resolución del Tribunal a través de dos caminos. Por un lado, PerúRail inició un proceso de amparo contra la

<sup>15</sup> REY, Patrick et al. (2006) “Un Enfoque Económico del artículo 82º”. En: Martínez Lage Santiago y Amadeo Petibó Juan (eds.). *El Abuso de la Posición de Dominio*, Barcelona: Marcial Pons, p. 144.



validez de la Resolución N° 1825, la cual ordenó a la Comisión de Libre Competencia admitir el recurso de apelación interpuesto por OSITRAN contra la Resolución N° 064-2006/INDECOPI-CLC, alegando que se había infringido su derecho al debido proceso al conceder la impugnación interpuesta por OSITRAN sin que esta entidad haya sido parte en el procedimiento, y a pesar de que esta última resolución había adquirido la calidad de firme, vulnerando así la prohibición de revivir procesos fenecidos. Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar para que se disponga la suspensión de la Resolución N° 1825. Dicha solicitud fue declarada fundada mediante Resolución N° 3 del 21 de abril de 2008.

Asimismo, el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por PerúRail, mediante la Resolución N° 7 del 4 de abril de 2008 y, en consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución N° 1825 y ordenó a INDECOPI que se abstenga de dictar cualquier acto administrativo que tienda a desconocer la firmeza de la Resolución N° 064. Dicha resolución fue confirmada por la Sentencia del 16 de noviembre de 2008 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Por otra parte, FETRANS interpuso una demanda contencioso administrativa contra la Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, ante la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando su nulidad debido a que (i) se había interpretado de forma errada el Contrato de Concesión del FS y FSO, (ii) se había dictado una medida cautelar imprecisa y jurídicamente imposible, y (iii) la multa era arbitraria y desproporcionada. Asimismo, solicitaron que se declare que la Resolución N° 064 dictada por la Comisión de Libre Competencia adquirió la calidad de firme y causó estado, al no haber sido impugnada oportunamente por las partes en el procedimiento seguido contra FETRANS por supuesta infracción de las normas de libre competencia.

Dicha sala, sin embargo, declaró infundada la demanda mediante la Resolución N° 30 del 24 de diciembre de 2008, por considerar que: (i) no se había demostrado que la Resolución N° 064 hubiese adquirido la calidad de firme, (ii) la Resolución N° 1122 no había incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, la Corte Suprema declaró la conclusión de dicho proceso por sustracción de la materia, mediante Resolución s/n del 21 de enero de 2010,

dado que la Corte Superior de Justicia de Lima ya había confirmado la firmeza de la Resolución N° 064 en el proceso de amparo seguido por PerúRail.

## 9. Comentarios finales

En este caso hay dos temas centrales que ni la primera ni la segunda instancia quisieron o supieron enfrentar de manera adecuada, debido a que tomaron al pie de la letra las conclusiones de la Secretaría Técnica y no solicitaron una tercera opinión. Esto a parte del grave error cometido por el Tribunal al admitir una apelación fuera de plazo y que provenía de una entidad que no era parte en el proceso.

El primer tema es hasta qué punto se puede considerar que el material tractivo y rodante que FETRANS obtuvo en la concesión es, efectivamente, un *cuello de botella*. Sobre este punto es importante señalar, en primer lugar, que en ninguno de los informes realizados por OSITRAN hasta el 2003 se hace referencia a este tema. Incluso, en un estudio encargado por dicho organismo se señala expresamente que “tecnológicamente es factible utilizar el material tractivo y rodante en sistemas que tienen diferente ancho de trocha, mediante el cambio de *boogies*” (Tamayo, p. 134 N° 205). En los descargos de FETRANS también se hace referencia a este tema, señalando que todos los años la empresa hace el mantenimiento de los vagones y locomotoras del FSO en Arequipa, realizando este cambio de *boogies*. También se precisó que existen muchos ferrocarriles en el mundo con este ancho de trocha o uno muy similar (la trocha métrica) y que, por lo tanto, adquirir material nuevo o de segunda mano no representa mayor problema.

La mejor prueba de la posibilidad de adquirir el material tractivo y rodante es el reciente ingreso de dos nuevos operadores. El primero, Inca Rail comenzó a operar en septiembre de 2009 en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu y cuenta con seis autovagones que dan el servicio en tres frecuencias. Sus trenes partes a las 6:30 am, 11:25 am y 4:47 pm y regresan a las 8:25 am, 2:12pm y 7:38 pm. Ofrece un servicio Ejecutivo a US\$ 100 y de Primera Clase a US\$ 150.

La segunda empresa, Andean Railways, comenzó a operar en agosto de 2010, también en la ruta Ollantaytambo-Cusco, con el nombre de Machu Picchu Train. Cuenta con tres autovagones y por el momento opera con una sola frecuencia, que parte a las 7.20 am y regresa a las 4.12 pm, con

una tarifa de US\$ 59. Sin embargo, tiene planeado abrir dos frecuencias más.

PerúRail, por su parte, ofrece el servicio Expedition que parte del Cusco a las 7:42 am y regresa a las 5:03 con una tarifa de US\$ 96, el Vistadome parte a las 6:53 y regresa a las 4:00 pm cuesta US\$ 142, y el Hiram Bingham parte a las 9:19 y regresa a las 6:07, con una tarifa de US\$ 412.

El marcado contraste entre los hechos y la historia que cuenta el informe de la Secretaría Técnica revela la importancia de investigar con mayor profundidad los argumentos que presentan las partes, con el fin de emitir un juicio objetivo.

El segundo tema es el hecho de que aun en el caso negado de que dicho material constituyese efectivamente un cuello de botella, no fue obtenido por FETRANS de manera gratuita. El canon que ofrecieron tanto FETRANS como Ferrovías Central Andina en el proceso de concesión fue por el derecho de uso exclusivo tanto de las vías férreas como del material tractivo y rodante. Una parte importante de este material, como se ha visto más arriba estaba en mal estado o totalmente inservible y las dos empresas han tenido que realizar inversiones importantes para ponerlo operativo, y conseguir nuevo material en el extranjero. Esto a parte del hecho que las locomotoras y vagones necesitan un mantenimiento periódico. Como se ha visto más arriba, de las siete locomotoras del FSO solo una estaba en buen estado y de los ocho autovagones solo cuatro se encontraban en buen estado. En este contexto, la cita que hizo Tribunal de un informe de OSITRAN respecto a que FETRANS solo estaría utilizando el 59.88% de las locomotoras, el 60% de los autovagones y el 43% de los coches de pasajeros, fue bastante desafortunada.

Tanto la primera como la segunda instancia han considerado que este material era una suerte de maná caído del cielo, o como la resolución de la segunda instancia señala expresamente de un legado histórico.

Creemos que en este caso se han cometido errores muy graves que se hubiera podido evitar solicitando una tercera opinión o creando un mecanismo que evite que una sola entidad investigue, denuncie y resuelva un mismo caso.

## Bibliografía

Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (CEPRI ENAFER). "Bases: Licitación pública especial internacional para la entrega en concesión de la administración de los ferrocarriles del centro, sur y sur-orienté". 1998. Lima: 18 de diciembre.

Comunidad Económica Europea. Resolución de la Corte de Primera Instancia (Sexta Cámara). "Oscar Bronner v. Mediaprint". 1998. 26 de noviembre.

Comunidad Económica Europea. Resolución de la Corte de Primera Instancia (Segunda Cámara). "European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v Commission of the European Communities". 1998. 15 de setiembre-

Comunidad Económica Europea. "Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law (97/C 372/03)", 1997. Official Journal C372. 9 de diciembre.

Comunidad Económica Europea. "Applying Rules of Competition to Transport by Rail, Road and Inland Waterway". 1998. Council Regulation N° 1017/68. 19 de julio.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (1998). *Railways: Structure, Regulation and Competition Policy*. DAFFE/CLP (98).

Tamayo, Gonzalo. "Análisis de la Competencia en el Sector Ferroviario". Informe preparado para OSITRAN. 2000. Lima, 13 de setiembre.