

Lo que el Tren Nos Deja

Alejandro Falla Jara*

"A criterio del autor la Sala de Defensa de la Competencia, mediante la Resolución N° 1122-2007/TDC, ha manifestado significativos cambios respecto a los criterios que eran utilizados para sancionar las prácticas abusivas en la modalidad de negativa injustificada de contratar, soslayando conceptos ambiguos como el de facilidades esenciales y reivindicando el rol del beneficio competitivo para la configuración de esta conducta. No obstante, también critica el que la Sala considere que tiene facultad para ordenar medidas correctivas estructurales."

No hace mucho la Sala de Competencia del Tribunal del INDECOP¹ resolvió en última instancia el procedimiento seguido en contra de Ferrocarril Transandino SA (Fetrans) por el desarrollo de prácticas (negativa injustificada de trato y trato discriminatorio) prohibidas por la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 701). La resolución (1122-2007/TDC) encontró que en los hechos materia del proceso se habrían configurado prácticas prohibidas por la Ley, condenando al denunciado a pagar una multa (165,9 UITs) y ordenándole "el cese de la negativa injustificada de alquiler de material tractivo y rodante...; y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del referido Contrato de Concesión."

Dejando de lado el análisis de los méritos del caso y de la corrección o no con que han sido evaluados los hechos –análisis para el cual no contamos con información suficiente para emitir un comentario– resulta importante destacar algunos aspectos de la Resolución del Tribunal que implican un cambio respecto a la forma en que ha venido siendo aplicada la Ley de Competencia en materia de prácticas abusivas y que abren una discusión interesante sobre la extensión de las medidas correctivas que pueden ser ordenadas en el marco de este tipo de procedimientos.

• La Investigación y el Pronunciamiento del Tribunal

Los hechos que motivan el procedimiento se vinculan con la entrega en concesión por parte del Estado

Peruano a Fetrans de la infraestructura de transporte ferroviario entre Cusco y Machupichu que entró en vigencia el 20 de setiembre de 1999. En virtud de dicho Contrato el Concesionario quedó a cargo de la explotación y mantenimiento de la vía, así como la prestación de servicios complementarios requeridos para la operación de los servicios de transporte sobre dicha infraestructura (programación y coordinación de horarios, señalización y monitoreo, etc).

Si bien en el diseño original de la Concesión se pensó desvincular por completo las actividades del operador de la infraestructura de las actividades de transporte (de pasajeros y carga) que se realicen con base a dicha infraestructura (prohibición de integración vertical), una modificación previa a la adjudicación y firma del Contrato posibilitó que el operador de la infraestructura entre a prestar los servicios de transporte a través de una empresa vinculada (Perú Rail)¹.

Como parte del Contrato de Concesión el Estado transfirió al operador de la infraestructura material tractivo y rodante (locomotoras y vagones), indispensables para el desarrollo de las actividades de transporte. Siendo que el Contrato no estableció un mecanismo para la disposición a favor de terceros del uso de dichos activos (subasta o concurso abierto, por ejemplo) ni regulación alguna respecto a las condiciones de la cesión (temporalidad, limitación a la concentración de dichos activos en manos de un solo agente o de agentes vinculados al operador

* Master (Msc) en Regulación en London School of Economics and Political Sciences. Profesor de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurrea Abogados.

¹ La Circular No. 17 del 15 de marzo de 1999 señaló lo siguiente:

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

1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias de ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.
2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario."

de la infraestructura, por ejemplo), el operador optó por entregar en alquiler la integridad del material tractivo y rodante a su empresa vinculada (Perú Rail). De esta forma esta última empresa se constituyó en los hechos como el único operador de los servicios de transporte de pasajeros y carga en la ruta Cusco-Machupichu, quedando por lo menos afectada la posibilidad del surgimiento de competencia en dicha ruta.

En agosto del 2003, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN puso en conocimiento del hecho a INDECOP, a quien solicitó una opinión respecto a la eventual configuración de una práctica contraria a la Ley de Competencia. Esta comunicación daría lugar al inicio de una investigación de oficio por negativa injustificada de contratar el alquiler del material tractivo y rodante, y por trato discriminatorio en la prestación del servicio de alquiler de dicho material. A esta investigación se acumularía luego una denuncia formulada por Ferrocarril Santuario Inca Machupichu SAC en contra de Fetras, quien alegó que ésta se habría negado a atender su solicitud de alquiler de material tractivo y rodante alegando tener arrendada la integridad de dicho material con una empresa vinculada (Perú Rail).

A nivel de primera instancia (Resolución No. 064-2006-INDECOP/CLC), no se encontró responsabilidad en Fetras. Pese a quedar acreditada su posición de dominio –básicamente por la ausencia de sustitutos– y la negativa a alquilar dicho material a terceros, la Comisión de Libre Competencia consideró que siendo que el Contrato de Concesión no limitó la facultad de Fetras de alquilar la integridad del material tractivo y rodante a una empresa vinculada, la negativa basada en la existencia de acuerdos previos de alquiler resultaba justificada². Todo ello sin perjuicio de la recomendación hecha en la resolución al Ministerio de Transporte y Comunicaciones para que establezca “un procedimiento que promueva la competencia en el servicio de alquiler del material tractivo y rodante que forman parte de los bienes de la concesión.”

A diferencia de lo sucedido en primera instancia, la Resolución del Tribunal sí encontró responsabilidad en Fetras por el desarrollo de una conducta de abuso de posición de dominio. En dicha resolución se consideró que el Contrato de Concesión no sólo no faculta a Fetras a rechazar las solicitudes formuladas por terceros para el acceso al material tractivo y rodante, sino que

además le impone en dichas actividades una obligación de no discriminar en sus relaciones con terceros, en especial cuando de ello se puede derivar un tratamiento privilegiado a empresas vinculadas a Fetras en perjuicio de otros competidores. De donde, “Fetras no podía negarle el acceso al material únicamente sobre la base del alquiler previo a [una empresa vinculada como] Perurail”.

Para el Tribunal dicha conducta “configura en la práctica un apalancamiento de su posición de dominante [Fetras] en el mercado de alquiler de material [tractivo y rodante] hacia el mercado de transporte de pasajeros y de carga a favor de Perurail...”. Al analizar los efectos negativos en el mercado de transporte de pasajeros y carga en la ruta Pscaycucho-Hidroeléctrica, el Tribunal destaca que la ausencia de competencia en dichos servicios originada por la restricción al alquiler del material a terceros, origina que “los consumidores sólo tendrán una alternativa disponible para el transporte en dicho mercado y deberán soportar eventuales precios anticompetitivos o monopólicos del grupo Fetras-Perurail, que no podían ser desalentados mediante la amenaza de competencia de potenciales entrantes en el mercado, si se mantiene la conducta excluyente.”

La resolución del Tribunal condena a Fetras a pagar una multa de 165, 9 Unidades Impositivas Tributarias, y le ordena “en calidad de medida correctiva, el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante objeto del Contrato de Concesión...; y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del referido Contrato de Concesión.”

• De la Importancia del “Beneficio Competitivo”

Un primer aspecto destacable de la resolución del Tribunal es la parte en la que aclara las condiciones o circunstancias que deberán reunirse para la configuración de la práctica prohibida (negativa de trato)³. En esta parte el Tribunal ha dejado en claro la necesidad de que quien está involucrado en el desarrollo de una práctica de este tipo, debe experimentar o extraer de la misma un “beneficio competitivo”. Si bien no lo ha dicho en esos términos, puede deducirse de la redacción de la Resolución que la ausencia de dicha circunstancia impediría el cuestionamiento de la conducta.

Dicha condición surge del texto y del objetivo que da forma a la Ley⁴. La lógica de incluir el requisito del “beneficio” en la Ley de Competencia tiene que ver con

2 En la Resolución de la Comisión (2006) se señaló lo siguiente: “36. Es por ello que la conducta de Fetras no puede ser sancionada como una negativa injustificada, dado que la posibilidad de alquilar del cien (100) por ciento del material tractivo y rodante a su empresa vinculada era una posibilidad no prohibida por la Circular No. 017, sino contractualmente posible por el Contrato de Concesión”.

3 En la resolución se señala lo siguiente:

“72. Para que se configure un abuso de la posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de trato, se requiere: (i) el ejercicio indebido de la posición de dominio; (ii) una negativa o rechazo injustificado a contratar con un agente económico; y, (iii) la concurrencia potencial o real de un perjuicio para un agente en particular y para el mercado en general, y un beneficio competitivo para quien se niega a contratar.

73. El abuso de posición de dominio de un agente es reprimible en tanto evidencie la existencia de un objetivo de restricción del mercado (foreclosure), el que puede tener lugar en el mismo mercado donde opera el dominante o en un mercado relacionado o conexo, buscando el “apalancamiento” (monopoly leveraging) de su poder de mercado. Así, la doctrina ha hecho referencia a tres posibles tipos de efecto excluyente: “la exclusión dentro del mismo mercado, en la que un operador fuerza la salida o impide la entrada de un competidor; la exclusión en un mercado adyacente, en la que la empresa dominante excluye a fabricantes activos en mercados distintos pero relacionados con su mercado principal, y la exclusión en un mercado relacionado verticalmente, en la que la exclusión se produce en diferentes etapas del proceso productivo.”

4 Decreto Legislativo 701. “Artículo 5.- Se considera que existe abuso de posición de dominio de mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.”

la finalidad perseguida por la regulación de competencia que busca desincentivar aquellas conductas que tienen como propósito el excluir del mercado a ciertos competidores a través de mecanismos distintos a la propia eficiencia. No es intención de la Ley de Competencia el sancionar conductas empresariales desprovistas de cualquier intención, propósito o efecto de tipo excluyente en beneficio de quien la desarrolla. No es suficiente que se genere un problema de competencia para gatillar la aplicación de la regulación de competencia; se requiere que dicho problema sea generado por la conducta de un agente que busca aprovecharse de dicha circunstancia. Sólo en esos casos se justificaría una restricción al derecho a la libre iniciativa privada de los agentes y el establecimiento de una sanción en cabeza del autor de la conducta anticompetitiva.

Dicha condición por muchos años fue dejada de lado por la jurisprudencia del INDECOPI. Que el agente experimentara un beneficio se convirtió en una condición contingente y no esencial de la figura. Incluso se acuñó un término para diferenciar aquellos casos en las que el agente que se negaba a contratar experimentaba algún tipo de beneficio competitivo, de aquellos otros en los que no experimentaba ningún beneficio ("negativas arbitrarias").

De esta forma fueron sancionados en los últimos años conductas en las que el agente que desarrollaba la práctica no sólo no experimentaba "beneficio competitivo" alguno del desarrollo de la conducta cuestionada, sino incluso experimentaba algunos perjuicios con la misma. Así, fueron sancionadas instituciones bancarias por negarse a abrir una cuenta corriente a una línea aérea, o empresas de distribución de electricidad por negarse a arrendar sus postes a empresas de televisión por cable⁵. ¿Cuál era el "beneficio competitivo" experimentado por dichas empresas a raíz de la negativa? Dado que las empresas no participaban directa o indirectamente en el mercado afectado por la práctica, la negativa no generaba para sus autores "beneficio competitivo" alguno.

Olvidando su rol y el límite al ejercicio de sus facultades, la agencia de competencia empezó a comportarse peligrosamente como si fuera una "agencia de planeamiento industrial" restringiendo los derechos de determinados agentes (a elegir libremente con quién contratar) mas que en función a la motivación de su conducta o del impacto de

la misma en sus intereses, en función a su idea de la forma en que debería organizarse un mercado⁶.

En esta parte, el Tribunal ha hecho una sana corrección de lo que ha sido la práctica en el pasado, reivindicando el carácter excluyente característico de las conductas de abuso de posición de dominio sancionables en el marco de la Ley de Competencia.

• **Desprendiéndose de un Concepto Confuso: "Facilidades Esenciales"**

Un segundo aspecto destacable de la resolución es que para el análisis del caso el Tribunal no ha recurrido a la noción de "facilidad esencial". El Tribunal ni siquiera ha hecho mención al término en su resolución, pese a que siguiendo los estándares anteriores del propio Tribunal las facilidades en cuestión (material tractivo y rodante) fácilmente podrían haber calificado como tales.

Y eso es importante porque de un tiempo a esta parte el concepto de "facilidad esencial" pareció monopolizar la discusión y análisis de este tipo de prácticas, al punto de dar la idea –equivocada– de que sólo resulta posible hablar de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en el contexto de una "facilidad esencial": sin "facilidad esencial" de por medio, ninguna negativa parecía tener espacio bajo la Ley de Competencia.

A mayor confusión llevó el hecho de que pese a su utilización, nunca se definió el concepto o las definiciones que se incluyeron en anteriores pronunciamientos que eran bastante vagas⁷. De otro lado, la calificación hecha en anteriores pronunciamientos de determinados bienes o servicios como "esenciales", en vez de aclarar el panorama terminó por confundirlo aún mas: así, en el pasado se adjudicó la calificación de "facilidad esencial" al alquiler de postes para el tendido de la red de una empresa de televisión por cable que no pudo operar los servicios durante el período que duró la negativa⁸, como al servicio de cuenta corriente bancaria para una empresa aerocomercial que nunca suspendió sus operaciones comerciales durante el tiempo que duró la negativa de trato⁹.

El Tribunal ha hecho un análisis de la práctica sin el recurso a un concepto que ha traído más confusión que utilidad al desarrollo de la regulación de competencia en

5 Resolución N° 869-2003/TDC-INDECOPI, Cab Cable/Electrocentro y Resolución N° 870-2002/TDC-INDECOPI, Aero Continente/Banco de Crédito

6 Este tipo de confusión de los roles queda en evidencia en los propios pronunciamientos del Tribunal, el cual al resolver los casos de esta naturaleza llegó a señalar lo siguiente: "No resulta razonable que [...] invierta en la construcción de postes o en la utilización de tecnología o infraestructura distinta a los postes existentes, dado que ello es innecesario al ser posible que se comparta la infraestructura de (...), tanto por los altos costos que tendría que asumir [...] para la prestación del servicio de televisión por cable como por la pérdida social al no utilizarse en su integridad los recursos existentes." Resolución N° 869-2003/TDC-INDECOPI, Cab Cable/Electrocentro

7 "...un recurso esencial es aquella infraestructura que es indispensable para la producción de un determinado producto en otro mercado, por lo que, la negativa a proporcionar dicho bien perjudica la competencia. En ese sentido, si una empresa que tiene un recurso o servicio considerado esencial, se niega injustificadamente a contratar con otra y dicha conducta perjudica el interés económico general, en especial, a los consumidores, será objeto de sanción por la autoridad de libre competencia". Resolución N° 869-2003/TDC-INDECOPI, Cab Cable/Electrocentro

8 "[...] es una empresa con posición de dominio pues, tanto dicha empresa, como [...] (empresa que también tiene postes en Huancayo), pueden actuar independientemente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores en el mercado de alquiler de postes, recurso esencial para participar en el mercado de televisión por cable". Resolución N° 869-2003/TDC-INDECOPI, Cab Cable/Electrocentro

9 "En el presente caso, el servicio relevante es la transferencia de dinero de la ciudad de Puerto Maldonado a la ciudad de Lima a través de una cuenta corriente. Este servicio resulta esencial para las actividades comerciales que la denunciante realiza en la ciudad de Puerto Maldonado, tales como ventas de pasajes aéreos, cobros por transporte de carga, cobros por exceso de equipaje, etc". Resolución N° 870-2002/TDC-INDECOPI, Aero Continente/Banco de Crédito

esta materia. Similares desarrollos vienen produciéndose en otras jurisdicciones, en dónde el recurso al concepto viene siendo dejado de lado¹⁰.

• **¿Hasta donde se puede llegar con las “Medidas Correctivas”?**

Un último aspecto que merece ser destacado de la resolución –probablemente el más polémico– es el que se refiere a las “medidas correctivas”.

En esta parte el Tribunal en su resolución hace un desarrollo detallado de lo que entiende por medida correctiva y el tipo de medidas que podrían ser ordenadas en el marco de procedimientos de este tipo. Y al hacerlo, el Tribunal deja entrever la posibilidad de que además de las conocidas medidas de “tipo conductual” usualmente aplicadas en este tipo de procedimientos (orden de cese de la conducta infractora, por ejemplo), puedan ser ordenadas medidas de “tipo estructural”. Esto último es una peligrosa novedad.

La propia resolución contiene una descripción de lo que se entiende por medidas de “tipo estructural”: a decir del Tribunal *“implican una separación de los activos que una empresa posee.”*¹¹ Si bien el Tribunal descarta la aplicación de este tipo de medidas al caso concreto, ello no ocurre no porque el Tribunal considere que no se encuentra habilitado para dictar órdenes de este tipo sino porque, pese a considerar que una medida de tipo estructural podría resolver a futuro el problema (mediante la desintegración de las actividades), considera que existen circunstancias que impiden dictar este tipo de mandatos

en dicho caso (Contrato de Concesión). En otras palabras, el Tribunal asume que la Ley de Competencia lo habilita para ordenar una desintegración empresarial en el marco de investigaciones de este tipo.

El Tribunal asume una facultad para dictar mandatos de desconcentración empresarial de la cual carece. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional que la propia resolución cita en amparo de las potestades del INDECOPI en el marco de este tipo de procesos¹², no llega tan lejos: sólo habilita a INDECOPI a ordenar el cese de una conducta infractora. Ni directa ni indirectamente puede interpretarse la resolución del TC como un reconocimiento de la facultad del INDECOPI para desarrollar un mecanismo de control ex post de concentraciones empresariales. Ello, además de peligroso, resultaría inconstitucional.

• **Conclusión**

Esta vez el tren nos ha traído buenas y malas noticias. Las buenas tienen que ver con la reconducción de la aplicación de la Ley de Competencia por los canales por los que siempre debió ir, abandonando algunos conceptos que no tienen correlato en la Ley y que sólo generaron confusión y arbitrariedad en el pasado, y rescatando otros del olvido que tienen directa vinculación con el objetivo mismo de la Ley de Competencia (sanción de las prácticas abusivas de carácter exclusorio). Las malas tienen que ver con un intento por consagrar una facultad de la que INDECOPI carece. Esperemos que en su próximo viaje y ya con más recorrido, el tren sólo traiga buenas nuevas 🚂

10 En Verizon v. Trinko, No. 02-682 (enero, 2004), <http://www.supremecourt.gov/opinions/03pdf/02-682.pdf>, la Corte Suprema Americana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales. En dicho pronunciamiento la Corte señaló lo siguiente: “We have never recognized such a doctrine (essential facilities doctrine), ... and we find no need either to recognize it or repudiate it here.” De esta manera se rechaza la aplicación de este concepto a una industria regulada (telecomunicaciones) pese a la invocación hecha al mismo por las partes involucradas y por la Corte que conoció previamente del caso.

11 En la Resolución se señala lo siguiente:

“111. Las medidas correctivas de cese de las conductas infractoras permiten poner fin al comportamiento anticompetitivo. Sin embargo, en algunas ocasiones resulta necesario adoptar medidas que permitan corregir los efectos anticompetitivos de las conductas ilícitas y evitar que las empresas infractoras incurran nuevamente en ellas.

112. Dentro de este tipo de medidas o remedios, se distinguen entre remedios estructurales y remedios conductuales o de comportamiento. Mientras los primeros implican una separación de los activos que una empresa posee; los segundos imponen una obligación de hacer o no hacer. Como puede apreciarse, una medida de cese de la práctica infractora constituye un ejemplo de remedio conductual.”

12 En cita a la Resolución del TC, en la del Tribunal del Indecopi se señala:

“66. El Tribunal Constitucional, ..., declaró infundada la demanda interpuesta, reconociendo de manera expresa las potestades del Indecopi para ordenar el cese de conductas que afectan la competencia, aún cuando éstas se pongan de manifiesto mediante la celebración de contratos entre dos o más agentes del mercado:

“22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección de los consumidores y usuarios?

Desde luego que no. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61 de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65 de la Constitución) (Subrayado añadido)

69. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional añadió en su Fundamento Jurídico No. 25 lo siguiente:

Si bien podría argumentarse que la orden de “cese de conductas” trae como consecuencia directa que la empresa DINO incumpla sus compromisos contractuales con sus afiliados –entre ellos la recurrente–, ello de ningún modo puede equipararse con una declaración de invalidez de los contratos en sede administrativa; y menos aún, puede predicarse que el derecho a la libertad contractual tiene la calidad de isla oponible a cualquier medida correctiva, puesto que, si se parte de la hipótesis de que dichas conductas, concretadas en contratos ligados, fueron contrarias a la Ley, entonces, de ninguna manera podrían ampararse en los alcances de los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, pues estos únicamente protegen la libertad contractual bajo el supuesto que sea ejercida válidamente, esto es, con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público; más aún si se considera que los derechos y libertades que la Constitución del Estado reconoce tiene límites. Y ello por que su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales, pero también de los derechos fundamentales de las personas. Los derechos y libertades económicas no están exentos, en modo alguno, de la plena observancia de los tales principios, bienes y derechos fundamentales. (Subrayado añadido)”