

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN DE OPERADORES DE
FERROCARRILES DEL PERÚ
DENUNCIADAS : FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.
PERURAIL S.A.
PERUVAL CORP. S.A.
PERUVIAN TRAINS & RAILWAYS S.A.
MATERIAS : ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
ABUSO DE PROCESOS LEGALES
ACTIVIDAD : TRANSPORTE POR VÍA FÉRREA

SUMILLA: *se REVOCA la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A. por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, conducta tipificada en el artículo 1 y el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas–; y, reformándola, se declara infundada dicha denuncia.*

La razón es que ante la imputación de una práctica de litigación predatoria se debe evaluar, necesariamente, si las peticiones o pretensiones deducidas en los procesos legales carecen de un fundamento objetivo que las sustente, pues en caso de tener una expectativa de obtener un pronunciamiento favorable, constituyen una manifestación del ejercicio regular de los derechos constitucionales de acción y petición.

En el presente caso, las medidas legales iniciadas por el grupo económico conformado por las denunciadas contaban con un fundamento objetivo que permite descartar la existencia de una estrategia de abuso de procesos legales.

Lima, 27 de julio de 2011

I ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 7 de mayo de 2008, la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (en adelante, Apofer) denunció conjuntamente a Ferrocarril Transandino S.A. (en lo sucesivo, Fetrans), Perurail S.A. (en adelante, Perurail), Peruval Corp. S.A. (en lo sucesivo, Peruval) y Peruvian Trains & Railways S.A. (en adelante, PTR) ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en lo sucesivo, la Comisión) por la realización de un

presunto abuso de posición de dominio bajo la figura de abuso de procesos legales.

2. En su denuncia, Apofer manifestó que las denunciadas son sociedades que forman parte de un mismo grupo económico y que actúan bajo una unidad de dirección y que, en este contexto, vienen ejerciendo sus derechos de acción y petición con fines exclusivamente predatorios, puesto que han iniciado una serie de procesos judiciales y procedimientos administrativos dirigidos exclusivamente a impedir o dilatar el acceso de terceras empresas al mercado de servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el Ferrocarril Sur Oriente, Tramo Cusco – Machupicchu – Hidroeléctrica (en adelante, FSO)¹. En tal sentido, la denunciante precisó que muchos de estos procesos y procedimientos carecían de sustento legal y, en otros casos, aun siendo amparables proporcionaban beneficios menores que los costos derivados del litigio, evidenciando así que su finalidad no era tutelar sus derechos, sino propiciar que Perurail mantenga su posición de operador dominante en la ruta FSO vía la creación de barreras de acceso y el incremento de costos hundidos en dicho mercado.
3. En ese contexto, Apofer precisó que la estrategia procesal anticompetitiva de las denunciadas se habría materializado a través de diversas medidas que podían ser clasificadas en cinco grupos:
 - (i) medidas destinadas a restar eficacia a la Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI del 1 de julio de 2007 (en adelante, la Resolución 1122), a través de la cual la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi halló responsable a Fetrans de una infracción a las normas de libre competencia, imponiéndole una multa de 165,9 Unidades Impositivas Tributarias y ordenándole como medida correctiva el cese de la negativa injustificada a arrendar a operadores distintos a su vinculada el material tractivo y rodante² que aprovechaba en virtud del Contrato de Concesión del FSO, así como el cumplimiento del deber de no discriminación^{3 4};

¹ Si bien en su denuncia Apofer también indicó que la conducta de las denunciadas impediría el acceso de terceros operadores en el tramo del Ferrocarril del Sur (ruta que comprende las ciudades de Mollendo, Matarani, Arequipa, Puno, Juliaca y Cusco), es importante señalar que a través de la resolución impugnada se determinó que dado que el eje de las conductas cuestionadas se encontraba exclusivamente vinculado con el servicio de transporte de pasajeros en el tramo del FSO, no se iba a considerar la ruta del Ferrocarril del Sur a efectos de establecer el mercado relevante, la posición de dominio y los alcances de la infracción. Cabe precisar que esta decisión de la primera instancia no ha sido materia de impugnación por las partes.

² El material tractivo es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros. Está conformado por locomotoras, autovagones y autovías. Por su parte, el material rodante es el conjunto de unidades sin tracción propia, solo remolque, utilizadas para el transporte de carga y pasajeros. Está conformado por coches de pasajeros, vagones de carga y jaulas para carga.

³ El 19 de julio de 1999, Fetrans celebró con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones un Contrato de Concesión, el cual entró en vigencia el 20 de septiembre de 1999 (fecha de cierre de la Concesión). En virtud de este contrato, Fetrans, entre otros derechos y obligaciones, asumió el mantenimiento, rehabilitación, explotación, así como la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria en los tramos del FSO y el Ferrocarril del Sur, antes

- (ii) medidas planteadas con el objeto de evitar la modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro (en adelante, el FC) suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en lo sucesivo, el MTC) y Ferrovías Central Andina S.A. (en adelante, FVCA), a fin de que se mantenga la obligación contractual original en virtud de la cual esta última empresa se encontraba prohibida de participar a través de empresas de transporte ferroviario vinculadas en el tramo FSO en el cual opera Perurail⁵;
- (iii) medidas dirigidas a inaplicar el Decreto Supremo 031-2007-MTC, por el cual se modificó el Reglamento Nacional de Ferrocarriles (en adelante, el RNF)⁶ y se redujeron las barreras legales para la obtención de permisos de operación de servicios de transporte ferroviario⁷;
- (iv) oposiciones repetitivas a las solicitudes de otorgamiento de permisos de operación para la prestación de servicios ferroviarios en el FSO presentadas por Andean Railways Corp. (en adelante, Andean Railways) y Wyoming Railways S.A. (en lo sucesivo, Wyoming Railways), reiterando similares fundamentos que ya habían sido

administrados por la Empresa Nacional de Ferrocarriles – ENAFER. Dicho contra

⁴ Estas medidas legales son las siguientes: (i) medida cautelar fuera del proceso dictada por el Juzgado Mixto de Wanchaq, a través de la cual se dispone la suspensión del trámite de toda solicitud de arrendamiento del material tractivo y rodante que haya presentado o que presente ante Fetrans cualquier operador ferroviario; (ii) demanda declarativa interpuesta ante el Juzgado Mixto de Wanchaq, mediante la cual Fetrans solicita que se resuelva la incertidumbre jurídica relacionada con cómo debería ejecutarse la medida correctiva dictada por la Resolución 1122, dado que su cumplimiento resultaría incompatible con el contrato de arrendamiento suscrito con Perurail así como su derecho a la libertad de contratación; (iii) reconvención a la demanda declarativa planteada por Perurail, a través de la cual esta empresa de transporte ferroviario sostiene que dado que tenía un contrato de arrendamiento suscrito con Fetrans por el íntegro del material tractivo y rodante, debía ordenarse a cualquier operador que se abstenga de requerir la devolución o el alquiler del material; y, (iv) demanda contencioso administrativa interpuesta por Fetrans contra la Resolución 1122.

⁵ De acuerdo con lo señalado por la denunciante, ante la inminente modificación del Contrato de Concesión de FVCA por parte del MTC, el 22 de noviembre de 2004 Perurail solicitó una medida cautelar genérica fuera del proceso ante el Segundo Juzgado Civil de Arequipa a fin de que, de un lado, se prohíba al MTC y a FVCA la referida variación y, de otro lado, se deje sin efecto cualquier modificación que se realice o se haya realizado y en la que no haya participado Perurail prestando su consentimiento, toda vez que tenía la calidad de legítimo y directo beneficiario de la mencionada obligación de no hacer. Cabe precisar que por Oficio 8438-2008-MTC/07 comunicado el 4 de diciembre de 2007, la Procuraduría Pública del MTC puso en conocimiento de la Secretaría Técnica de la Comisión que Fetrans también había iniciado un proceso de amparo en su contra, a fin de que se declare nulo el procedimiento de modificación del Contrato de Concesión del FC por no haber permitido su participación.

⁶ Aprobado inicialmente por Decreto Supremo 032-2005-MTC.

⁷ En este punto, Apofer indicó que la finalidad de las denunciadas era la de cuestionar la norma reglamentaria (Decreto Supremo 031-2007-MTC) que eliminó algunos de los requisitos legales de entrada que contenía el artículo 106 del RNF original con la finalidad de permitir que otras empresas pudieran obtener de manera más expeditiva su permiso de operación. Así, sostuvo que las medidas contra dicha modificación normativa se canalizaron a través de la: (i) presentación por parte de Peruval de una demanda de amparo en el año 2007 ante el Juzgado Mixto de Wanchaq, a fin de que se declare la inaplicación de la modificación, así como las solicitudes de otorgamiento de una medida cautelar de no innovar para que se suspendan provisionalmente y mientras dure el trámite del proceso de amparo los efectos del Decreto Supremo 031-2007-MTC respecto de Peruval y Fetrans; y, (ii) acción popular planteada por Fetrans a través de la cual se persigue la declaración de ilegalidad e inconstitucionalidad de las modificaciones reglamentarias propuestas por el Decreto Supremo 031-2007-MTC, esto es, el mismo objetivo del proceso de amparo contra normas.

evaluados con anterioridad, lo que evidencia una práctica sistemática de interposición de recursos con la única finalidad de dilatar el otorgamiento del título habilitante necesario para que competidores puedan operar en la vía férrea⁸; y,

(v) acciones legales iniciadas con el presunto objeto de dilatar el procedimiento de modificación del Reglamento de Acceso a las vías férreas administradas por Fetrans (en adelante, el REA de Fetrans)⁹.

4. El 19 de agosto de 2008, Apofer presentó un escrito complementario adjuntando información que revelaría la existencia de medidas procesales presuntamente anticompetitivas adicionales a las señaladas en su escrito de denuncia¹⁰.
5. Por Resolución 001-2009/ST-CLC-INDECOPI del 14 de enero de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia por abuso de posición de dominio interpuesta por Apofer bajo la modalidad de abuso de procesos legales, figura tipificada en el artículo 1 y el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas–, imputando la presunta infracción conjuntamente a Fetrans, Perurail, Peruval y PTR, a título de grupo económico.
6. El 3 de marzo de 2009, Peruval presentó sus descargos a la denuncia formulada en su contra por Apofer, señalando, entre otros, los siguientes argumentos:

⁸ En particular, la denunciante indicó que las acciones legales dirigidas a cuestionar con meros fines predatorios el otorgamiento de permisos de operación son las siguientes: (i) escritos de oposición del 3 y 30 de mayo de 2007, presentados por PTR ante la entidad encargada del otorgamiento de los permisos –Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC– con ocasión de la primera solicitud planteada por Andean Railways; (ii) apelación interpuesta el 3 de julio de 2007 por Fetrans, en el marco del mismo procedimiento, a través de la cual esta impugnó la decisión por la cual la autoridad competente del MTC otorgó en primera instancia el permiso de operación a favor de Andean Railways; (iii) nueva apelación planteada por Fetrans el 11 de octubre de 2007 y posterior demanda contencioso administrativa del 21 de marzo de 2008, cuestionando a nivel administrativo y judicial, respectivamente, la decisión favorable expedida en el marco de la segunda solicitud de otorgamiento de permiso de operación formulada por Andean Railways; (iv) escritos del 4 y 11 de julio de 2007, a través de los cuales Fetrans solicitó la suspensión de la eficacia e impugnó la resolución a través de la cual, en primera instancia, se otorgó a favor de Wyoming Railways el permiso de operación; y, (ii) oposición y demanda contencioso administrativa, de fechas 23 de noviembre de 2007 y 12 de febrero de 2008, respectivamente, a través de las cuales Fetrans cuestionó la segunda solicitud de otorgamiento de permiso de operación planteada por Wyoming Railways.

⁹ La denunciante sostuvo que las maniobras dilatorias adoptadas por Fetrans (pedidos reiterativos y solicitudes de acumulación) se habían producido en el marco de la tramitación paralela ante Ositrán de dos procedimientos que tenían la misma finalidad consistente en modificar su REA. El primero de estos procedimientos corresponde al iniciado de oficio por Ositrán y acumulado con la primera solicitud de modificación del REA planteada por Fetrans. El segundo procedimiento corresponde al que fue iniciado en virtud de la segunda solicitud de modificación planteada a instancia de Fetrans.

¹⁰ Apofer precisó que la estrategia predatoria también se concretó a través de las siguientes medidas legales: (i) oposición de Fetrans a la solicitud de permiso de operación de Inca Rail S.A.C., bajo argumentos y redacción similar a la utilizada con ocasión de las oposiciones formuladas contra Andean Railways y Wyoming Railways; (ii) medida cautelar concedida a Perurail por el Juzgado Mixto de Wanchaq para mantenerse en posesión del material tractivo y rodante, debiendo Fetrans abstenerse de solicitar su devolución; y, (iii) medida cautelar obtenida por Perurail ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima a fin de que se suspendan los efectos de la Resolución 1122.

- (i) la denuncia debía ser declarada improcedente, dado que Apofer carecía de legitimidad para obrar activa. Ello, puesto que dicha organización no había identificado a sus asociados ni acreditado que estos realicen una actividad económica relacionada con la conducta presuntamente infractora, con lo cual no se había demostrado que tenga un interés legítimo en la defensa del mercado de transporte ferroviario u otros mercados conexos;
 - (ii) la calidad de accionista de Fetrans y de PTR, empresa que a su vez es accionista de Perurail, no determina su participación en una supuesta estrategia predatoria procesal conjunta. El simple hecho de ser accionista de otras empresas no significa necesariamente que exista una actuación común, siendo factible que existan medidas legales impulsadas por iniciativa de cada empresa;
 - (iii) su sociedad no tiene participación en el segmento de transporte ferroviario de pasajeros del FSO, de manera que carece de presencia directa en el mercado relevante; y,
 - (iv) la única medida legal que ha planteado es la demanda de amparo para que se inaplique la modificación al RNF recogida en el Decreto Supremo 031-2007-MTC, en lo relacionado a los requisitos para obtener el permiso de operación ferroviario. Este proceso es una manifestación del ejercicio regular de su derecho de acción, puesto que la flexibilización de estos requisitos de entrada generaba un mayor riesgo en la operación, que podía ser asumido por Fetrans –empresa de la cual es accionista–. Ello dado que según el modelo de concesión, el concesionario es responsable solidario de cualquier daño que se genere en la prestación de servicios ferroviarios en el FSO.
7. El 3 de marzo de 2009, Fetrans y Perurail presentaron sus correspondientes escritos de contestación de denuncia. Entre otros argumentos, señalaron coincidentemente lo siguiente:
- (i) para determinar si el uso de los procesos legales ha sido abusivo y con fines predatorios, debe necesariamente evaluarse el fundamento de las pretensiones o peticiones planteadas. Así, y con el fin de evitar una restricción desmedida sobre los derechos fundamentales de acción y petición, debe considerarse que siempre que las demandas, denuncias o peticiones que se planteen tengan algún fundamento y satisfagan con un pronunciamiento favorable los intereses del solicitante, el uso de los recursos legales no podrá calificar como simulación; y,
 - (ii) solo las pretensiones o peticiones manifiestamente infundadas o improcedentes evidencian un ejercicio abusivo del derecho de acción o

petición, lo cual no ha sido su caso, puesto que todas sus medidas legales han sido llevadas a cabo a fin de defender legítimamente el modelo de negocio que les fue otorgado por el Estado. Agregaron que para ello, se usaron las vías correspondientes sin recurrir a medios fraudulentos y contando, más bien, con altas probabilidades de éxito, según se puede apreciar a continuación:

Medidas destinadas a restar eficacia a la Resolución 1122

Los procesos judiciales sobre el particular pretendían: (i) evitar la generación del daño irreparable que significaba el que Fetrans ejecute la medida correctiva ordenada por la Sala de Defensa de la Competencia a través de la Resolución 1122 e incumpla el compromiso contractual de arrendamiento del material tractivo y rodante suscrito con Perurail; (ii) dilucidar, a través del proceso declarativo, el sentido bajo el cual debía en todo caso cumplirse con la medida correctiva, la cual consideraban ambigua; y, (iii) evitar el riesgo de caducidad de la concesión de Fetrans por no dar adecuado cumplimiento a la medida correctiva.

Además, debe considerarse que Apofer omitió señalar que a la fecha de presentación de su denuncia se había emitido una sentencia definitiva en el marco de un proceso de amparo seguido por Perurail, a través de la cual el Poder Judicial señaló que la Sala de Defensa de la Competencia no debió conocer en revisión la controversia que finalmente culminó con la expedición de la Resolución 1122, por haber sido la apelación de dicho caso presentada de manera extemporánea. Con ello, el efecto es que queda consentida la resolución de primera instancia –Resolución 064-2006/CLC (en adelante, Resolución 064)– que declaró que Fetrans no incurrió en responsabilidad administrativa y no estaba obligada a alquilar su material tractivo y rodante.

Medidas relacionadas con la modificación del Contrato de Concesión del FC

Una de las garantías ofrecidas por el Estado que determinó su decisión de invertir era que el concesionario beneficiario de la buena pro del FC (FVCA) se comprometió en su contrato a no competir en las actividades de operación ferroviaria que desarrolla Perurail en el tramo FSO. Por ello, el hecho que el Estado se desentienda de esta obligación al promover su modificación constituye una vulneración del principio de seguridad jurídica y, más aún, de su derecho de defensa, pues no fueron convocados a participar del procedimiento de modificación pese a que se debía contar con su consentimiento al ser legítimos beneficiarios de la cláusula en cuestión.

Además, la legitimidad de esta pretensión se evidenciaba en el hecho que dos instancias judiciales –Segundo Juzgado Civil y Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, respectivamente– habían amparado una medida cautelar planteada por Perurail, ordenando que se deje sin efecto cualquier modificación del contrato de concesión del FC en la que no hubiera participado prestando su consentimiento.

Medidas dirigidas a inaplicar las modificaciones al RNF

La modificación normativa en cuestión elimina determinados requisitos para la obtención de los permisos de operación de transporte ferroviario que el MTC consideraba podían constituir barreras legales de acceso al mercado. Sin embargo, estos cambios se encontraban básicamente relacionados con la comprobación de la experiencia en la actividad ferroviaria y la solvencia de los estados financieros, de manera que su supresión crea el riesgo que ingresen operadores que no cumplan con la idoneidad técnica y económica necesaria. Esta situación es particularmente sensible para la estabilidad contractual y el patrimonio de Fetrans si se tiene en cuenta que su contrato le atribuye responsabilidad solidaria por todos los eventuales daños que se generen por el uso del material tractivo y rodante.

De otro lado, precisaron que Fetrans discrepó de la demanda de amparo iniciada por Peruval para solicitar la inaplicación de las modificaciones del RNF, siendo que esta última empresa había actuado de manera autónoma y no en el marco de una estrategia conjunta como se especula en la denuncia¹¹.

Oposiciones a los permisos de operación

Las oposiciones han sido formuladas con el legítimo interés de que los operadores que entren cumplan con todos los estándares técnicos y económicos necesarios para minimizar el riesgo de eventuales accidentes en la vía que terminen por involucrar el patrimonio de Fetrans.

De otro lado, agregaron que en el Contrato de Concesión de Fetrans se ha estipulado que los concesionarios no pueden participar, ni directa ni indirectamente, con más de un operador de servicio ferroviario por ferrocarril¹². Pese a esta prohibición, habían detectado que existían

¹¹ Cabe precisar que el 19 de junio de 2009, Fetrans presentó un escrito complementando esta aseveración y, en tal sentido, adjuntó información periodística correspondiente a la edición del 21 de mayo de 2009 del diario "Gestión" de la ciudad de Cusco, que confirmaría que Peruval, pese a ser socio accionista de Fetrans, había interpuesto una demanda de amparo de manera independiente y contraria a sus intereses.

¹² Esta cláusula establece lo siguiente:

indicios de que Wyoming Railways se trataba de una empresa vinculada a uno de los accionistas de Peruval, que es a su vez accionista de Fetrans, administradora de la vía que cuenta con una vinculada en el FSO (Perurail).

Asimismo, todas las oposiciones deducidas fueron declaradas fundadas en la primera oportunidad en que se plantearon ante el MTC, lo cual demuestra que contaban con un fundamento objetivo razonable.

Medidas relacionadas con la modificación del REA de Fetrans

Los cuestionamientos de Fetrans al proceso de modificación de su REA se sustentan, nuevamente, en la necesidad de asegurar que los requisitos establecidos en este instrumento sean adecuados para evitar que ingresen a prestar el servicio de transporte ferroviario operadores no calificados que aumenten los riesgos de daño y generen perjuicios patrimoniales para Fetrans, dada la responsabilidad solidaria contenida en el Contrato de Concesión del FSO.

A criterio de Fetrans, la modificación del REA tuvo varias irregularidades que motivaron su intervención. Así: (i) el primer procedimiento de modificación fue iniciado de oficio por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Uso Público (en adelante, Ositran), pese a que a la fecha de inicio dicha autoridad no contaba con esa potestad al encontrarse permitida la modificación del REA solo si mediaba solicitud de la entidad prestadora¹³; y, (ii) por ser un instrumento que regula el acceso a la infraestructura férrea bajo su administración, Fetrans no podía dejar de ser emplazado en el procedimiento de modificación iniciado por Ositran, siendo que de lo contrario se estaría afectando su derecho de defensa.

Finalmente, Fetrans agregó que el hecho que su posición sobre los cambios que debían efectuarse al REA no haya sido presentada en un solo acto sino a través de solicitudes sucesivas de modificación y acumulación, no se debió a una mera estrategia dilatoria, sino al hecho que a lo largo del tiempo fue obteniendo mayor información sustentatoria

"12.2. Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario: (...) De otro lado, el Concesionario se obliga a no participar, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de las Empresas Vinculadas a ellos o al Concesionario, en mas de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por ferrocarril comprendido en este contrato o en un operador de servicios de transporte ferroviario que desarrolle actividades en un ferrocarril no comprendido por este Contrato. (...)"

¹³ Sobre el particular, Fetrans indicó que recién mediante Resolución de Consejo Directivo 006-2009-CD-OSITRAN del 11 de febrero de 2009 se modificó el artículo 51 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de Ositran (en adelante, el REMA), permitiendo a Ositran modificar de oficio los reglamentos de acceso (REA) de las entidades prestadoras.

que sugería la necesidad de ampliar su posición inicial sobre la modificación del REA.

8. El 17 de noviembre de 2009, Fetrans presentó el informe denominado “La Teoría del Abuso de Procedimientos Legales como parte del Derecho *Antitrust* y los criterios objetivos para su imputación. A propósito de la denuncia presentada por Apofer en contra de Ferrocarril Transandino S.A. y otros”, elaborado por el especialista Luis José Diez Canseco Núñez. Dicho documento propone, entre otros, los siguientes criterios:
- (i) el propio Decreto Legislativo 1034 exige que se esté ante un patrón de reiteradas medidas legales abusivas. En ese sentido, para que se verifique un abuso de procesos legales, los procedimientos o procesos iniciados deben ser declarados infundados o improcedentes en su totalidad o en su gran mayoría, esto es, carecer de “fundamento objetivo”, lo que constituye un requisito que ha sido recogido por la propia jurisprudencia de Indecopi en el caso seguido contra Pilot Station S.A. y otros, y la jurisprudencia extranjera de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América (casos *California Motor* y *PRE*) y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Asunto *Promedia*);
 - (ii) la existencia de perjurio, fraude o corrupción en el interior del proceso o procedimiento es un elemento indicador del ejercicio abusivo del derecho de acción o petición que debería ser incluido en el análisis de la ausencia de “fundamento objetivo” ; y,
 - (iii) la resolución admisorio dio inicio al procedimiento sancionador considerando únicamente que todos los procesos y procedimientos en conjunto podían afectar la competencia en el mercado, pero sin tomar en cuenta el fundamento objetivo a partir del análisis de los resultados de dichos procesos o de otros elementos indicadores, lo cual limita excesivamente el ejercicio de los derechos de acción y petición y supone la revisión por parte de los órganos de Indecopi de decisiones adoptadas por otras instancias judiciales o administrativas.
9. El 4 de marzo de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe 002-2010-INDECOPI/ST-CLC, recomendando declarar fundada la denuncia interpuesta en contra de Fetrans, Perurail y Peruval¹⁴ y sancionar a

¹⁴ En su opinión técnica, el órgano instructor de primera instancia propuso que se declare infundada la denuncia respecto de PTR, indicando al respecto que “(...) si bien PTR intervino mediante una oposición al otorgamiento del permiso de operación solicitado por Andean Railways, su participación ha sido muy limitada y circunscrita a una petición que no fue considerada ni valorada por la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC y que, por lo tanto, no podía generar un efecto restrictivo de la competencia. En tal sentido, aun cuando dicha empresa podría tener también un interés en beneficiar a las empresas de su grupo económico, no corresponde considerarla como partícipe de la conducta anticompetitiva llevada a cabo por ellas”.

las referidas empresas con una multa de 2 864,7 (dos mil ochocientos sesenta y cuatro coma siete) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT).

10. El 29 de marzo de 2010, Fetrans y Perurail presentaron un alegato conjunto al Informe 002-2010-INDECOPI/ST-CLC. Entre otros cuestionamientos a las conclusiones de la Secretaría Técnica de la Comisión, ambas empresas señalaron lo siguiente:

- (i) para determinar la existencia de una “unidad de dirección” entre las imputadas, no se debió utilizar la definición de grupo económico establecida en la Resolución SBS 445-2000, pues esta norma es de aplicación exclusiva a entidades sujetas a supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, siendo la Ley General de Sociedades la norma general aplicable a todas las sociedades mercantiles. Según el artículo 105 de la referida ley, que recoge el concepto de control societario, se verifica que Peruval no integra el mismo grupo económico que Fetrans y Perurail, ya que al ser propietaria de solo el 50% de sus acciones y tener el derecho a elegir a la mitad de miembros de sus directorios, se comprueba que no ostenta control sobre ellas;
- (ii) bajo los criterios fijados en la Resolución SBS 445-2000 tampoco existiría control directo o indirecto por parte de Peruval respecto de Fetrans y Perurail, ya que no tiene más de la mitad de los votos en sus Juntas Generales de Accionistas ni tampoco puede elegir o remover a la mayoría de sus directores, tener influencia decisiva sobre la mayoría de sus directorios, ni gobernar sus políticas económicas o financieras. El solo hecho de compartir directores comunes no es suficiente para que haya un gobierno de las políticas operativas por parte de Peruval;
- (iii) la necesidad de que los procesos o procedimientos cuestionados carezcan de un fundamento objetivo no solo ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional e internacional en materia de libre competencia, sino que también es un criterio que habría sido determinado por el Tribunal Constitucional. Así, en los casos conocidos por dicho colegiado, se aprecia que se configura un uso ilegítimo del derecho de acción o petición en la medida que los procesos carezcan evidentemente de fundamentos legales y sean manifiestamente improcedentes o infundados, por conocer el accionante de la ausencia de mérito de sus pretensiones o peticiones;
- (iv) no se puede pretender sancionar a las imputadas por procesos o procedimientos legales en los cuales han obtenido un resultado favorable;

- (v) el supuesto propósito anticompetitivo no se puede desprender del hecho que las imputadas hayan iniciado bajo el mismo o similar fundamento procesos o procedimientos legales en diferentes vías procedimentales. La interposición de más de una demanda en relación a aspectos vinculados es una legítima estrategia procesal; y,
 - (vi) la oposición al ingreso de nuevos operadores y el evitar que se reduzcan los requisitos técnicos y económicos para su acceso encuentra también fundamento si se tiene en cuenta que la verificación de que el material tractivo y rodante de otros operadores no asegura que no vaya a ocurrir accidente alguno en la vía. Además, el perjuicio económico siempre se encuentra latente para Fetrans, pues aun cuando en virtud al REA y al RNF existen pólizas de seguro que cubren los siniestros que sucedan en la ruta del FSO, estas otorgan una cobertura insuficiente¹⁵.
11. Asimismo, y con la finalidad de complementar sus alegatos, las imputadas presentaron los informes elaborados por el abogado constitucionalista Francisco José Eguiguren Praeli y por el abogado norteamericano Gary Sesser. En el primero de dichos informes se indicó que si bien el Tribunal Constitucional no había definido una regla general para identificar cuando un litigio o procedimiento responde a un ejercicio abusivo del derecho de acción o petición, sí se podía evidenciar a partir de algunas decisiones de dicho tribunal que el uso abusivo de estos derechos se configuraba solo frente a casos que han sido desestimados y en los cuales la autoridad señaló de manera expresa su carácter notoriamente improcedente o dilatorio.
12. Por su parte, Sesser manifestó que si la Comisión decidía tomar en cuenta los antecedentes jurisprudenciales desarrollados en el Derecho *Antitrust* de los Estados Unidos de América, debía ceñirse a lo resuelto por su Corte Suprema en el caso *PRE*, debiendo desestimar los criterios disidentes utilizados por otras cortes de apelación. En tal sentido, no se podía prescindir de la evaluación de la “ausencia de fundamento objetivo de la demanda”, siendo que si bien no era necesario esperar hasta la resolución final del proceso o procedimiento para determinar si una litigación es predatoria, cuando existía el resultado favorable de un litigio no se podía calificar el proceso o procedimiento como abusivo.
13. Mediante Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, la Comisión:

¹⁵ A tal efecto, Fetrans indicó que muchos de los usuarios de su servicio de transporte que podían sufrir daños personales eran turistas norteamericanos, los cuales podían activar demandas de responsabilidad civil en Estados Unidos de América en su contra (específicamente a Orient Express, sociedad que es accionista de Fetrans y que desarrolla actividades en dicho país). En tal sentido, adjuntó el documento denominado “Reporte de Evaluación de los casos de Responsabilidad Civil de Ferrocarriles emitido por Westlaw”, el cual da cuenta que las indemnizaciones dadas a norteamericanos que sufrieron daños personales en siniestros ferroviarios llegan hasta US\$ 46 000 000,00 para un solo pasajero, lo que demostraría que la póliza de daños de US\$ 20 000,00 que exigen las normas es insuficiente.

- (i) declaró infundada la solicitud de Peruval para que se declare improcedente la denuncia interpuesta por Apofer por la supuesta falta de legitimidad para obrar activa;
 - (ii) denegó las solicitudes de las imputadas para que se declare la nulidad de la Resolución 001-2009/ST-CLC-INDECOPI por la supuesta aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1034 y atipicidad de la conducta imputada, teniendo en cuenta que la estrategia de abuso de procesos legales es por naturaleza una infracción continuada que se materializa con el mantenimiento del proceso, siendo que el curso de las diversas acciones legales interpuestas por las denunciadas se mantuvo con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034;
 - (iii) declaró fundada la denuncia interpuesta por Apofer contra Fetrans, Perurail, Peruval y PTR por abuso de procesos legales en los mercados de administración ferroviaria y transporte ferroviario de pasajeros de la ruta FSO, considerando que todos los procesos y procedimientos habían sido iniciados de manera conjunta bajo un “interés o política común”, a través de acciones legales repetitivas y planteadas bajo un oportunismo dilatorio que evidenciaba un comportamiento secuencial y estratégico dirigido a bloquear el ingreso de competencia en el sector; y,
 - (iv) declaró que la infracción cometida por las imputadas era grave, sancionando a Perurail con una multa de 657,5 UIT y a las demás codenunciadas con una amonestación, e imponiéndoles como medida correctiva el cese del abuso de posición de dominio a través de una estrategia de abuso de procesos legales.
14. El 31 de mayo de 2010, Peruval apeló la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI reiterando los argumentos sostenidos en su escrito de descargos al haber sido desestimados por la Comisión. Entre otras alegaciones, manifestó que la primera instancia habría aplicado retroactivamente el Decreto Legislativo 1034 para sancionar actos ocurridos con anterioridad a su vigencia, vulnerando con ello el principio constitucional de irretroactividad de las normas y las garantías del procedimiento administrativo sancionador. Finalmente, cuestionó el marco conceptual aplicado por la Comisión para analizar la denuncia, por considerar que –en concordancia con el precedente jurisprudencial norteamericano en el caso *PRE*– debió evaluar si los procesos judiciales o administrativos iniciados por cada una de las denunciadas tenían una causa probable o sustento objetivo, y solo en caso de no presentarse dicho elemento, evaluar la intencionalidad de la conducta.
15. En la misma fecha, PTR apeló la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI recogiendo los argumentos sostenidos por Peruval durante el procedimiento en lo referido a que la vinculación societaria resulta insuficiente para atribuirle

responsabilidad y que no participa del mercado relevante. De otro lado, enfatizó que la sola oposición al otorgamiento del permiso de operación solicitado por Andean Railways por no cumplir con los requisitos establecidos en el RNF constituye un ejercicio legítimo del derecho de petición, en particular, si fue estimada en segunda instancia por el MTC. Por último, cuestionó el marco de análisis aplicado por la Comisión por las mismas consideraciones expuestas por Peruval.

16. El 31 de mayo de 2010, Fetrans y Perurail apelaron la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI, solicitando que la Sala declare su nulidad o, de manera subordinada la revoque en todos sus extremos y, reformándola, la declare infundada, entre otras, por las siguientes consideraciones:

- (i) la Comisión ha vulnerado los principios de legalidad y causalidad, al haber creado un concepto de interés común que no tiene asidero jurídico e inventar un único sujeto infractor para sustentar la responsabilidad de las imputadas por conductas que les son ajenas. Ello vicia de nulidad el procedimiento y vulnera su derecho de defensa, toda vez que se deja de lado el concepto de grupo económico empleado en la resolución de admisión a trámite para procesar conjuntamente a las investigadas, pese a que esta figura es la única recogida en el Decreto Legislativo 1034;
- (ii) el marco legal y constitucional peruano, así como la legislación comparada y su jurisprudencia establecen de forma unánime que para que se configure un abuso de procesos legales se debe verificar que las acciones objetivamente carezcan de todo fundamento y que se trate de un intento por interferir con el proceso competitivo. Estas condiciones, que han sido dejadas de lado en el análisis de la Comisión, no se presentan en las medidas legales materia de denuncia;
- (iii) conforme a lo sostenido durante el procedimiento, todos los procesos judiciales y procedimientos administrativos iniciados encuentran un fundamento objetivo. A su vez, la Comisión no ha valorado la existencia de pronunciamientos favorables que revelan la expectativa razonable de triunfo, que los beneficios hayan superado los costos de interposición de las medidas legales y que estas últimas no afectaron la competencia;
- (iv) la resolución apelada desnaturaliza la infracción de abuso de posición de dominio, pues toda vez que se trata de empresas independientes que actúan en distintos mercados y que han ejercido de manera autónoma sus derechos de acción y petición, no es posible que se configure dicho abuso. La Comisión considera que todas han llevado a cabo una sola práctica abusiva, sin señalar cuál es la posición de dominio de la cual se

habría abusado y quién o quiénes la ostentan, lo que configura una falta de motivación en la decisión y genera indefensión a las denunciadas;

- (v) la decisión impugnada vulnera los principios de licitud y verdad material al sustentarse en un solo indicio –la multiplicidad de procesos con argumentos similares– para concluir que se ha cometido una infracción, sin analizar los medios probatorios presentados. A su vez, no ha acreditado que se haya generado una afectación a la competencia, lo cual es una condición necesaria para que se configure la conducta imputada;
 - (vi) se aplicó retroactivamente el Decreto Legislativo 1034, pues todos los procesos y procedimientos cuestionados fueron iniciados antes de la vigencia de dicha norma. A diferencia de lo sostenido en la resolución apelada, no se trata de una infracción continuada pues la consumación del abuso de procesos legales imputado se habría producido a más tardar, con la incoación del último proceso o procedimiento destinado a implementar la supuesta estrategia predatoria; y,
 - (vii) sin perjuicio de ello, el Decreto Legislativo 701 –norma vigente durante la comisión de los hechos denunciados– no cuenta con disposición alguna que sancione expresamente el abuso de procesos legales, siendo que la cláusula general de los artículos 3 y 5 no resultaría aplicable al no cumplir con las exigencias del principio de tipicidad.
17. Fetrans y Perurail adjuntaron a sus recursos impugnativos los informes elaborados por los abogados Juan Monroy Gálvez, Jorge Danós Ordoñez y Francisco Eguiguren Praeli, así como el Memorándum elaborado por la firma estadounidense *Carter Ledyard & Milburn LLP Counselors at Law*, los cuales fundamentan sus cuestionamientos a la resolución apelada.
 18. El 21 de septiembre de 2010, Peruval y PTR absolvieron el traslado de las apelaciones interpuestas por las otras empresas recurrentes, coincidiendo en lo que les resultaba aplicable con los fundamentos de dichos recursos y reiterando los argumentos que sustentan sus impugnaciones.
 19. Por escrito del 21 de septiembre de 2010, Apofer absolvió el traslado de la apelación y solicitó a la Sala que desestime los recursos presentados por las denunciadas al encontrarse de acuerdo con el pronunciamiento emitido por la Comisión.
 20. El 2 de marzo de 2011, Fetrans presentó un escrito ante la Sala, mediante el cual informó que por Adenda N° 4 elevada a Escritura Pública el 25 de enero de 2011 se modificó el Contrato de Concesión del FS y FSO suscrito con el Estado Peruano, eliminándose las cláusulas que establecían la

responsabilidad solidaria del concesionario con respecto a todos los operadores del servicio de transporte de pasajeros y carga en las vías del FS y FSO, y limitando su responsabilidad únicamente en lo que concierne a su operador vinculado Perurail. A criterio de la recurrente, esta modificación efectuada a solicitud del concesionario es una prueba sobreviniente trascendental, en tanto evidencia el legítimo interés que tenía al interponer las medidas legales cuestionadas en el procedimiento.

21. El 18 de marzo de 2011, Fetrans solicitó a la Secretaría Técnica de la Sala se sirva conceder una reunión con sus representantes, a efectos de explicar los fundamentos que sustentan su recurso de apelación.
22. Previa convocatoria a todas las partes del procedimiento, el 15 de abril de 2011 se llevó a cabo la reunión solicitada con la Secretaría Técnica de la Sala, a la cual asistieron los representantes de Fetrans y Peruval.
23. Por escrito del 20 de abril de 2011, Peruval solicitó que se le conceda a sus representantes el uso de la palabra a efectos de informar ante la Sala los argumentos que sostienen su posición.
24. El 6 de junio de 2011, Fetrans presentó un escrito ante la Sala reiterando los fundamentos que sustentan su apelación y solicitó que se conceda a sus representantes el uso de la palabra. Asimismo, adjuntó una relación de los procesos judiciales y procedimientos administrativos cuestionados, efectuando una descripción de su estado a la fecha.
25. El 21 de junio de 2011, el MTC presentó un escrito al cual adjuntó la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el marco del Expediente 00051-2011-PA/TC, mediante la cual se declara infundada la demanda de amparo interpuesta por Peruval contra el Decreto Supremo 031-2007-MTC que modificó el RNF.
26. El 19 de julio de 2011 se llevó a cabo la audiencia de informe oral ante la Sala, a la cual asistieron los representantes de ambas partes del procedimiento.

II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

27. Luego de analizar los actuados y los argumentos planteados en las apelaciones, corresponde determinar lo siguiente:
 - (i) si se debe declarar la improcedencia de la denuncia interpuesta por Apofer por carecer de legitimidad para obrar activa;
 - (ii) si las imputadas pueden ser tratadas como un único sujeto infractor;

- (iii) si se debe declarar la nulidad del procedimiento debido a la presunta aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1034;
- (iv) si la Comisión delimitó debidamente el mercado relevante en el que se produce la práctica denunciada y, por ende, el agente que ostenta posición dominante; y,
- (v) si se configura un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de litigación predatoria y, de ser el caso, la sanción aplicable.

III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 De la improcedencia de la denuncia alegada por Peruval

- 28. En su apelación, Peruval cuestionó el extremo de la resolución apelada que declaró infundada su solicitud para que se declare improcedente la denuncia interpuesta por Apofer, por carecer esta última de legitimidad para obrar activa. La Comisión determinó que contrariamente a lo sostenido por la apelante, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034¹⁶ establece quiénes pueden ser calificados como sujetos infractores, pero no exige legitimidad alguna para interponer denuncias por la comisión de conductas anticompetitivas.
- 29. A criterio de la recurrente, la Comisión incurre en una interpretación errónea pues el artículo 2 antes señalado no establece una distinción entre los sujetos infractores y los sujetos afectados. Por ende, sostiene que dicha disposición le resulta aplicable a la denunciante, quien al no encontrarse en alguna de las calificaciones descritas en la norma, no estaba legitimada para interponer la denuncia.
- 30. Sobre el particular, la Sala coincide con lo señalado en la resolución apelada, en lo referido a que la norma en cuestión no regula un supuesto de legitimidad para obrar activa en el procedimiento sancionador por la comisión de conductas anticompetitivas. Al establecer el ámbito de aplicación subjetivo

¹⁶

DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

- 2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.
- 2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en éstas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.
- 2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término "agente económico".

También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

de la ley, la norma se ha limitado a señalar quiénes son los sujetos que pueden calificar como infractores y, por tanto, aquellos que son pasibles de ser sancionados por infringir el Decreto Legislativo 1034.

31. La ley de competencia ha delimitado dicho aspecto al determinar que se aplica a personas naturales y jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos y, en general, aquellos sujetos que, con o sin fines de lucro, oferten o demanden bienes o servicios en el mercado; es decir, a quienes realicen actividades económicas –esto es, aquellas actividades que inciden en el proceso competitivo–, y en virtud a ello, puedan ser calificados como agentes económicos.
32. Por el contrario, de la revisión de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034, se verifica que no se requiere de una legitimidad activa particular –a manera de ejemplo, la existencia de una relación de competencia o de consumo, o la calidad de entidad encargada de defender los intereses difusos del mercado presuntamente afectado– para interponer una denuncia por la comisión de prácticas anticompetitivas.
33. La existencia de una legitimidad abierta obedece a que el objeto de protección de la ley es el bien jurídico “competencia” o, dicho de otra manera, el adecuado y eficiente funcionamiento del proceso competitivo¹⁷, materia que interesa al orden público. Por tanto, si bien corresponde a la autoridad la titularidad de oficio para iniciar los procedimientos¹⁸ y el impulso de las investigaciones¹⁹, cualquier administrado en general está facultado para interponer una denuncia si advierte la presunta comisión de conductas contrarias a la libre competencia.

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 1. Finalidad de la presente Ley.-** La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

¹⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento.-**
18.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte.
(...)

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-**
15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
a) Efectuar investigaciones preliminares;
b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;
c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes las denuncias, según corresponda;
d) Solicitar a la Comisión el dictado de una medida cautelar;
(...)

34. Sin perjuicio de ello, corresponde a la autoridad de competencia evaluar si se cumplen con los requisitos de admisibilidad establecidos en la ley²⁰, entre ellos, verificar si existe mérito suficiente para impulsar la denuncia de parte luego de evaluar que se presenten indicios razonables de la infracción.
35. En tal sentido, ante las alegaciones de Peruval referidas a que el denunciante debe acreditar un interés legítimo, corresponde precisar que ello no resulta necesario pues aquel tiene legitimidad abierta y en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.2 del Decreto Legislativo 1034²¹ ostenta la calidad de colaborador en el procedimiento. Así, el interés legítimo al que se refiere el artículo 21.5 de la misma ley²² solo es exigible a cualquier otro tercero distinto al denunciante que pueda apersonarse con posterioridad al procedimiento, oportunidad en la cual la autoridad evaluará su incorporación.
36. Por lo expuesto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la solicitud de Peruval para que se declare improcedente la denuncia interpuesta por Apofer por falta de legitimidad para obrar activa.

III.2 Sobre la calificación del sujeto infractor

III.2.1 El grupo económico como sujeto pasivo de infracciones a las normas de libre competencia

37. El artículo 230 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General– establece, entre otros principios, el de causalidad o personalidad de las infracciones, en virtud del cual *“La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”*.

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-** La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

- (a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.
- (b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.
- (c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.
- (d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento.-**
(...)

- 18.2. En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio.

²² **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 21.- Resolución de inicio de procedimiento.-**
(...)

- 21.5. Admitida a trámite la denuncia, si la Secretaría Técnica lo considera pertinente, publicará una nota sucinta sobre su objeto, de manera que cualquiera con interés legítimo pueda apersonarse al procedimiento o simplemente aportar información a la investigación. Dicha nota se publicará en la página web del INDECOPI, en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional.

38. Esta garantía es una expresión del principio de culpabilidad. Según el Tribunal Constitucional, ello supone que el gravamen que la sanción representa, por regla general, solo puede recaer individualmente sobre aquellas personas naturales o entidades que han participado materialmente en la realización de los hechos calificados como punibles, no admitiéndose que se establezcan responsabilidades por el acto u omisión de un deber jurídico incurrido por otro sujeto²³.
39. Pese a esta regla general, el Decreto Legislativo 1034 establece que el ámbito de aplicación subjetivo de la norma, esto es, los posibles sujetos que pueden ser considerados como infractores, se extiende no solo a las personas naturales o entidades individualmente consideradas, sino también a aquel conjunto de empresas que se encuentren comprendidas bajo la figura denominada “grupo económico”. En efecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034 establece expresamente esta excepción al principio de personalidad de la infracción en los siguientes términos:

“2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

(...)

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término “agente económico”. También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico”. (subrayado agregado)

40. La doctrina societaria define al grupo económico como aquel conjunto de empresas que si bien mantienen una personalidad separada, desarrollan una política societaria común al encontrarse sujetas a determinados vínculos de subordinación que generan que todas actúen bajo una dirección uniforme²⁴.

²³ En la Sentencia emitida en el Expediente 2868-2004-AA/TC el 24 de noviembre de 2004, el Tribunal Constitucional señaló que “(...) un límite a la potestad sancionadora del Estado está representado por el principio de culpabilidad (...) En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable”.

²⁴ Le Pera sostiene que el “grupo económico”, “empresas de grupo” o “Konzern” según la terminología utilizada en el derecho societario alemán, “ocurre cuando varias empresas están sujetas a una dirección uniforme. Empresas dominantes y dominadas; empresas vinculadas por un contrato de dominación; y empresas integradas constituyen, o se presume que constituyen, un Konzern”. LE PERA, Sergio. *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, p. 150.

Por su parte, Richard y Muiño señalan que el grupo económico se produce cuando “(...) las administraciones de varias sociedades [que mantienen su personalidad jurídica diferenciada] desarrollan una política común por existir vínculos de subordinación”. RICHARD, Efraín Hugo y Orlando Manuel MUIÑO. *Derecho Societario. Sociedades*

41. Es esta característica la que permite que un grupo económico pueda ser considerado excepcionalmente como un único sujeto infractor bajo las normas de represión de conductas anticompetitivas. Ello debido a que la lógica que subyace a la aplicación de la ley de libre competencia es tutelar el proceso competitivo frente a las conductas de aquellos agentes que concurren en los mercados como un único centro de imputación de intereses y realicen prácticas unilaterales abusivas, o actuaciones colusorias con otros agentes económicos.
42. La figura del grupo económico como sujeto infractor en el ámbito del derecho de la competencia ha sido plenamente aceptada no solo en la jurisprudencia comparada²⁵, sino que también en el marco de los procedimientos seguidos bajo la aplicación del derogado Decreto Legislativo 701, la Comisión y la Sala han reconocido de manera uniforme que ante la evidencia de un grupo económico se está frente a un solo agente²⁶.
43. No obstante esta experiencia, las normas de libre competencia no contienen una disposición que desarrolle el concepto de grupo económico. Asimismo, la Ley General de Sociedades tampoco aborda la figura ni tampoco existe algún otro cuerpo normativo especial que regule el supuesto de manera general y abstracta para todos los casos y sujetos.

comerciales, civil y cooperativa. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 701.

²⁵ La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.* emitido en el año de 1984 (467 U.S. 752), denegó la aplicación del artículo 1 de la *Sherman Act* que proscribe los acuerdos colusorios entre competidores, estimando que sociedades de un mismo grupo económico no podían ser considerados agentes diferentes sino una única firma. En palabras del referido tribunal, "(...) la actividad coordinada de una matriz y de su subsidiaria debe ser analizada como la actuación de una sola empresa bajo los propósitos del artículo 1 de la *Sherman Act*. La matriz y su subsidiaria tienen una completa unidad de intereses. Sus objetivos son comunes y no dispares; sus acciones corporativas en general se encuentran guiadas o determinadas no por dos voluntades corporativas, sino por una".

Traducción libre del siguiente texto: "(...) the coordinated activity of a parent and its wholly owned subsidiary must be viewed as that of a single enterprise for purposes of § 1 of the *Sherman Act*. A parent and its wholly owned subsidiary have a complete unity of interest. Their objectives are common, not disparate; their general corporate actions are guided or determined not by two separate corporate consciousnesses, but one".

Por su parte, a nivel europeo, en el Asunto 15/74, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper vs. Sterling Drug Inc.*, el Tribunal de Justicia también estableció que la norma comunitaria de competencia que proscribe los acuerdos restrictivos no era aplicable a empresas que pertenecen a un mismo grupo económico, entendiéndose por tal a aquel en que existe una o más sociedades subsidiarias que dependen de otra sociedad controladora para determinar su estrategia en el mercado.

²⁶ La Sala, en la Resolución 028-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008, descartó la posibilidad de que exista un acuerdo colusorio vertical entre empresas de la cadena logística de las operaciones portuarias del Terminal Portuario del Callao, dado que formaban parte de un mismo grupo económico o unidad de decisión.

Asimismo, la Comisión también ha emitido reiterados pronunciamientos en los cuales indicó que no correspondía sancionar por licitaciones colusorias a empresas que debían ser tratadas no como competidoras sino como una única unidad económica al formar parte de un mismo grupo económico. Ver: Resolución 007-2011/ST-CLC-INDECOPI, Resolución 004-2011/ST-CLC-INDECOPI, Resolución 014-2010/ST-CLC-INDECOPI, 003-2010/ST-CLC-INDECOPI, entre otras.

44. Frente a este vacío normativo resulta útil recurrir supletoriamente a la Resolución SBS 445-2000, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP el 28 de junio de 2000 (en adelante, la Resolución de la SBS), norma sectorial que en su artículo 8 contiene la siguiente definición de grupo económico:

*“Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.
(...)”*

45. De la definición citada se desprende que existe un elemento central constitutivo del concepto de grupo económico y es el control que ejerce una persona natural o jurídica sobre una o varias personas jurídicas²⁷.
46. Al respecto, la Resolución de la SBS también contiene en su artículo 9 una definición de lo que se comprende por control, entendido como tal la influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de gobierno de otra persona jurídica²⁸.
47. A través de diversos pronunciamientos el Indecopi ha desarrollado el concepto de control²⁹. Así, ha establecido que se entiende por tal la capacidad del agente controlante de influir permanentemente sobre la actividad y las decisiones de la empresa controlada relacionadas con su estrategia competitiva. Como ya ha señalado la Sala a través de una reciente resolución³⁰, tales decisiones son, entre otras, las siguientes: aprobación del presupuesto de la empresa, establecimiento de su programa de actividad (plan estratégico), definición de planes de inversión, nombramiento del personal directivo (principales gerentes y funcionarios, así como miembros del Directorio).

²⁷ Esta definición es coincidente con la establecida en el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos de la CONASEV, aprobado por Resolución Conasev 90-2005-EF/94.10, cuyo artículo 7 señala que “Grupo Económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales.”

²⁸ **RESOLUCIÓN SBS 445-2000, Artículo 9.- Control.-** Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.
(...)

²⁹ Ver, por ejemplo, los pronunciamientos mencionados en la nota al pie número 4, así como la Resolución 012-99-INDECOPI/CLC, publicada por el Directorio del Indecopi el 4 de febrero de 2000, emitida en el procedimiento de autorización previa de las operaciones de concentración relacionadas con la adquisición de acciones de Enersis S.A.

³⁰ Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI del 5 de abril de 2011, correspondiente al procedimiento sancionador seguido de oficio contra Enel S.p.A.

48. Ahora bien, el propio artículo 9 de la Resolución de la SBS, en su segunda parte, desarrolla las dos modalidades de control: el control directo y el control indirecto.³¹
49. El primero de estos supuestos, el control directo, se refleja en la tenencia de más de la mitad del derecho de voto en la junta general de accionistas o socios; mientras que el control indirecto se da cuando el controlante, si bien no cuenta con más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas, tiene la capacidad de influir de manera determinante en la conformación de los órganos de gobierno o la capacidad de dirigir, organizar, crear o dar forma a las políticas operativas y financieras de las sociedades controladas.
50. Como se aprecia, el concepto de control como es concebido en la Resolución de la SBS responde a una visión funcional, en la cual lo relevante es determinar la dirección uniforme de las estrategias competitivas de las empresas, con independencia de si el controlante ejerce esa potestad a partir de la titularidad de más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas. De tal manera, esta definición de control es, a efectos de la aplicación de las normas *antitrust*, mucho más precisa que la prevista en el artículo 105 de la Ley General de Sociedades³², para la cual el control se evidenciaría solo a partir de una mayoría accionaria o del derecho a elegir la mayoría del directorio, apartándose así de una valoración del real funcionamiento de las unidades económicas.
51. En conclusión, aquel conjunto de empresas que se encuentren sujetas a la misma fuente de control bajo los términos desarrollados en la Resolución de la SBS, tendrán la calificación de grupo económico. Y, en ese sentido, podrán ser consideradas como un único actor o agente económico susceptible de ser sujeto infractor bajo lo dispuesto excepcionalmente en el Decreto Legislativo 1034.
52. Del mismo modo, debe tenerse presente que de acuerdo con un principio general del derecho recogido en el artículo IV del Código Civil, las normas excepcionales no admiten analogías³³ y, por tanto, se requiere adoptar una

³¹ **RESOLUCIÓN SBS 445-2000, Artículo 9.- Control.-** (...) El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio. Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.

³² **LEY GENERAL DE SOCIEDADES, Artículo 105.- Control indirecto de acciones.-** (...) Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones.

³³ **CÓDIGO CIVIL, Artículo IV.-** La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

lectura estricta de estas³⁴. Lo cual, en el caso concreto, supone atender a la literalidad del artículo 2 del Decreto Legislativo 1034, que textualmente se restringe a la figura de grupo económico como único escenario bajo el cual una agrupación de empresas con personalidad jurídica distinta pueden ser tratadas como un único agente económico, esto es, centro de imputación de responsabilidad bajo la ley de defensa de la competencia.

53. Teniendo en cuenta las reglas para calificar como sujeto pasible de la infracción a un conjunto de empresas en la medida que sean grupo económico, a continuación corresponde analizar si Peruval, PTR, Fetrans y Perurail están comprendidas de manera conjunta en dicha calificación.

III.2.2 Aplicación al presente caso

54. La resolución de admisión a trámite y el informe técnico emitidos por la Secretaría Técnica de la Comisión calificaron los litigios y procedimientos iniciados por Peruval, PTR, Fetrans y Perurail como una presunta estrategia de abuso de procesos legales realizada a título de grupo económico. No obstante, la resolución final determinó sancionarlos considerando que habían actuado como un conjunto de empresas bajo la figura de “interés común”.
55. Así, en su pronunciamiento la primera instancia indicó expresamente que *“discrepaba de la necesidad de analizar la existencia de un grupo económico expuesta en el Informe Técnico”*, concluyendo finalmente, a partir de la revisión de las relaciones de propiedad, gestión y otras actuaciones materiales evidenciadas del curso de ciertos procesos, que todas las sociedades actuaban guiadas por una política o interés común.
56. En sus apelaciones, tanto Fetrans como Perurail han señalado que al variar la imputación de cargos para utilizar el concepto de “interés común”, la Comisión incorporó dentro del ámbito de aplicación subjetivo de las normas de libre competencia una figura que carece de asidero legal en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034. En ese sentido, sostienen que la Comisión actuó fuera de los principios de legalidad y seguridad jurídica, entablando una relación procesal inválida, toda vez que un grupo de empresas solo podía ser calificado como sujeto infractor si se encontraba dentro de la definición de grupo económico.
57. Sobre el particular, en concordancia con lo explicado en el marco teórico de este apartado, de acuerdo con la ley el escenario permitido para sancionar a

³⁴ Para Marcial Rubio, *“El sentido del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, rectamente entendido en función de los precedentes doctrinales, debe ser el de impedir toda aplicación de normas restrictivas o excepcionales que no sea la proveniente de la interpretación estricta (y eventualmente la interpretación restrictiva).”* Asimismo, agrega que por interpretación estricta, *“el intérprete no añade ni quita, no aumenta ni disminuye los márgenes de aplicación de la norma”*. RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1996, pp. 90-95.

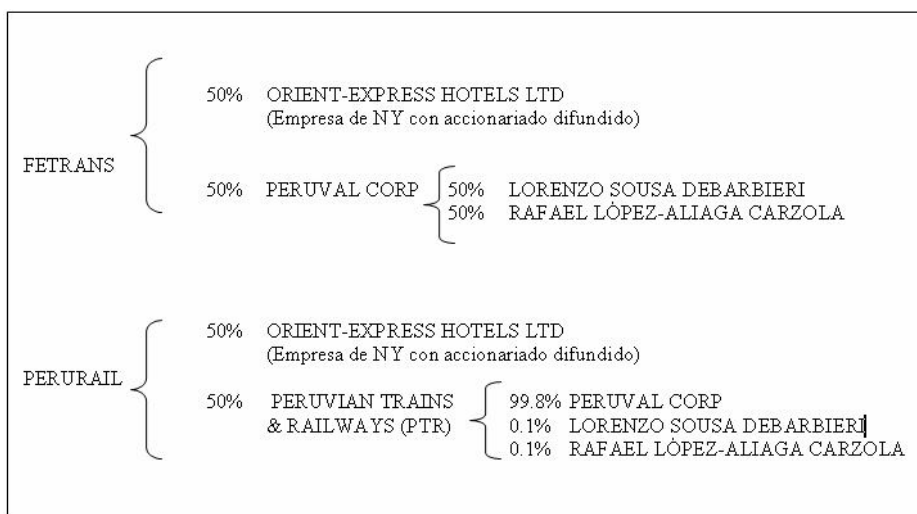
un conjunto de empresas como si fueran un único agente es la figura de grupo económico, esto es, aquella agrupación de empresas unida por un designio común que se evidencia a partir del control que ejerce el controlante sobre las sociedades controladas.

58. De tal manera, si se revisa la caracterización que la Comisión efectuó del concepto de interés común, se aprecia que este no permite calificar a un grupo de empresas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la norma, ya que como se ha considerado expresamente en el punto 40 de la decisión impugnada, el interés común es aquella comunidad de intereses en la que no existe técnicamente control, el cual es el factor decisivo que debe configurarse para que exista un grupo económico.
59. En esa misma línea, la doctrina también distingue claramente las figuras de grupo económico e interés común. Así, Messineo sostiene que el interés común, co-interés o comunidad de intereses, es un *“fenómeno próximo pero no idéntico al grupo”*, pues si bien en esta figura cada empresa participa de manera más o menos intensa de la suerte de la otra por sus vínculos económicos y porque comparten riesgos y beneficios, no existe, a diferencia del grupo económico, una controlante del grupo que tenga injerencia y dirija la marcha de las otras empresas a fin de asegurar una actuación uniforme³⁵.
60. Por todo ello, esta Sala comparte los argumentos de las apelantes y considera que, al utilizar el concepto de interés común, la Comisión excedió el catálogo de sujetos pasibles de infracción previsto en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034. En tal sentido, este colegiado considera que para evaluar la procedencia de la imputación por abuso de posición de dominio seguida contra Peruval, PTR, Fetrans y Perurail, se debe efectuar el análisis desde la óptica del concepto de grupo económico previsto en la Resolución de la SBS.
61. Al respecto, como se señaló en el marco teórico, el rasgo distintivo del grupo económico es la unidad de decisión que se deriva de la capacidad del agente controlante de influir decisivamente sobre las decisiones estratégicas de las empresas controladas, y que se manifiesta vía un control directo o indirecto. Por ello, corresponde analizar la estructura societaria y la composición de los directorios de estas empresas para determinar si se verifican estos supuestos:

³⁵

Cfr. MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, Tomo VI, 1955, pp. 19-20.

Gráfico 1
Composición accionarial de Fetrans, Perurail, Peruval y PTR



Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Cuadro 1
Relación de Directores de Fetrans y Perurail

2003 a 2006	2006 a 2007	2007 a 2009
Lorenzo Sousa Debarbieri	Lorenzo Sousa Debarbieri	Lorenzo Sousa Debarbieri
Rafael López Aliaga Cazorla	Rafael López Aliaga Cazorla	Rafael López Aliaga Cazorla
Lorena Sousa Debarbieri	Lorena Sousa Debarbieri	Lorena Sousa Debarbieri
Paul White	Paul White	Paul White
Philip Calvert	Filip Boyen	Filip Boyen
Simon Sherwood	Simon Sherwood	Laurent André Carrasset

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

Cuadro 2
Relación de Directores de Peruval

Noviembre de 2004 a 2009	
Rafael López Aliaga Carzola	Presidente
Lorenzo Sousa Debarbieri	Director
Ramón Lima Camargo	Director

Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

62. Si se aprecia la composición accionarial del conjunto de empresas investigadas, así como la relación de directores de Fetrans, Perurail y Peruval, se puede concluir, en primer lugar, que tanto Peruval como PTR responden idénticamente a los intereses de los señores Rafael López Aliaga Cazorla (en adelante, el señor López Aliaga) y Lorenzo Sousa Debarbieri (en adelante, el señor Sousa), configurándose como una unidad de decisión controlada de manera directa y exclusiva por ambas personas naturales.

63. Asimismo, se desprende de los cuadros que el 50% del accionariado de Fetrans y Perurail, responde a Peruval y PTR, respectivamente, o, lo que es lo mismo, a los señores López Aliaga y Sousa. De otro lado, según los estatutos de Fetrans y Perurail, las decisiones al interior de la Junta General de Accionistas de dichas sociedades³⁶ deben ser adoptadas siempre de manera conjunta y concertada con el grupo que maneja el resto del 50% del accionariado (Orient – Express Hotels Ltd.).
64. Con ello se puede afirmar que los señores López Aliaga y Sousa, vía PTR y Peruval, ejercen un manejo compartido o un control conjunto de Fetrans y Perurail con Orient – Express Hotels Ltd.
65. Esta equiparación de fuerzas en la toma de decisiones genera que toda decisión que pretenda implementarse al interior de Fetrans y Perurail pase necesariamente por la aprobación de los señores López Aliaga y Sousa, quienes tienen la capacidad de rechazar cualquier decisión estratégica propuesta que no satisfaga su interés.
66. De ello se advierte que todo acuerdo que se adopte en Fetrans y Perurail, al ser consensuado entre Orient Express Hotels Ltd. y las sociedades controladas (según corresponda, PTR o Peruval) por los señores López Aliaga y Sousa, representa el designio de estos últimos. Así las cosas, toda conducta estratégica implementada o dejada de implementar responde a la voluntad de ambas personas naturales, por lo que se puede afirmar que respecto de Fetrans y Perurail se presenta un control indirecto de parte de los señores López Aliaga y Sousa, que es aquel supuesto en que se tiene la capacidad de gobernar las políticas operativas y/o financieras de determinadas empresas aun cuando no se ejerza más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.
67. De lo expuesto, se concluye que bajo las definiciones establecidas en la Resolución de la SBS, tanto Peruval, PTR, Fetrans y Perurail constituyen empresas que forman parte del mismo grupo económico que representa el designio común de los señores López Aliaga y Sousa.
68. Peruval y PTR han pretendido desvirtuar esta conclusión alegando en su apelación que la unidad de intereses que se desprendía del concepto de grupo económico no era tal, pues bajo un designio común entonces todas las empresas involucradas hubieran iniciado exactamente todos los mismos procesos y procedimientos administrativos.

³⁶ En el caso de Fetrans, el artículo 36 de su estatuto dispone que: "Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en la Junta". Similar disposición se encuentra en el artículo 19 del Estatuto de Perurail: "Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones con derecho a voto representadas en la junta."

69. Este argumento de impugnación debe ser desestimado pues, precisamente, en el marco de un grupo económico integrado por distintas personas jurídicas, la unidad de dirección puede decidir no duplicar sino distribuir procedimientos, adoptando una estrategia procesal consistente en la iniciación de determinadas medidas legales por parte de algunos y no por otros. Así, aunque la iniciación y el impulso de las diversas medidas legales hayan sido asumidos indistintamente entre las diversas empresas del grupo, ello no descarta que se encuentren guiados por una única política estratégica.
70. En conclusión, se aprecia que entre PTR, Peruval, Fetrans y Perurail existe una unidad de dirección bajo la figura de grupo económico y, por tanto, deben ser tratadas como un único sujeto infractor. Si bien la Comisión incurrió en un vicio al transgredir el principio de congruencia, ya que utilizó finalmente la figura de “interés común” a pesar de que esta no había sido siquiera imputada ni mencionada en el Informe Técnico, se aprecia que este es un vicio que no acarrea la nulidad del acto y que este último debe ser conservado. Ello en la medida que se ha llegado a la misma conclusión (que las empresas actuaron como una unidad) y las imputadas han ejercido su derecho de defensa respecto de su calificación como grupo económico, siendo sus argumentos valorados por esta instancia³⁷.
71. Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los cuestionamientos formulados por Fetrans, Perurail, Peruval y PTR, toda vez que ha quedado acreditado que dichas empresas debían ser tratadas como un único sujeto infractor en el marco de la denuncia de abuso de procesos legales iniciada en su contra.

III.3 La ley aplicable a los hechos denunciados

72. En la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI, la Comisión consideró que la infracción imputada tiene naturaleza continuada toda vez que los procesos judiciales y los procedimientos administrativos incoados, si bien iniciados bajo la vigencia del derogado Decreto Legislativo 701, se mantuvieron incluso con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034, por lo que correspondía aplicar esta última ley.

³⁷

LEY 27444, Artículo 14.- Conservación del acto.-

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

(...)

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

(...)

73. A criterio de la primera instancia, el inicio de una acción legal, su mantenimiento en el tiempo, así como las posteriores solicitudes o peticiones al interior de un proceso legal, pueden constituir expresiones de una sola estrategia dirigida a afectar la competencia. Agregó que si bien todas esas manifestaciones pueden sucederse en el tiempo, responderían a una sola resolución o voluntad anticompetitiva de impedir, retrasar o desincentivar la competencia.
74. En su apelación, las recurrentes alegaron que la Comisión aplicó retroactivamente el Decreto Legislativo 1034 para sancionar hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, por lo que vulneró el principio constitucional de irretroactividad de las normas y las garantías que rigen el procedimiento administrativo sancionador. Contrariamente a lo sostenido en la resolución apelada, manifiestan que la conducta denunciada no constituye una infracción continuada pues la consumación del abuso de procesos legales imputado se habría producido, a más tardar, con la incoación del último proceso o procedimiento destinado a implementar la supuesta estrategia predatoria y no así con el mantenimiento de los litigios. En tal sentido, las apelantes sostienen que el abuso de procesos legales constituye una “infracción instantánea” cuyos efectos se producen en el tiempo sin necesidad de intervención activa del autor para mantener dichos efectos.
75. Según se desprende de lo expuesto, la materia controvertida en este punto consiste en determinar si la conducta de abuso de procesos legales tiene naturaleza instantánea o si se asemeja a la figura de las infracciones continuadas. A partir de ello, y tomando en consideración el principio de irretroactividad de las normas que rige la potestad sancionadora de la Administración³⁸, se podrá establecer cuál es la norma aplicable a la conducta imputada.
76. Al respecto, a nivel de la doctrina en derecho penal –derecho sancionador por antonomasia– existe consenso en señalar que la figura del delito continuado presenta elementos de carácter objetivo y subjetivo. Aquellos elementos de naturaleza objetiva son: (i) la pluralidad de acciones; (ii) la

³⁸

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.

LEY 27444, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

(...)

pluralidad de violaciones a la misma ley, de modo que cada una de las acciones constituya una previsión típica; y, (iii) el contexto temporal de la realización de las acciones, es decir, se sanciona con una misma pena diferentes actos particulares cometidos en el mismo momento o en momentos diversos que se estiman continuados y constituyen un solo delito. Por su parte, el elemento subjetivo que caracteriza este tipo de delito es la unidad de resolución criminal.³⁹

77. A partir de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 y la aplicación jurisprudencial del Decreto Legislativo 701 –la anterior ley de libre competencia–, para que se configure un supuesto de abuso de procesos legales se requiere que el presunto agente dominante utilice una pluralidad de procesos judiciales o procedimientos administrativos unidos por una sola resolución infractora: restringir o afectar la competencia. Esto es, el hecho infractor no se consuma con un solo acto –criterio determinante para calificar una conducta como infracción instantánea conforme a las reglas establecidas en el Pleno Jurisdiccional Penal de Ica realizado en 1998⁴⁰–, sino que como se desprende de su propia configuración legal, requiere de una pluralidad de acciones para su consumación.
78. Del mismo modo, a diferencia de lo que sucede en el delito instantáneo, en los casos de litigación predatoria sí depende de la voluntad del autor el mantener el curso de los procesos incoados. Ciertamente, en el abuso de procesos legales es la subsistencia de la práctica lo que posibilita la afectación de la competencia. Así, si una empresa quiere desincentivar o impedir el ingreso de competidores al mercado, podría optar por una estrategia de iniciar una serie de procesos y mantenerlos vigentes con la finalidad que su tramitación y duración generen mayores costos para sus competidores. La vigencia de estos procesos es lo que puede incrementar el efecto restrictivo a la competencia, por lo que mantener su tramitación y no solo iniciarlos resulta una manifestación de la infracción.
79. De esta manera, las solicitudes al interior de un proceso pueden generar un efecto restrictivo, pues en la medida que dilatan su resultado, dicha situación podría terminar retrasando o desincentivando el ingreso de un competidor al mercado. Atendiendo a ello, la Sala no comparte la posición de las recurrentes respecto a que la consumación de un abuso de procesos se produce con el inicio del último proceso o procedimiento que formaría parte de la presunta estrategia predatoria. A criterio de este colegiado, el solo

³⁹ Cfr.: HURTADO POZO, Manuel. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005, pp. 943-957; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, pp.685-696; BRAMONT ARIAS, Luis A. y Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*. Lima: Editorial San Marcos, 1995, pp. 234-239.

⁴⁰ En el referido pleno jurisdiccional se señaló que "(...) los hechos consumados en un solo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos".

hecho de mantener su vigencia así como las solicitudes o peticiones al interior de un proceso ya iniciado, califican como manifestaciones del abuso de procesos legales.

80. Cabe señalar que a diferencia de lo que sucede con la generalidad de las conductas que califican como un delito continuado, en las que cada una de las acciones podría constituir una infracción independiente, en el caso de la figura de abuso de procesos legales, al tratarse de una pluralidad de actos, la incoación de cada proceso o procedimiento de manera aislada no podría implicar por sí misma una infracción a la ley. No obstante, es principalmente la pluralidad de acciones en diversos momentos que revelan una “única voluntad infractora” de afectar la competencia lo que permite asemejar el abuso de procesos legales a una infracción de naturaleza continuada.
81. En el presente caso, se ha imputado una estrategia de litigación predatoria que se sustenta en una pluralidad de procesos y procedimientos presuntamente incoados con la finalidad de afectar la competencia en el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO. Si bien estos procesos legales se iniciaron con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 1034, las denunciadas han mantenido el trámite de las medidas legales implementadas incluso luego de la entrada en vigencia del referido cuerpo normativo.
82. En efecto, se aprecia que las denunciadas continuaron con la tramitación e impulso de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos con posterioridad al 25 de julio de 2008, es decir, cuando ya había entrado en vigencia el Decreto Legislativo 1034. Esto se verifica en los casos de: (i) la demanda contencioso administrativa interpuesta por Fetrans debido al otorgamiento del permiso de operación por parte del MTC a Andean Railways; (ii) la demanda contencioso administrativa interpuesta por Fetrans para cuestionar la Resolución 1122; (iii) la demanda declarativa de Fetrans y la reconvención de Perurail vinculadas con el cumplimiento de la medida correctiva dictada mediante la Resolución 1122; (iv) el proceso de acción popular de Fetrans y el proceso de amparo de Peruval y sus dos solicitudes de medida cautelar contra la modificación del RNF; y, (v) el proceso contencioso administrativo incoado por Fetrans contra la modificación de su REA.
83. De la revisión de los actuados, se constata la participación activa de las empresas imputadas para mantener el curso de las medidas legales adoptadas, una vez vigente el Decreto Legislativo 1034 así como durante la tramitación del presente procedimiento.
84. Así, el 23 de enero de 2009, en el proceso de amparo iniciado por Peruval contra el MTC solicitando la inaplicación del Decreto Supremo 031-2007-MTC

que modificó el RNF, la referida empresa planteó una segunda medida cautelar con el objeto que se disponga la suspensión de los efectos de la norma que modificó el RNF, mientras durara la tramitación del proceso judicial. En relación con la misma materia, de manera paralela, entre los meses de octubre y noviembre de 2009, Fetrans apeló la Resolución 33 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró infundada su demanda de acción popular contra la modificación del RNF⁴¹.

85. A su vez, en el marco de la demanda contencioso administrativa interpuesta por Fetrans contra la Resolución 1122, el 5 de febrero de 2009 la referida empresa impugnó la Resolución 30 del 24 de diciembre de 2008, por la que la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada su demanda.
86. En tal sentido, la Sala coincide con la resolución apelada respecto a que la evaluación de las peticiones efectuadas al interior de los procesos y procedimientos permiten determinar que las denunciadas han tenido una participación activa y continua para mantener el curso de las medidas legales adoptadas incluso luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034, siendo que evaluadas en su conjunto podrían configurar el presunto abuso de procesos legales imputado.
87. La regla de aplicación temporal de la ley para el caso de las infracciones continuadas ha sido definida mediante pronunciamientos expedidos por la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional, existiendo consenso en que la norma aplicable es aquella que estuvo vigente al culminar la realización de la conducta infractora, la cual se aplica de manera inmediata.
88. En el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de Ica en 1998, respecto del tratamiento de los delitos continuados, la Corte Suprema estableció que *“(…) en el caso de delitos continuados procede aplicar la ley vigente a la terminación del período de realización de la conducta criminal”*.⁴²
89. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado sobre la aplicación temporal de las leyes en el caso de las infracciones continuadas: “Cuando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará, como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante

⁴¹ Mediante Resolución 11 del 27 de noviembre de 2009, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima concedió el recurso de apelación interpuesto por Fetrans contra la Resolución 33 del 5 de octubre de 2009.

⁴² En: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/II_PLENO_JURISDICCIONAL_PENAL_1998.pdf (Visitada el 12 de julio de 2011)

su comisión. Esto es así, porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata.⁴³ (Subrayado añadido)

90. Por lo expuesto, se puede apreciar que el Decreto Legislativo 1034 es la última norma vigente a la fecha de comisión de la conducta. De tal manera, la Sala concluye que la resolución apelada no incurrió en un vicio que acarree su nulidad, en la medida que no se aplicaron retroactivamente las disposiciones del Decreto Legislativo 1034. Atendiendo a la naturaleza continuada de la conducta imputada, la referida norma es la que resulta aplicable para analizar los hechos denunciados.
91. De otro lado, Peruval reiteró su cuestionamiento a que la infracción imputada no calificaba como continuada por no cumplir con lo establecido en el artículo 230.7 de la Ley 27444⁴⁴.
92. Al respecto, este colegiado comparte la posición de la Comisión en este punto, pues la disposición invocada se refiere a la imposición de sanciones sucesivas por parte de la autoridad frente a la existencia infracciones sucesivas, por lo que recoge un supuesto de reincidencia en la comisión de infracciones. En ese caso, la ley exige que transcurran treinta (30) días desde la imposición de la última sanción y la nueva, con la finalidad que el administrado pueda probar que en el referido plazo cesó en la comisión de la conducta infractora.
93. A diferencia de dicho supuesto, en el caso materia de análisis se enjuicia una sola conducta que se caracteriza por tener una misma voluntad infractora materializada mediante diversas actuaciones. Ello le otorga el carácter de unidad y la naturaleza de infracción continuada, por lo que será analizada y eventualmente sancionada en un solo procedimiento. Por tanto, al no resultar aplicable lo dispuesto en el artículo 230.7 de la Ley 27444, se debe desestimar la alegación efectuada por Peruval al respecto.
94. En consecuencia, corresponde confirmar la resolución impugnada en el extremo que denegó las solicitudes de Fetrans, Perurail y Peruval para que se declare la nulidad del procedimiento por la supuesta aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1034.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de mayo de 2003, emitida en el Expediente 0901-2003-HC/TC.

⁴⁴ **LEY 27444, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.**- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

7. Continuación de Infracciones.- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

(...)

95. Sin perjuicio de lo expuesto, las apelantes han sostenido que el Decreto Legislativo 701 –norma que, en todo caso, resultaría aplicable a su criterio– no cuenta con disposición alguna que sancione expresamente el abuso de procesos legales, siendo que la cláusula general contenida en sus artículos 3 y 5 no satisface las exigencias del principio de tipicidad.
96. Ante dicha alegación y contrariamente a lo sostenido por las recurrentes, la Sala considera necesario resaltar que aun en el supuesto que resultaran aplicables las disposiciones del Decreto Legislativo 701, tal como se desprende de los diversos pronunciamientos de la Comisión y la Sala, se han investigado y sancionado conductas anticompetitivas bajo la cláusula general contenida en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701⁴⁵. En efecto, se ha interpretado que dichas disposiciones permiten sancionar como abuso de posición de dominio cualquier conducta obstruccionista que apunte a excluir competidores del mercado o impedir su ingreso a este último, incidiendo negativamente en el correcto funcionamiento del proceso competitivo. Así, la autoridad de competencia ha analizado prácticas abusivas como la imposición de precios predatorios⁴⁶, el establecimiento de cláusulas de exclusividad y fidelidad de clientes⁴⁷, y precisamente los casos de abusos de procesos legales⁴⁸.

⁴⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 701, Artículo 3.-** Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.
(...)

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

Son casos de abuso de posición de dominio:

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

⁴⁶ Ver: Resolución 070-96-INDECOPI-CLC del 17 de setiembre de 1996, en el procedimiento seguido por María del Carmen Motta Wendell y otros contra Productos Químicos S.A.; Resolución 003-98-INDECOPI-CLC del 26 de agosto de 1998, en el procedimiento seguido por Inter American Trade Development Company - Intradevco S.A. contra Reckitt & Colman del Perú S.A.; y Resolución 058-2006-INDECOPI/CLC del 21 de agosto de 2006, en el procedimiento seguido por Universal Gas S.R.L. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

⁴⁷ Ver: Resolución 006-2003-INDECOPI /CLC del 14 de mayo de 2003, en el procedimiento seguido por Depósito Santa Beatriz S.R.L. y otros contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L.

⁴⁸ Ver: Resolución 407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007 que confirmó la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros.

97. En la misma línea, en un reciente pronunciamiento⁴⁹ la Sala ha destacado que aquello que define a las prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado y determinaba que se encuentren en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, con independencia de la modalidad en que se presenten, es precisamente el carácter exclusorio de la conducta realizada por el presunto agente dominante. Es decir, la posibilidad que la práctica excluya a competidores al mercado o impida su ingreso a este último.
98. Del mismo modo, cabe destacar que son las propias recurrentes quienes han citado los pronunciamientos expedidos por el Indecopi en los casos Lebar y Pilot para sustentar sus argumentos de defensa. A criterio de este colegiado, dicho elemento legitima por parte de las imputadas la utilización de la cláusula general del Decreto Legislativo 701 para reprimir y sancionar casos de litigación predatoria.
99. A mayor abundamiento, es importante anotar cómo a nivel comparado, las autoridades de competencia en otros países han investigado o sancionado supuestos de abuso de procesos legales, pese a que dicha figura no se encuentra taxativamente prevista en sus respectivas leyes. Este es el caso, entre otros, de la Comisión Europea⁵⁰, las autoridades de competencia norteamericanas⁵¹ y a nivel de la región, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile⁵².
100. Aunado a lo expuesto, el Tribunal Constitucional no ha objetado la cláusula general prevista en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 por considerarla contraria al principio de tipicidad. Por ende, la Sala no podría dejar de aplicar sus disposiciones frente a la comisión de prácticas de abuso de posición de dominio que son susceptibles de afectar el sistema competitivo.

III.4 Descripción del mercado en el cual participan Fetrans y Perurail

101. Fetrans es la concesionaria que administra la infraestructura vial que corresponde a las líneas férreas del FS y FSO. El FS conecta las ciudades de Mollendo, Matarani, Arequipa, Puno, Juliaca y Cusco (red de 855 Km). De

⁴⁹ Ver: Resolución 708-2011/SC1-INDECOPI de 2011 en el procedimiento seguido por la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A.

⁵⁰ Ver: caso *Promedia* (nota a pie de página 55), y también Decisión de la Comisión Europea del 15 de junio de 2005. Asunto COMP/A.37507/F3 - *Astra Zeneca*.

⁵¹ Ver, entre otros, los casos *Noerr*, *Pennington*, *California Motor* y *PRE*.

⁵² Ver: Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 47/06 del 5 de diciembre de 2006 (Compañía Minera Cordillera S.A. c. Sociedad Sal Punta Lobos S.A.); y Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 50/07 del 31 de enero de 2007 (Hemisferio Izquierdo Consultores Limitada c. José Esteban Soler).

otro lado, el FSO parte desde la ciudad del Cusco hacia la Hidroeléctrica, pasando por Macchu Picchu (red de 135 Km).

102. El 20 de septiembre de 1999 entró en vigencia el Contrato de Concesión suscrito el 19 de julio del mismo año⁵³, mediante el cual el Estado Peruano otorgó a favor de Fetrans la concesión para el mantenimiento, rehabilitación y la explotación de los bienes de la concesión⁵⁴; para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria⁵⁵; y para la prestación de servicios de transporte ferroviario⁵⁶ y de servicios complementarios⁵⁷ en el área matriz⁵⁸.
103. En las vías que administra Fetrans se desarrollan dos tipos de servicio: el de transporte de pasajeros, el cual se dirige principalmente a los turistas nacionales y extranjeros interesados en visitar Machu Picchu; y, el de transporte de carga.
104. Cabe resaltar que, incluso hasta antes del inicio del presente procedimiento, Perurail, operador vinculado a la concesionaria Fetrans, era el único proveedor de dichos servicios. Recién el 31 de agosto del año 2009 se celebraron los contratos de acceso al FSO entre Fetrans y las empresas Inca Rail S.A.C. (en adelante, Inca Rail) y Andean Railways, con el objetivo de fomentar la competencia en el servicio ferroviario hacia la ciudadela de Machu Picchu. En línea con ello, el 2 de setiembre del mismo año, Fetrans y los nuevos operadores firmaron el contrato de acceso a las facilidades esenciales dentro de las estaciones de Ollantaytambo y Machu Picchu (acceso a las áreas de embarque y desembarque, salas de espera y otros),

⁵³ Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, que obra de fojas 85 a 350 del Expediente.

⁵⁴ Según la Cláusula 1.1, los Bienes de la Concesión son los bienes de propiedad del Concedente que se entregan al Concesionario, detallados en el Anexo No. 2 y en el Anexo No. 3, incluyendo las Mejoras y cualquier otro bien que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.4 del Contrato, deba incluirse dentro de este concepto.

⁵⁵ Conforme a la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, la Infraestructura Vial Ferroviaria significa, en los tramos de Ferrovías que se detallan en el Anexo No. 2 del Contrato de Concesión, la Línea Férrea, las estaciones y andenes, los sistemas y elementos de señalización y comunicaciones, patios de maniobras y otros desvíos, terrenos y demás instalaciones que permitan la operación de trenes, el abordaje y descenso de los pasajeros y la manipulación de la carga, existentes en la Fecha de Cierre. Esta definición también comprende a todas las Mejoras.

⁵⁶ Tal como lo establece la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, los Servicios de transporte ferroviario comprenden los servicios de transporte que se realizan en equipos especiales para la conducción de personas o carga sobre una Línea Férrea y que también pueden comprender las operaciones de embarque y desembarque, carga y descarga, las operaciones relacionadas al Material Tractivo y Material Rodante, así como las operaciones vinculadas a los sistemas de señalización y telecomunicaciones.

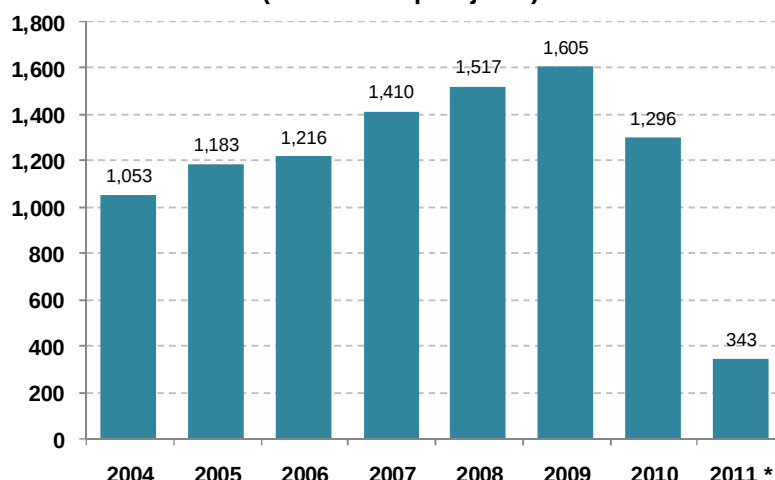
⁵⁷ Según la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, los Servicios Complementarios son todos aquellos servicios diferentes a los Servicios de Transporte Ferroviario que exclusivamente el Concesionario puede prestar y explotar en el Área Matriz incluyendo, pero no limitándose a almacenamiento, servicios turísticos y de hospedaje, autoservicio, publicidad, entre otros, cumpliendo con las Leyes Aplicables y obteniendo las autorizaciones, licencias y/o permisos que corresponda. El Concesionario puede prestar y explota los Servicios Complementarios directamente a través de terceros con quien contrate para ello.

⁵⁸ Conforme a lo previsto en la Cláusula 1.1 del Contrato de Concesión, Área matriz significará el Área donde se encuentra la Infraestructura Vial Ferroviaria con todas las instalaciones e inmuebles que ella requiere para su funcionamiento y en donde también podrá realizarse la explotación de Servicios Complementarios. El Área Matriz se describe en el Anexo No. 2 del Contrato.

para que las nuevas empresas comiencen a brindar el servicio⁵⁹. Así pues, durante el cuarto trimestre de 2009 y el tercer trimestre de 2010, las empresas Inca Rail y Andean Railways iniciaron respectivamente sus operaciones⁶⁰.

105. En relación a la demanda de pasajeros en el FS y FSO, esta creció a una tasa promedio anual equivalente a 4,2% entre los años 2004 y 2010. No obstante, como se muestra en el siguiente gráfico, durante el 2010 este servicio disminuyó 19,3% respecto del año 2009, pese a la entrada de los operadores Inca Rail y Andean Railways. Ello se debió principalmente a los deslizamientos provocados por las lluvias que afectaron la infraestructura ferroviaria del FSO, ruta que concentra más del 94% de pasajeros movilizadas en los tramos Matarani – Cusco y Cusco – Hidroeléctrica⁶¹.

Gráfico 2
Evolución del tráfico de pasajeros
(en miles de pasajeros)



* Información al primer trimestre de 2011

Fuente: Oficina de Estadísticas - MTC

Elaboración: ST-SC1/INDECOPI

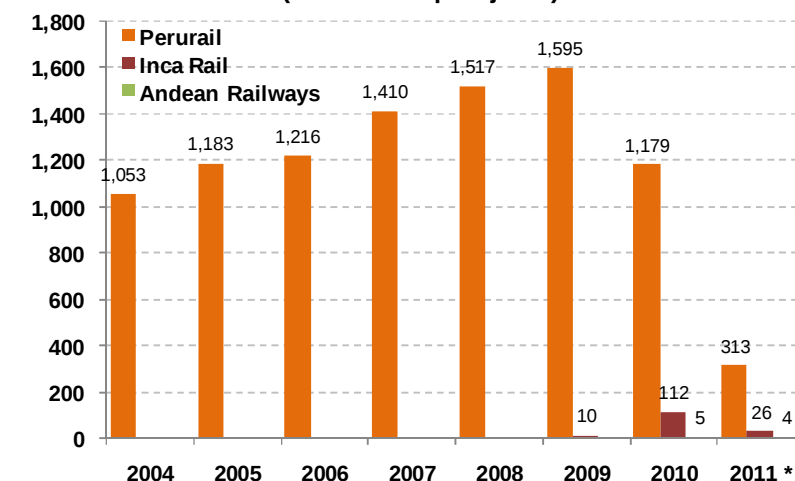
106. En cuanto a la participación de los operadores en el tráfico de pasajeros en el FS y FSO, desde el año 2004 hasta el primer trimestre de 2011 Perurail atendió en promedio al 97,7% del total de pasajeros, manteniéndose como líder en este negocio. Mientras que Inca Rail y Andean Railways cubrieron en promedio al 2,1% y 0,2% de la demanda, respectivamente.

⁵⁹ Boletín de Ositrán: "El Regulador de Infraestructura". Año I N° 2, Setiembre 2009. Disponible en: <http://www.ositrán.gob.pe/RepositorioAPS/0/0/par/BOLETINOSITRANAN2/BOLETIN%20SETIEMBRE%201.pdf> (Visitada el 24 de junio de 2011)

⁶⁰ Según información consignada en el portal web del MTC. Disponible en: <http://www.mtc.gob.pe/estadisticas/index.html>. (Visitada el 24 de junio de 2011)

⁶¹ Según información consignada en el Anuario Estadístico 2010 del MTC. Disponible en: http://www.mtc.gob.pe/portal/AE2010_REVISION_14_06_2011_V2-Rev.pdf. (Visitada el 24 de junio de 2011)

Gráfico 3
Evolución del tráfico de pasajeros, por empresa
(en miles de pasajeros)



* Información al primer trimestre de 2011

Fuente: Oficina de Estadísticas - MTC

Elaboración: ST-SC1/INDECOPI

107. Tal como se señaló en su oportunidad en el Informe 002-2010-INDECOPI/ST-CLC, una característica importante que presentan las vías administradas por Fetrans es el grado de estacionalidad de la demanda de transporte de pasajeros, propia de un mercado que está dirigido principalmente a un sector turístico. Así, la mayor afluencia de personas se produce durante el segundo semestre de cada año, en particular en los meses de agosto y octubre⁶².
108. Por otro lado, respecto de la segunda línea de negocio, esta se concentra principalmente en el FS⁶³. A diferencia del tráfico de pasajeros, las nuevas empresas autorizadas no operan en este rubro, dejando a Perurail como único transportista de mercancías.
109. De esta manera, en el periodo 2004-2010, el tráfico ferroviario de carga creció a una tasa promedio anual equivalente a 36,7%. Específicamente, a partir del año 2007 el tráfico de carga por kilómetro se incrementó significativamente, llegando a alcanzar en el año 2010 un valor de 223 504 miles de TM por Km. Asimismo, durante los primeros tres meses del año 2011, el tráfico de carga por kilómetro fue de 48 184 miles de TM por Km.

⁶² Información obtenida de Ositrán sobre evolución mensual del número de pasajeros correspondiente al periodo 2004-2009. Al respecto ver: numeral 85 del Informe 002-2010-INDECOPI/ST-CLC.

⁶³ Informe de Desempeño Económico del Ferrocarril del Sur y Sur-Oriente 2008, Gerencia de Regulación de OSITRAN, p.10.

Cuadro 3
Tráfico ferroviario de carga

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011*
Carga (miles de TM)	309	336	404	1 105	1 346	1 236	1 283	315
Toneladas-KM (miles)	141 681	154 272	187 552	224 367	251 908	227 258	223 504	48 184

* Información al primer trimestre de 2011

Fuente: Oficina de Estadísticas - MTC

Elaboración: ST-SC1/INDECOPI

III.5 Delimitación del mercado relevante

110. En su apelación, Fetrans y Perurail cuestionaron que la Comisión consideró que cuatro empresas autónomas que participan de mercados distintos (a su entender, Fetrans, Perurail, Peruval y PTR) hayan llevado a cabo una sola práctica de abuso de posición de dominio, sin señalar cuál es la posición de dominio de la cual se habría abusado y quién o quiénes la ostentan. A criterio de las recurrentes, ello evidencia que la resolución apelada carece de motivación y les genera indefensión.
111. A partir de dicha alegación, corresponde a la Sala analizar la posición de dominio de las empresas imputadas, lo que requiere determinar previamente cuál es el mercado relevante en el que se produciría la práctica de abuso de procesos legales materia de denuncia.
112. El artículo 6.1 del Decreto Legislativo 1034⁶⁴ ha recogido expresamente la metodología de mercado relevante empleada en la práctica jurisprudencial nacional⁶⁵ e internacional⁶⁶, al establecer que el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

⁶⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 6.- El mercado relevante.-**

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

⁶⁵ Ver: Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, expedida en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A.; y, Resolución 117-97-TDC del 5 de mayo de 1997, expedida en el procedimiento iniciado por la empresa Fundición de Metales Bera del Perú S.A. contra la empresa Minsur S.A.

⁶⁶ Ver: En los Estados Unidos de América, *Horizontal Merger Guidelines* aprobados por U.S. Department of Justice y Federal Trade Commission, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#4> (visitada el 22 de junio de 2011); y, Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03) - Diario Oficial N° C 372 publicado el 09 de diciembre de 1997 - Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML) (visitada el 22 de junio de 2011)

113. A lo largo del procedimiento, Apofer cuestionó específicamente que la presunta práctica predatoria denunciada tendría por finalidad afectar la competencia en el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo que corresponde al FSO.
114. Por su parte, la resolución apelada determinó que el análisis de la posición de dominio estaba circunscrito a dos mercados relevantes:
- (i) el mercado relacionado a la infraestructura que corresponde al servicio de administración de la vía férrea del FSO para el tramo Cusco-Machupicchu-Hidroeléctrica; y,
 - (ii) el mercado vinculado al servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Cusco-Machupicchu-Hidroeléctrica del FSO.
115. A efectos de la delimitación de mercado relevante, es importante tener en cuenta que el artículo 6.2 del Decreto Legislativo 1034 establece que el mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.
116. Sin embargo, se debe atender a que el abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales presenta características particulares derivadas de la materialización de la práctica misma. En efecto, a diferencia de un típico supuesto de negativa injustificada de trato, discriminación o ventas atadas, en este caso no existe de por medio una relación comercial actual o potencial que permita determinar el mercado relevante en función del servicio o producto demandado por el agente presuntamente afectado.⁶⁷
117. Ciertamente, una estrategia procesal predatoria puede ser implementada por una empresa que participa en el mismo mercado del presunto afectado por la práctica. No obstante, dicha estrategia también podría ser desplegada por sujetos que participan en mercados diversos y que ni siquiera guardan una relación con el mercado en el cual participa el supuesto afectado (ni verticalmente integrados ni mercados conexos). Por ejemplo, podría darse el

67

Conforme a los pronunciamientos de la autoridad de competencia, el mercado relevante ha sido definido en función al servicio o producto demandado por el denunciante. A manera de ejemplo, en la denuncia interpuesta por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú contra Vopak Serlipa S.A. y Petróleos del Perú S.A. – PETROPERÚ por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato consistente en negarse a arrendar espacio de la capacidad de almacenamiento de Gas Licuado de Petróleo (GLP) en el Terminal del Callao, el mercado relevante fue definido como el del servicio de arrendamiento de capacidad de almacenamiento a terceros para importar GLP en las zonas costeras de la Provincia Constitucional del Callao y la Provincia de Lima (Ver: Resolución 454-2007/TDC-INDECOPI expedida el 30 de marzo de 2007). Del mismo modo, en la denuncia interpuesta por el señor Alvaro Antonio Bustamante Quiroz y otros distribuidores mayoristas de cerveza contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. –empresa productora de cerveza– por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas, se definió el mercado relevante como el mercado de cerveza del segmento *Mainstream*, en el cual se encontraban las marcas “Pilsen” y “Cristal” –cuya venta presuntamente se condicionaba a la compra de cerveza del segmento *Premium* como “Cusqueña”–, ubicado en la Región Lima (ver: Resolución 1348-2010/SC1-INDECOPI expedida el 18 de marzo de 2010).

caso que para afectar la posición competitiva de un agente que participa en la fabricación de ladrillos, los litigios sean iniciados no solo por la empresa competidora que también participa en ese segmento sino también por otras de su grupo económico, que operan en otros mercados tales como elaboración de aceites, intermediación financiera, fabricación de calzado, etc.

118. Atendiendo al sinnúmero de mercados de los que pueden formar parte los sujetos que ejecutan la conducta predatoria, y al no existir una relación comercial vinculada a la materialización de la conducta, no es posible identificar el mercado relevante en función a la demanda de un bien o servicio por parte del presunto afectado.
119. Por ende, dado que con la implementación de una estrategia de litigación predatoria se pretende excluir a competidores actuales o potenciales con la finalidad de afianzar una posición de dominio, corresponde optar por analizar el mercado en el cual la presunta práctica dominante despliega dichos efectos. Como se aprecia, con relación a esta modalidad abusiva, se puede afirmar la existencia de una identidad entre el mercado relevante y el mercado afectado.
120. Esta posición ha sido anteriormente adoptada por la Sala en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y los prácticos que la conformaban por un presunto abuso de posición de dominio implementado, entre otras conductas, mediante una estrategia de litigación predatoria.⁶⁸ En aquella oportunidad, la autoridad de competencia definió el mercado relevante como el servicio de practicaje marítimo⁶⁹ en Terminal Portuario del Callao, siendo este último a su vez, el mercado afectado como consecuencia de los efectos anticompetitivos de la práctica de abuso de procesos legales.
121. En esta línea, se verifica que la práctica predatoria denunciada tendría presuntos efectos anticompetitivos en el mercado en el cual participa la operadora Perurail, toda vez que habría impedido que otros competidores participen en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO. Por tanto, de los mercados relevantes definidos en la resolución apelada, correspondería analizar la conducta denunciada y sus efectos únicamente respecto del mercado vinculado al servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Cusco-Machupicchu-Hidroeléctrica correspondiente al FSO.

⁶⁸ Ver referencia de resolución en la nota al pie 48.

⁶⁹ El practicaje marítimo es el servicio que se brinda con el propósito de apoyar al capitán de la nave en maniobras y reglamentaciones náuticas durante la realización de las operaciones de atraque, desatraque, cambio de sitio, abarloado, desabarloado y maniobras de giro en la rada de operaciones de las naves que hagan uso de la infraestructura del Terminal Portuario.

122. Respecto a este último mercado, la Sala coincide con la delimitación efectuada por la primera instancia, toda vez que el análisis de sustituibilidad de la demanda indicó en su momento que en el tramo de Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica no existía competencia intermodal real ni potencial al servicio de transporte ferroviario de pasajeros⁷⁰.
123. Del mismo modo, al no existir fuentes de aprovisionamiento alternativas a las que acudirían los demandantes, el mercado geográfico está determinado por la propia zona geográfica en la que se presta el servicio, esto es, para el tramo Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica, el mercado geográfico es el tramo Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica.
124. En consecuencia, a diferencia de lo señalado en la resolución apelada, la Sala considera que el análisis de la posición de dominio no se circunscribe a dos mercados relevantes, sino al mercado en el cual opera el presunto agente dominante, que mediante la utilización de una práctica predatoria abusiva, pretendería impedir el ingreso de competidores al mercado en el cual ostentaría posición de dominio.
125. En caso contrario, esto es, ampliar la definición de mercado relevante en función de los diversos servicios relacionados a la actividad del dominante y no específicamente respecto de aquel en el que pretende mantener su posición de dominio, podría llevar a considerar un infinito número de mercados, en los que la práctica anticompetitiva puede no tener incidencia alguna.
126. En atención a ello, a continuación corresponde analizar si existen suficientes elementos para considerar que Perurail ostenta posición de dominio en el mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica del FSO.

⁷⁰ Conforme se señala en la resolución apelada, una de las alternativas de transporte únicamente para la ruta Ollantaytambo - Machupicchu sería realizar el recorrido a través del "Camino Inca"; sin embargo, no se considera un sustituto cercano pues implica una mayor tiempo, siendo que además, los turistas lo demandan porque constituye un atractivo turístico por sí mismo. Ello constituye una diferencia sustancial con relación al transporte ferroviario, cuya demanda se deriva de la demanda turística a Machupicchu. Otras alternativas refieren la posibilidad de llegar vía carretera (en bus) desde Cusco a Ollantaytambo, o desde Cusco a Machupicchu, ya sea en helicóptero o la alternativa bimodal (que consiste en viajar en bus hasta Ollantaytambo y luego en tren hasta Machupicchu). No obstante, se puede advertir que se trata de alternativas limitadas y que no constituyen sustitutos cercanos del transporte ferroviario. (Al respecto, ver: Informe 003-2000-INDECOPI del 14 de agosto de 2000, denominado Informe sobre las condiciones de competencia en la prestación de los servicios de transporte de carga y pasajeros del ferrocarril Sur – Oriente elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión). En similar sentido, estas condiciones se habrían mantenido inclusive hasta el 2005 (Ver: Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005 expedido por la Secretaría Técnica de la Comisión), debiéndose señalar que no obran en el expediente elementos que permitan concluir que esta situación se haya modificado a la fecha.

III.6 Determinación de la posición de dominio

127. El artículo 7.1. del Decreto Legislativo 1034⁷¹ establece que se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (i) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (ii) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (iii) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (iv) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (v) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (vi) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

128. A efectos de determinar si Perurail ostenta posición de dominio en el mercado relevante definido como el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica del FSO, corresponde evaluar los factores señalados precedentemente, pues permitirán establecer las condiciones de competencia en el mercado y el grado de participación de sus agentes.

129. Conforme a la información que obra en el expediente, desde el inicio de la concesión otorgada a Fetrans en 1999 hasta septiembre de 2009, Perurail se desempeñó como único operador de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO. Durante este periodo, no se verificó el ingreso de algún otro operador ferroviario ni la existencia de competencia intermodal en el mercado relevante objeto de análisis, lo cual le permitió gozar de una posición monopólica.

⁷¹

DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-

7.1.- Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

(...)

130. En la actualidad, conforme a lo desarrollado en el acápite III.4 de la presente resolución, las empresas Inca Rail y Andean Railways también participan en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO. Sin embargo, resulta relevante resaltar que a la fecha Perurail mantiene una preponderante cuota de mercado ascendente al 97,7% –calculada en función del total de pasajeros transportados en el FSO–, de manera que la participación de sus competidores resulta marginal.
131. En la práctica jurisprudencial comparada se ha considerado que altas cuotas de mercado (por ejemplo, mayores a 50%) sostenidas a lo largo del tiempo (por ejemplo, por tres años) son indicadores importantes de la existencia de una posición dominante⁷². Respecto a las cuotas de mercado de los competidores de la supuesta dominante, se ha estimado que mientras posean cuotas de mercado significativamente más bajas que la investigada, una alta cuota de mercado de ésta podría indicar la existencia de posición de dominio.
132. No obstante, si bien constituye un factor importante a considerar, el grado de participación en el mercado no determina inequívocamente que una empresa ostenta posición de dominio. Por ello, resulta necesario analizar la existencia de otros factores, tales como la presencia de barreras económicas, legales o estratégicas a la entrada que pueden condicionar el ingreso y la actuación de competidores y, de ser el caso, reforzar la posición de la presunta dominante en el mercado.
133. Una de las barreras económicas que se presenta en este mercado se relaciona con la inversión del entrante para adquirir el material tractivo y rodante para prestar el servicio, pues puede tener un alto componente de costo hundido⁷³. Esta situación se presentará en la medida que dicho material no pueda ser empleado en otras rutas como consecuencia de las incompatibilidades técnicas entre las vías o por la inexistencia de rutas alternativas.

⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, emitida en el Asunto 62/86, *AKZO Chemie B. V. c. Comisión*, del 3 de julio de 1991, p. I-3359.

⁷³ Según la literatura económica, se define como costo hundido a las inversiones realizadas por una empresa para poder entrar en un mercado y que no pueden ser recuperadas. (Al respecto, ver entre otros: NICHOLSON, Walter. *Teoría Microeconómica. Principios Básicos y Ampliaciones*. México: Thomson Editores S.A. de C.V., Novena Edición, p. 458; y, PINDYCK, Robert y Daniel RUBINFELD. *Microeconomía*. Madrid: Pearson Educación S.A., Quinta Edición, p.209.) Como señala Nicholson, análogamente a los costos fijos, los costos hundidos deben ser contraídos por el oferente así no produzca cantidad alguna del bien a ser transado. No obstante, a diferencia de los costos fijos, los costos irre recuperables solo son efectuados una sola vez durante el proceso de entrada en un mercado objetivo. (NICHOLSON, Walter. *Op. cit.*; p.458). Por su parte, Varian destaca que otra diferencia entre los costos fijos y los costos hundidos es que los primeros pueden evitarse si la empresa decide cerrar, mientras que los segundos ya se incurrieron y no pueden ser recuperados (VARIAN, Hal. *Microeconomía Intermedia. Enfoque Actual*. Madrid: Antoni Bosch, Quinta Edición, pp. 364-365.)

134. En el presente caso, las particulares características topográficas de la zona en que se encuentra el FSO⁷⁴, determinan que la adquisición de material tractivo y rodante para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros represente una inversión significativa que constituye un costo hundido para el competidor entrante. Debido a las especificaciones técnicas del material que se requiere para operar en el FSO, se puede concluir que no es de fácil aprovisionamiento ni podrá ser utilizado en otras vías férreas.
135. De otro lado, tal como lo señaló la Comisión en la resolución apelada, una barrera estratégica a la entrada en este mercado es la existencia de integración vertical entre Fetrans y Perurail, la cual es posible debido al modelo de organización previsto en el Contrato de Concesión del FSO, según lo precisado por la Circular 017⁷⁵. En virtud a ello, el concesionario Fetrans puede prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica a través de su operador vinculado Perurail.

⁷⁴ En el caso específico de la ruta Sur-Oriente, se utilizó una trocha de 3 pies (0.914 m) o trocha angosta, debido principalmente a la existencia de restricciones asociadas a los bajos radios de curva derivados de la topografía de la zona (Ver: Informe 003-2000-INDECOPI/CLC). Según información de la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. (en adelante, Enafer), sólo existiría un pequeño tramo en el FC que une Huancayo con Huancavelica que tendría estas mismas características, ya que el resto de rutas ferroviarias serían todas de trocha estándar (1.435 m); y en la actualidad, prácticamente no existen en el mundo redes viales de trocha angosta (a excepción de Colombia, Guatemala y Alaska), lo cual hace especialmente difícil encontrar un mercado secundario de material que cumpla con dichas especificaciones (Ver: Informe 002-2010-INDECOPI/ST-CLC)

⁷⁵ La Circular 017 que se refiere a la Cláusula Sexta de la Versión Preliminar del Contrato de Concesión, estableció lo siguiente:

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

- 1. A fin de poder brindar continuidad en las operaciones ferroviarias que ENAFER prestará hasta la Fecha de Cierre, el Adjudicatario deberá garantizar que cuenta con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario.*
- 2. Para tal efecto, el Adjudicatario deberá contratar, o en su caso constituir una persona jurídica que actúe como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario. En el caso de Consorcios Divisibles, el Adjudicatario deberá contar con un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por cada ferrocarril, pudiendo una misma persona jurídica actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario para más de un ferrocarril.*
- 3. En la Fecha de Cierre el Adjudicatario deberá presentar (i) un certificado de vigencia extendido por los Registros Públicos de Lima de la persona jurídica que ha dicho efecto se contrate o constituya, (ii) una copia legalizada por Notario Público del Perú del contrato de operación, y (iii) una copia legalizada por Notario Público del Perú del respectivo permiso de operación o de la autorización suficiente otorgados por la entidad competente.*
- 4. Para el caso de Consorcios Divisibles se deberá cumplir con estos requisitos respecto de cada uno de los ferrocarriles.*
- 5. El Concesionario no podrá participar simultáneamente, directa o indirectamente a través de sus socios, accionistas, participacionistas o de sus Empresas Vinculadas en más de un operador de Servicios de Transporte Ferroviario. El incumplimiento de esta obligación será tipificado en el Contrato de Concesión como causal de caducidad de la concesión.*
- 6. Queda vigente la obligación del Concesionario de permitir el ingreso a la vía férrea de cualquier empresa que desee actuar como Operador de Servicios de Transporte Ferroviario y cumpla con los requisitos mínimos exigidos, así como de otorgarle las condiciones no discriminatorias establecidas.*

(...)

136. Al respecto, si bien es cierto que la integración vertical puede favorecer el desarrollo de eficiencias derivadas de la coordinación de actividades y la reducción de costos de transacción, en alguna medida también puede representar una barrera de acceso al mercado si el concesionario favorece al operador vinculado en desmedro del potencial entrante.
137. Así, en el mercado materia de análisis, las ventajas competitivas derivadas de la integración vertical se ponen de manifiesto en el hecho que en la actualidad –en virtud del contrato de alquiler celebrado con la concesionaria–, Perurail cuenta con la totalidad del material tractivo y rodante otorgado en concesión a Fetrans⁷⁶. Sin perjuicio de ello, eventualmente, dicha integración también podría permitir que las empresas involucradas tengan incentivos para la implementación de acciones estratégicas que puedan retrasar el acceso de competidores a las vías del FSO.
138. Del mismo modo, entre otros costos asociados a la prestación de servicios de transporte ferroviario de pasajeros se encuentran las actividades de marketing y difusión, captación de personal, celebración de convenios con agencias de viajes, hoteles y otros operadores turísticos.
139. Finalmente, en este mercado las barreras legales no son infranqueables ni se presentan relaciones de exclusividad; sin embargo, existen procedimientos y requisitos específicos que deben ser cumplidos por cualquier competidor entrante. Aquellos están relacionados principalmente con la obtención de los permisos de operación⁷⁷, la presentación de la solicitud y el cumplimiento de los requisitos necesarios para suscribir un contrato de acceso a la vía férrea con la empresa concesionaria⁷⁸, entre otros.
140. A partir de lo expuesto, a criterio de este colegiado, la existencia de una posición monopólica durante en el periodo investigado y la elevada participación de mercado que mantiene en la actualidad, así como la presencia de significativas barreras económicas y estratégicas a la entrada de competidores, permiten concluir que Perurail ostenta posición de dominio en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica.
141. De otro lado, aunque la Sala considera que solo cabe analizar la práctica denunciada en el mercado relevante en el cual Perurail ostenta posición de

⁷⁶ Ver: Informes 023-2005-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005 y Contrato de Arrendamiento del Material Tractivo y Rodante que obra de fojas 998 a 1003 del expediente.

⁷⁷ Los requisitos para obtener el permiso de transporte ferroviario se encuentran detallados en el Decreto Supremo 032-2005-MTC –Reglamento Nacional de Ferrocarriles–.

⁷⁸ La regulación de los contratos de acceso a las vías férreas se encuentra recogida en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo de Ositrán 014-2003-CD-OSITRAN y el Reglamento de Acceso de Fetrans.

dominio, en la medida que esta última empresa, Fetrans, PTR y Peruval conforman un mismo grupo económico y representan una unidad de decisión, según lo expuesto en el acápite III.2.2, es necesario evaluar la conducta desplegada por todas las empresas denunciadas pues constituyen un solo agente infractor.

142. En efecto, al tratarse de un mismo centro de control, el agente dominante en el mercado relevante antes definido puede valerse de otras empresas de su mismo grupo económico para implementar una estrategia de litigación predatoria que le permita mantener su posición.
143. En tal sentido, aunque en el presente caso Perurail ostente la posición de dominio en el mercado relevante, resulta fundamental analizar la participación de todas las empresas denunciadas en la práctica cuestionada. Aquellas ventajas que son obtenidas debido a la posición de dominio de Perurail finalmente favorecen al grupo económico, motivo por el cual, las empresas que lo conforman pueden implementar acciones en una misma dirección y que constituyan una práctica abusiva, con la finalidad de que la dominante mantenga dicha posición en el mercado.
144. Por las consideraciones expuestas, contrariamente a lo señalado en su apelación por PTR y Peruval, no resulta importante si las demás empresas del grupo económico participan directamente en el mercado relevante. Al formar parte de un mismo centro de imputación de intereses y haber realizado acciones que podrían constituir una misma estrategia de litigación predatoria para mantener la posición de dominio de Perurail, le resulta imputable al grupo económico la presunta práctica de abuso de posición de dominio denunciada.
145. Por último, cabe señalar que el hecho que bajo diferentes elementos de análisis, la Sala haya delimitado solo un mercado relevante y, por ende, una sola empresa del grupo económico sea la que ostente la posición de dominio en el presente caso, no implica que se configure un vicio en la motivación de la resolución apelada, ni que con ello se haya generado indefensión a las denunciadas. En efecto, durante el procedimiento, las empresas imputadas han podido presentar sus alegaciones sobre este punto y no han logrado rebatir los fundamentos de la Comisión sobre la posición de dominio de Perurail⁷⁹, con lo cual coincide este colegiado.

⁷⁹

Al respecto, en el informe presentado por Fetrans denominado “Análisis económico del Informe N° 002-2010-INDECOPI/ST-CLC sobre presunto abuso de posición de dominio en el mercado ferroviario” elaborado por el economista Iván Alonso, que obra de fojas 6487 a 6499 del expediente, se señala que los requerimientos de capital, la especificidad de las inversiones y el supuesto costo hundido de las mismas no constituirían barreras significativas a la entrada en atención al número de permisos de operación solicitados. No obstante, la participación marginal que ostentan los nuevos operadores –Inca Rail y Andean Railways– en el mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en FSO (ver numeral 106 de la presente resolución) da cuenta que aquellos factores podrían haber resultado determinantes para la participación cuasi-monopólica que Perurail ostenta en el mercado.

146. A continuación, corresponde a esta Sala determinar si las empresas imputadas implementaron una presunta práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales con la finalidad de afectar la competencia en el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, para lo cual resulta necesario delimitar previamente los alcances de dicha figura.

III.7 El abuso de procesos legales

III.7.1 Definición del abuso de procesos con fines predatorios

147. Entre las formas más efectivas de distorsionar el correcto funcionamiento del proceso competitivo se puede identificar la manipulación del poder estatal, mediante la utilización indebida de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos y regulatorios a cargo de las autoridades públicas.

148. Esta conducta, conocida en el derecho de la competencia como “abuso de procesos”, “predación legal” o “litigación predatoria”, puede ser definida como aquella estrategia a través de la cual un agente con posición de dominio deliberadamente decide iniciar diversos procesos o procedimientos legales cuya tramitación se encuentra estrictamente destinada a impedir, retrasar o encarecer el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado⁸⁰.

149. El abuso de procesos puede materializar su efecto exclusorio contra competidores, en primer lugar, a partir de la sola generación de gastos de asesoría técnica y legal que se derivan de asumir la defensa frente a complicados litigios. Desde este punto de vista, el abuso de procesos legales puede ser caracterizado bajo la figura denominada *Raising Rivals’ Costs*, especie doctrinaria desarrollada por el Derecho *Antitrust* norteamericano según la cual el incremento de los costos sobre los competidores se convierte

⁸⁰ De acuerdo con Bork, “El predador no necesariamente procura impedir la entrada [de competidores]. Él puede tener solo el deseo de retrasarla. La litigación fraudulenta se convierte así en una táctica útil contra empresas de cualquier tamaño, con independencia relativa de sus reservas, dado que puede valer la pena asumir el precio de la litigación para retrasar un año o varios años la entrada del rival en un mercado lucrativo. En estos casos, el éxito de la predación no requiere que el predador imponga altos costos sobre la víctima, en caso el predador tenga mayores reservas que la víctima o que tenga mejor acceso a capital que esta. Ninguna otra técnica de predación es capaz de obviar estos requerimientos, y ese hecho indica tanto el peligro como la probabilidad de predación a través de uso indebido del proceso gubernamental”.

Traducción libre del siguiente texto: “The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation to purchase a delay of a year or several years in a rival's entry into a lucrative market. In such case, successful predation does not require that the predator have greater reserves than the victim, or that the predator have better access to capital than the victim. No other technique of predation is able to escape all of the requirements, and that fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes.” BORK, Robert H. *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 348.

en una importante herramienta predatoria que puede impedir o retrasar su ingreso al mercado, llevar a su salida si ya se encuentran establecidos o, en todo caso, provocar que si bien permanezcan no puedan implementar una estrategia de reducción de precios que les permita competir con el incumbente, quien mantendrá su precio monopólico⁸¹.

150. Pero el impacto anticompetitivo de los procesos o procedimientos legales no solo se deriva de los costos de asumir la defensa. En efecto, existirán procesos o procedimientos en los cuales si bien el competidor no asume los gastos del litigio en la medida que no interviene en calidad de parte, el efecto exclusorio se manifestará en función del tipo de pretensión o petición planteada. Es decir, en tanto que la discusión promovida por el supuesto predador esté destinada a generar el establecimiento de barreras que limiten el acceso al mercado a otras empresas o que limiten su capacidad de operación.
151. Este será el caso cuando, por ejemplo, el predador movilice la acción gubernamental para que se adopten decisiones judiciales o regulatorias que generen restricciones a la competencia (v.g. la aprobación de un marco sectorial con el mero fin que se aumenten los requisitos de acceso a la actividad y se suba la valla que deben superar los operadores entrantes)⁸².
152. En el Perú, las autoridades encargadas de la defensa de la libre competencia han conocido de casos en los que, bajo la vigencia del derogado Decreto Legislativo 701, se denunció como conducta anticompetitiva la utilización del aparato estatal por parte de un agente privado como mecanismo de predación.
153. El primer pronunciamiento se produjo en el año de 1996, a propósito de la denuncia planteada por una empresa distribuidora de combustible denominada Lebar S.A. contra Asesoría Comercial – ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú – AGESP por la presunta interposición de una serie de recursos legales ante la Municipalidad Distrital

⁸¹ Según Salop y Scheffman, la estrategia de *raising rivals' costs* puede ser rentable incluso si el competidor no sale del mercado, pues el incremento de los costos del rival genera que este reduzca su oferta, permitiendo que el predador inmediatamente aumente también sus precios o gane mayor cuota de mercado. Al respecto, ver: SALOP, Steven C. y David SCHEFFMAN. *Raising Rivals' Costs*. En: *The American Economic Review*, Vol. 73, N° 2, Mayo de 1983, p. 267.

En el mismo sentido, Hovenkamp, a propósito de esta figura, sostiene que "La firma dominante podría tratar de excluir a su rival del mercado, pero también podría intentar tomar una acción calculada para aumentar los costos de su competidor de manera que si su precio aumenta el monopolista puede, por consiguiente, aumentar su propio precio"

Traducción libre del siguiente texto: "*The dominant firm might try to force the rival from the market, but it might also take some action calculated to raise the rival's costs so that its price went up and the monopolist could raise its own price accordingly*". HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993, p. 42.

⁸² Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alejandro FALLA JARA. "El abogado del diablo". *El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva*. En: *Ius et Veritas* N° 30, p. 42.

de La Victoria, la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Dirección General de Hidrocarburos, que habrían tenido por única finalidad evitar la construcción de su nuevo grifo⁸³.

154. Si bien la denuncia fue desestimada, lo importante de la decisión es que reconoció que en virtud de la cláusula general de los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 se podía calificar al abuso de procesos legales como una conducta sancionable:

“(…) el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativo o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia – Decreto Legislativo 701”.

155. El segundo caso de predación a través de la utilización de los cauces gubernamentales corresponde al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. En este procedimiento se analizó, entre otros extremos, las medidas legales adoptadas por la denunciada –sociedad que agrupaba a la casi totalidad de prácticos marítimos que operaban en el Terminal Portuario del Callao– contra algunos prácticos que habían optado por dejar de laborar para Pilot Station S.A., llegándose a la conclusión de que el conjunto de los procesos y procedimientos iniciados tuvo por única finalidad obstaculizar que otros competidores reales o potenciales puedan contratar a dichos prácticos para desarrollar su actividad⁸⁴.

156. La experiencia de los dos procedimientos descritos y la constatación que el recurso al Estado se convierte en una de las armas más perniciosas para mantener o ganar indebidamente una posición monopólica, ha llevado a que la actual ley de libre competencia recoja expresamente en su catálogo enunciativo de supuestos de abuso de posición de dominio, sujetos a una prohibición relativa⁸⁵, a la figura de la litigación predatoria. Así, el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 establece lo siguiente:

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

⁸³ Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996.

⁸⁴ Ver referencia del caso en nota al pie 48.

⁸⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 9.- Prohibición relativa.-** En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

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

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

(...)

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.”

157. Como se aprecia, el mencionado artículo constituye un reconocimiento legal explícito de que el ejercicio de los derechos constitucionales de acción⁸⁶ y petición⁸⁷, que se manifiesta a través de la iniciación de procesos ante las autoridades judiciales y el planteamiento de solicitudes ante las autoridades administrativas, respectivamente, puede ser limitado en aquellos casos en que estos derechos sean activados bajo un patrón sistemático y abusivo que vulnere otro bien jurídico constitucional, como lo es el principio de protección de la libre competencia^{88 89}.

158. A efectos de determinar cuándo el ejercicio de estos derechos es irregular y afecta el proceso competitivo, es preciso revisar, en primer término, la experiencia nacional sobre abuso de procesos en general y, a continuación,

⁸⁶ El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida en el Expediente 2293-2003-AA/TC el 5 de julio de 2004, ha efectuado la siguiente definición: “Se conoce como derecho de acción a la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción –plasmado físicamente en la demanda– en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que éste dé solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho.”

Este derecho fundamental forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú.

⁸⁷ El artículo 2.20 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho de petición en los siguientes términos:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:

(...)

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.”

Cabe precisar que en su sentencia emitida en el Expediente 1042-2002-AA/TC 6 de diciembre de 2002, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que el contenido esencial del derecho de petición está conformado por dos aspectos. El primero de ellos, relacionado con la libertad reconocida a cualquier sujeto de formular pedidos escritos a la autoridad competente y, el segundo aspecto, referido a la obligación de la autoridad de otorgar una respuesta al peticionante

⁸⁸ La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 61 el bien jurídico libre competencia, en los siguientes términos:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.”

⁸⁹ Esta posibilidad de limitar el ejercicio ilegítimo del derecho de petición o acción es consistente con otras limitaciones a derechos constitucionales como la libertad de contratación y el derecho fundamental de propiedad, que surgen desde la legislación de libre competencia y que han sido reconocidas por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia emitida en el Expediente 1963-2006-PA/TC el 5 de diciembre de 2006.

las pautas de aplicación de esta figura en el ámbito específico de la libre competencia, haciendo especial énfasis en la experiencia comparada, en la cual esta modalidad ha sido desarrollada de manera más detallada.

III.7.2 El abuso de procesos en el derecho constitucional y procesal

159. La posibilidad de establecer limitaciones a los derechos de acción y petición es aceptada pacíficamente por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional⁹⁰. Sin embargo, dicho colegiado no ha dictado a la fecha algún precedente en los términos del artículo VII del Código Procesal Constitucional⁹¹, a través del cual se establezcan reglas vinculantes para identificar cuando una pretensión o petición incoada sobrepasa sus límites regulares y se convierte en un proceso legal temerario o abusivo.
160. Pero el hecho de que no exista una regla de observancia obligatoria no quiere decir que al Tribunal Constitucional le resulte ajena la figura de la litigación abusiva. En efecto, a través de reiterada jurisprudencia, el referido colegiado ha conocido diversos casos en el marco de procesos de amparo y hábeas corpus que culminaron con pronunciamientos en los cuales se evaluó la conducta temeraria y de mala fe de los litigantes, llegándose inclusive a establecer en algunas de dichas sentencias una sanción al abogado patrocinante.
161. El carácter temerario o abusivo de una pretensión o petición guarda la misma connotación así se trate de un proceso con o sin efectos anticompetitivos, debido a que la litigación con fines predatorios no es más que una especie del género de abuso de derechos procesales, pues comparte sus caracteres distintivos pero tiene la particularidad de proyectar un efecto pernicioso para el funcionamiento del mercado. En tal sentido, la Sala considera que resulta indispensable desarrollar a continuación, en primer lugar, las pautas de análisis que siguió el Tribunal Constitucional para determinar el ejercicio abusivo y temerario de derechos procesales en el marco de los procesos sometidos a su conocimiento, pues estos criterios constituyen indicadores indispensables para delimitar la misma figura cuando se desarrolla con motivaciones predatorias.

⁹⁰ En la sentencia emitida el 26 de agosto de 2003 en el proceso seguido bajo el Expediente 010-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional indicó que *"Como sucede con todos los derechos fundamentales, el de acceso a la justicia tampoco es un derecho ilimitado cuyo ejercicio no pueda restringirse; sin embargo, siendo posible establecer restricciones a su ejercicio, ellas no pueden afectar su contenido esencial."*

⁹¹ **CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Artículo VII.- Precedente.-** Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

162. De una revisión de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, un primer aspecto que se puede apreciar en varias de las sentencias expedidas es la consideración de una litigación abusiva cuando se advierte la reiteración del demandante de los mismos argumentos ya desestimados en otros procesos.⁹² Entre este grupo de pronunciamientos resulta importante mencionar las sentencias emitidas bajo los expedientes 5740-2008-PA/TC y 1911-2009-PHC/TC, en las cuales el tribunal, coincidentemente, pone de relieve que la conducta litigiosa temeraria se hizo ostensible en ambos casos por la presentación de “19 acciones repetitivas” que ya habían sido desestimadas previamente, ensayando en tal contexto una definición de “temeridad” que claramente se identifica con el hecho de activar la función jurisdiccional con conciencia de la falta de sustento jurídico de la pretensión:

“Que a nuestro juicio, ‘temeridad’, siguiendo la literalidad del término, supone la acción arriesgada, a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos; esto implica, que en un proceso judicial, el mismo sea accionado sin fundamento y mala fe”.
(subrayado agregado)

163. La reiteración de pretensiones ya desestimadas como criterio para identificar una litigación abusiva también se desprende de la sentencia dictada en el marco del Expediente 3683-2009-PHC. En este fallo, el Tribunal Constitucional, nuevamente, incide en que la conducta temeraria se produce por la utilización repetitiva de un proceso de hábeas corpus para cuestionar decisiones judiciales emanadas de procesos de naturaleza patrimonial (quiebra), a sabiendas de la nula probabilidad de éxito de la causa:

“(…) en el caso constitucional de autos, se advierte que la accionante Virginia Delgado Berlanga ha incurrido en actuación o conducta temeraria, toda vez que teniendo pleno conocimiento de la falta de argumentos para llevar adelante el presente proceso constitucional, toda vez que este Tribunal ya emitió pronunciamiento, temerariamente ha interpuesto la presente demanda, dando lugar a la desnaturalización de los fines de este proceso constitucional de hábeas corpus, por lo que corresponde proceder conforme al diseño constitucional y legal establecido.” (subrayado agregado)

164. Otro grupo de litigios que el Tribunal Constitucional ha calificado como abusivos es aquel en que el ejercicio del derecho de acción ha sido canalizado a través de una vía procesal a todas luces impropia. En este caso, el referido colegiado entiende que pese a que el demandante conoce la profusa jurisprudencia que desarrolla las reglas fundamentales de competencia material aplicables a los procesos constitucionales, decide abiertamente apartarse de ella e iniciar procesos destinados a ser rechazados *in limine*.

⁹² Entre estas sentencias se puede mencionar las emitidas en los expedientes 3710-2009-PHC/TC, 3628-2009-PHC/TC, 2976-2009-PHC/TC, 4805-2009-PHC/TC, 1956-2008-PHC/TC, 0767-2007-PHC/TC y 3717-2008-PA/TC.

165. Entre estas sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional calificó como irregular la utilización del proceso de hábeas corpus al procurar la defensa de derechos que de acuerdo al orden constitucional y legal no son tutelables por este proceso, se tiene el fallo emitido en el Expediente 1791-2007-PHC/TC, que declaró improcedente una demanda porque los actos presuntamente vulneratorios no incidían directamente sobre la libertad personal y de tránsito del recurrente; las sentencias expedidas en los expedientes 05616-2007-PHC/TC, 6261-2007-PHC/TC y 1507-2008-PHC/TC, a través de las cuales se cuestionó como actos lesivos liquidaciones judiciales en materia pensionaria; los fallos emitidos en los expedientes 473-2007-PHC/TC y 02018-2009-PHC/TC, que pretenden canalizar a través del hábeas corpus discusiones societarias y un pedido de garantías para ejercer el cargo de director; entre otros.
166. Es cierto que de una revisión de las resoluciones anotadas no se aprecia que el tribunal peruano haya establecido una doctrina jurisprudencial que fije un catálogo cerrado de supuestos en los cuales se produce un ejercicio irregular del derecho de acción o petición. Sin embargo, lo que resulta relevante notar es que el patrón que subyace a todos los casos en los cuales el Tribunal Constitucional decidió intervenir para limitar el ejercicio de estos derechos fundamentales es la ausencia razonable de fundamento objetivo o, lo que es lo mismo, una ausencia completa de méritos que se evidencia ante la existencia de un marco legal que informa al demandante de la nula probabilidad de éxito de su pretensión.
167. En conclusión, la casuística del Tribunal Constitucional en materia de abuso de procesos demuestra una voluntad de intervención excepcional que, a fin de no limitar desmedidamente las garantías fundamentales de acceso a la justicia y petición, se manifiesta solo frente a aquellos casos en que la pretensión o petición incoada carezca evidentemente de méritos por ser manifiestamente infundada o improcedente según indicadores que deberían ser tomados en cuenta por cualquier sujeto medianamente razonable o diligente al iniciar un litigio.
168. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República, al caracterizar la figura de la denuncia penal temeraria, también ha señalado que dicho instituto se configura en aquellos casos en que se advierte la voluntad del denunciante de iniciar procesos penales repetitivos bajo argumentos que ya han sido desestimados anteriormente.⁹³ Para dicho colegiado, insistir

⁹³ En la sentencia casatoria emitida en el marco del Expediente 559-2002-Lima, el máximo órgano del Poder Judicial sostuvo lo siguiente:

"Excede un ejercicio regular de un derecho la conducta constante de una de las partes de iniciar procesos penales, más aún si se tiene en cuenta que ninguno de ellos ha prosperado, constituyendo tales actos un evidente abuso del derecho que la ley no ampara".

sistemática y conscientemente en la presentación de denuncias penales que, conforme a criterios ya informados al litigante, no prosperarán frente al aparato jurisdiccional, no hace más que evidenciar un error técnico en el cual un litigante razonablemente diligente colocado en las mismas circunstancias no hubiera incurrido y que, por tal característica, hace palpable la temeridad procesal⁹⁴.

169. A nivel legislativo, el Código Procesal Civil, norma de aplicación supletoria a los demás ordenamientos procesales⁹⁵, describe en su artículo 112 un catálogo de escenarios que importan un ejercicio temerario o abusivo del proceso⁹⁶. Estos supuestos pueden ser agrupados en tres tipos de modalidades de abuso de procesos: aquella en que el patrón común es un litigante que desde el momento que acude al aparato jurisdiccional conoce o razonablemente debe conocer que su pretensión no tiene méritos; aquella en que el proceso tiene una finalidad simulada o fraudulenta y busca satisfacer objetivos ilegítimos distintos al interés subjetivo en litigio⁹⁷; y, finalmente, el último grupo de supuestos corresponde a aquel en que asumen conductas inadecuadas que entorpecen el impulso del proceso en trámite, transgrediendo el deber de colaboración en la marcha del proceso.

⁹⁴ Es interesante resaltar que a nivel comparado, las cortes colombianas también han adoptado una posición similar en su caracterización de la responsabilidad civil por denuncias temerarias. Así, a través de la sentencia casatoria emitida por su Corte Suprema de Justicia el 5 de agosto de 1937, dicho colegiado indicó que existirá responsabilidad cuando el “*el error técnico del actor se halla evidentemente caracterizado*”. Esto quiere decir, a juicio de Rengifo García en su comentario a dicha sentencia, que el ejercicio procesal será abusivo cuando atendiendo al patrón que seguiría un litigante razonable en las mismas circunstancias, se debería entender que este conocía que su pretensión no sería procedente o favorable y aún así decidió activar imprudentemente la actividad jurisdiccional. Cfr.: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al Abuso de Posición Dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 104 y 105.

⁹⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Primera Disposición Complementaria y Final.**- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

⁹⁶ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 112.- Temeridad o mala fe.**- Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y,
7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación.

⁹⁷ La doctrina procesal, al caracterizar este tipo de casos, ha entendido que incluso estos pueden tener a priori una causa fundada en derecho, pero que pierde su legitimidad en la medida que surja una evidencia fehaciente de que fue utilizada, por ejemplo, para extorsionar o presionar a la contraparte. Así por ejemplo, Ordoqui, a propósito de la utilización del proceso con fines inadecuados, invoca el supuesto de la extorsión. En tal sentido, sostiene que cuando en una hipotética denuncia penal se hace una acusación con motivos irregulares de extorsión, pues se acredita que la denuncia fue utilizada para empujar al denunciado a una transacción, se estaría usando el proceso con fines temerarios pese a que exista en principio una causa legítima. Cfr.: ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Abuso de derecho (civil, comercial, procesal, laboral y administrativo)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010, pp. 570-571.

170. A su vez, el Decreto Legislativo 807 –Ley de Facultades, Normas y Organización del Indecopi–, cuerpo legal de aplicación a todos los procesos contenciosos de conocimiento de los órganos funcionales del Indecopi, regula y sanciona en su artículo 7 la presentación de denuncias maliciosas. Si se revisa la literalidad de dicha norma⁹⁸ así como la interpretación que la Sala de Defensa de la Competencia ha efectuado al respecto, puede constatar que el ejercicio abusivo del derecho a formular denuncias administrativas se produce cuando el peticionante incoa un procedimiento sancionador con plena conciencia de su inexactitud o de la falta de méritos.⁹⁹
171. Por consiguiente, frente a casos en que el litigante cuente con algún sustento jurídico a partir de su particular interpretación de los hechos y del derecho aplicable, la autoridad de competencia ha optado por entender que existe un fundamento objetivo y un ejercicio legítimo del derecho de petición, por más que finalmente la denuncia no sea amparada¹⁰⁰. En esa línea, el tribunal ha enunciado una serie de ejemplos típicos que reflejan la ausencia de fundamento objetivo, mencionando entre ellos la presentación de denuncias basadas en pruebas falsas o la interposición reiterada de denuncias contra una persona que previamente ha sido denunciada por el peticionante por el mismo hecho y cuyos anteriores reclamos fueron declarados improcedentes o infundados, entre otros supuestos¹⁰¹.

⁹⁸ La parte pertinente del referido artículo señala lo siguiente:

"(...) Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. (...)"
(subrayado agregado)

⁹⁹ En la Resolución 0146-2000/TDC-INDECOPI del 7 de abril de 2000, la Sala señaló lo siguiente a propósito de la aplicación del artículo 7 del Decreto Legislativo 807:

"(...) para imponer la sanción administrativa allí prevista se deberá acreditar la intencionalidad del sujeto activo. Dicha intencionalidad no se encuentra referida al aspecto subjetivo sino al conocimiento objetivo de la realidad. Es decir, se debe acreditar la intención por parte del denunciante de ocasionar un perjuicio al denunciado, ya sea por la falsedad de sus imputaciones o por la falta de argumentos que las sustenten. Así, en principio, se presume que el solicitante actúa de buena fe al momento de denunciar un hecho determinado, salvo que a lo largo del procedimiento se evidencie lo contrario. Ello deberá ser determinado por la autoridad administrativa en cada caso concreto, sobre la base de las pruebas que obran en el expediente y de la información con que cuente".

¹⁰⁰ En el marco de un caso sobre actos de confusión y explotación de reputación ajena seguido por Procter & Gamble Perú S.R.L. contra Droguerías Britania S.A. y Almacenes Canta S.A. (Resolución 0017-2003/TDC-INDECOPI del 24 de enero de 2003), la Sala consideró lo siguiente:

"En el presente caso, la denuncia formulada por Procter tenía un sustento fáctico, pues, como se ha demostrado, los productos comercializados por las denunciadas pueden confundirse con los suyos, además de estar sustentada en una interpretación de las pruebas y del derecho que fue amparada por la primera instancia, que declaró fundada la denuncia, si bien dicha decisión ha sido revocada por esta Sala. Por lo tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo en que denegó el pedido de Britania y Almacenes Canta para que se sancione a Procter por la supuesta presentación de una denuncia maliciosa".

¹⁰¹ Cfr. Resolución 0360-1998/TDC-INDECOPI del 30 de diciembre de 1998 y la Resolución 0146-2000/TDC-INDECOPI del 7 de abril de 2000.

172. Como puede verse, el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, las normas civiles adjetivas y la regulación del Decreto Legislativo 807 aplicable a los procedimientos tramitados ante Indecopi, coinciden en diversos criterios que permiten identificar cuándo existe un ejercicio del proceso legal guiado por la temeridad.
173. Estos criterios, que evidencian la voluntad de ejercer abusivamente del derecho de acción o petición, se aprecian principalmente cuando: (i) el litigante o peticionante, de acuerdo con el contexto en que se inserta, tiene plena conciencia de que su pretensión o solicitud administrativa será rechazada *in limine* o que carece completamente de fundamento objetivo y probabilidades de éxito; y, (ii) se identifican suficientes elementos de prueba que permiten acreditar que un proceso legal fue guiado por el fraude y la corrupción.

III.7.3 La experiencia jurisprudencial sobre litigación predatoria

174. A efectos de delimitar cuándo se configura un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales y su relación con el ejercicio de los derechos constitucionales de acción y petición, resulta un referente importante la jurisprudencia comparada que ha desarrollado criterios de análisis sobre la materia.
175. La figura del abuso de procesos legales o “litigación predatoria” encuentra su origen en la práctica jurisprudencial norteamericana que dio lugar a la denominada doctrina *Noerr-Pennington*. Esta doctrina se consolidó mediante dos pronunciamientos emblemáticos expedidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los asuntos *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*¹⁰² (o *Noerr*) y *United Mine Workers v. Pennington*¹⁰³ (o *Pennington*).
176. En el caso *Noerr*¹⁰⁴, la Corte Suprema desestimó la pretensión de los demandantes por considerar que la *Sherman Act* –ley de competencia norteamericana– no prohíbe que dos o más individuos intenten persuadir a las autoridades legislativas o administrativas para adoptar una acción con respecto a una ley, aunque ello pueda producir una restricción a la competencia o un monopolio.

¹⁰² *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961)

¹⁰³ *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965)

¹⁰⁴ En este proceso un grupo de empresas de transporte de carga por carretera denunciaron una campaña publicitaria promovida por compañías ferroviarias dirigida a restringir la competencia y monopolizar el negocio de transporte de carga de larga distancia, promoviendo para ello la adopción de leyes que perjudicarían las actividades y relaciones comerciales de los demandantes.

177. La decisión se justificó en el hecho de que los ciudadanos tienen el derecho de informar a sus representantes en el gobierno sobre sus pretensiones con relación a la emisión o el cumplimiento de las leyes, con independencia de los motivos que tienen para hacerlo. En esa línea, la Corte Suprema destacó la importancia del derecho de petición recogido por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América¹⁰⁵, siendo que su decisión se sustentó en la protección de dicho derecho.
178. Posteriormente en el Asunto *Pennington*¹⁰⁶, bajo el mismo criterio adoptado en *Noerr*, la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones y rechazó que se configure un caso *antitrust*, al establecer que “Los esfuerzos conjuntos para influir sobre los agentes públicos no violan las leyes *antitrust* aun cuando intentan eliminar la competencia”¹⁰⁷.
179. En consecuencia, la aplicación de la doctrina *Noerr-Pennington* implica –en general– que en aquellos casos en los que se dirigen peticiones a las autoridades legislativas y administrativas, incluso con la finalidad de obtener una ventaja competitiva o producir un efecto restrictivo en la competencia, no se configura un supuesto de responsabilidad bajo las leyes *antitrust*.
180. Sin embargo, cabe resaltar que la Corte Suprema no otorgó una protección e inmunidad absoluta e irrestricta al derecho de petición frente a las leyes de competencia. Por el contrario, a propósito del caso *Noerr*, el Tribunal Supremo reconoció que existen supuestos en los cuales la petición dirigida para influir en la acción gubernamental es una mera fachada o simulación para lo que en realidad es un intento de interferir directamente en las relaciones empresariales de un competidor.¹⁰⁸ Esta excepción a la aplicación de la doctrina *Noerr-Pennington* fue denominada como “*sham exception*”.

¹⁰⁵ **U.S. Bill of Rights**
Primera Enmienda

El Congreso no emitirá ninguna ley respecto al establecimiento de religión, o prohibiendo su libre ejercicio, o que coarte la libertad de expresión, o de la prensa; o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.

Traducción libre de:

First Amendment I

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

¹⁰⁶ La Corte Suprema analizó bajo la *Sherman Act* la petición dirigida a la autoridad de trabajo por una asociación de trabajadores mineros e importantes empresas del sector de minería de carbón, que finalmente llevó a la imposición de un salario mínimo mayor al establecido en otras industrias. Los denunciantes reclamaban que esta medida les dificultaba a las pequeñas empresas la contratación de personal e incrementaba significativamente sus costos.

¹⁰⁷ Traducción libre de: “Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition.” *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

¹⁰⁸ La Corte Suprema señaló expresamente que: “Pueden haber situaciones en las cuales una campaña publicitaria, ostensiblemente dirigida a influir la acción gubernamental, es una mera simulación para cubrir lo que, en realidad, no es más que un intento de interferir directamente con las relaciones empresariales de un competidor y la aplicación de la *Sherman Act* estaría justificada”. Traducción libre de: “There may be situations in which a publicity

181. El primer caso en el cual la Corte Suprema norteamericana aplicó la *sham exception* fue en *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited (o California Motor)*¹⁰⁹. Un grupo de transportistas que operaban en la carretera estatal de California demandaron a otros transportistas que participaban del mismo mercado, alegando que los demandados acordaron iniciar procedimientos estatales y federales “con y sin causa probable, e independientemente de los méritos de los casos”¹¹⁰ para obstruir sus solicitudes para adquirir, transferir o registrar sus permisos de operación.
182. La Corte determinó que a diferencia de *Noerr*, no se trataba de un intento válido de influir en las autoridades gubernamentales para atender sus intereses, sino que se pretendía dilatar los procedimientos iniciados por los demandantes e impedir que tengan un acceso significativo a los tribunales y agencias públicas. Al identificar un patrón de acciones repetitivas y sin fundamento –solo obtuvieron pronunciamientos favorables en 21 de 40 de las demandas¹¹¹–, concluyó que se encontraban en el ámbito de la *sham exception*.¹¹²
183. Conforme anota la *Federal Trade Commission (FTC)*¹¹³, aunque la Corte Suprema no delimitó claramente los parámetros aplicables para determinar un caso de *sham litigation*, listó ejemplos de supuestos que podrían calificar como tal. Entre otros, se encuentran los casos del perjurio de testigos, la obtención de una patente por fraude, la conspiración con una autoridad a cargo del otorgamiento de licencias para eliminar a un competidor y los sobornos a los agentes estatales.
184. De esta manera, a partir de la experiencia jurisprudencial norteamericana, se puede concluir que el escrutinio bajo las leyes *antitrust* al ejercicio del

campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified.”

¹⁰⁹ *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972)

¹¹⁰ Traducción libre de: “instituted the proceedings and actions (...) with or without probable cause, and regardless of the merits of the cases.” *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972)

¹¹¹ HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Minnesota: West Group, Second Edition, 1999, p.687.

¹¹² En un voto concurrente, los jueces Stewart y Brennan disintieron de la opinión mayoritaria de la Corte, por considerar que se estaba retrocediendo respecto de la decisión adoptada en *Noerr*. A su criterio, toda vez que en este último caso se estableció que el intento de influir en autoridades legislativas y administrativas encontraba inmunidad *antitrust*, consideraban que solicitar a las autoridades judiciales determinada acción no era distinto que lo planteado en los otros casos, en la medida que no se haya presentado un supuesto de perjurio, fraude o soborno que permita calificar las demandas como *sham*, lo cual no se habría configurado en el caso materia de análisis.

¹¹³ FEDERAL TRADE COMMISSION. *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report.*, Año 2006. p. 8.

derecho de petición no se restringe a las solicitudes ante las autoridades legislativas y administrativas, sino que conforme a lo resuelto en *California Motor*, también resulta aplicable para analizar las peticiones dirigidas ante las autoridades judiciales.

185. El caso más representativo en esta materia, pues constituye un precedente jurisprudencial (*leading case*) expedido por la Corte Suprema norteamericana, es *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* (o PRE)¹¹⁴.
186. Columbia Pictures y otros estudios cinematográficos (Columbia) demandaron a unos operadores hoteleros por infracción a sus derechos de autor¹¹⁵. Ante ello, los demandados plantearon una reconvención alegando que la demanda interpuesta era una simulación (*sham*) que tenía por finalidad monopolizar el mercado.
187. La Corte Suprema determinó que la acción iniciada por Columbia no constituía un supuesto de *sham litigation*, pues al tener una causa probable para interponer la demanda –en el caso, la presunta infracción a sus derechos de autor– se encontraba bajo la inmunidad otorgada por *Noerr*. Aunque finalmente se determinó que los demandados no infringieron los derechos de autor, la Corte podía razonablemente concluir que las acciones de Columbia eran un esfuerzo objetivamente plausible para hacer cumplir sus derechos, más aun cuando su pretensión había sido amparada por cortes inferiores.
188. En este pronunciamiento, la Corte Suprema estableció un test de dos pasos, a efectos de determinar cuándo se presenta un supuesto de *sham litigation*, señalando lo siguiente:

“Primero, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento en el sentido que ningún litigante razonable podría esperar, de manera realista, obtener un triunfo en los méritos. Si un litigante objetivo puede concluir que la demanda ha sido razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda está inmune bajo Noerr, y una demanda antitrust sustentada en la sham exception debe fracasar. Sólo si la litigación cuestionada, objetivamente, carece de méritos, una corte puede examinar la motivación subjetiva del litigante. Bajo esta segunda parte de nuestra definición de sham, la corte debería enfocarse en si la demanda sin fundamento oculta ‘un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor’, (...) a través del uso [del] proceso gubernamental

¹¹⁴ *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* 508 U.S. 49 (1993).

¹¹⁵ En este caso, Columbia demandó a PRE por haber implementado un sistema de reproducción de sus películas en las habitaciones de sus hoteles y por intentar vender este sistema a otros hoteles.

– en oposición al resultado de ese proceso – como una arma anticompetitiva”.¹¹⁶
(Subrayado y resaltado añadidos)

189. Conforme al test *PRE*, para determinar si se configura un supuesto de *sham litigation* corresponde analizar si una demanda (i) carece de fundamento objetivo; y solo en caso de comprobarse esta condición, (ii) examinar la motivación subjetiva del litigante de afectar a sus competidores. Esta regla de análisis establecida por la Corte Suprema como precedente vinculante es la que se mantiene vigente en la jurisprudencia norteamericana para determinar si se configura un supuesto de litigación predatoria; o de lo contrario, si se trata de un ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición.
190. De otro lado, en el ámbito de la jurisprudencia comunitaria europea, destaca el pronunciamiento expedido por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas en el Asunto *ITT Promedia NV v. Belgacom S.A.*¹¹⁷ (o *Promedia*).¹¹⁸ En este caso, a partir de las relaciones comerciales entre ambas empresas, surgieron conflictos por la cesión de datos que *Belgacom S.A.* debía proporcionar a *ITT Promedia* para la publicación de las guías telefónicas que elaboraba, lo cual dio lugar a que esta última empresa interponga dos demandas en su contra. *Belgacom S.A.* contestó las demandas e interpuso reconvencciones en los referidos procesos, así como promovió otro proceso judicial ante el Tribunal de Comercio; sin embargo, no logró obtener pronunciamientos a su favor.
191. La importancia del caso radica en que el Tribunal de Primera Instancia confirmó la regla propuesta por la Comisión Europea para analizar los supuestos de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. Así, los dos pasos que se deben verificar para determinar si se trata o no de una conducta anticompetitiva son: (i) en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria; y, (ii) en segundo lugar, que

¹¹⁶ Traducción libre de: “First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if the challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals ‘an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor’, (...) through the use [of] the governmental process –as opposed to the outcome of that process--as an anticompetitive weapon”. *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* 508 U.S. 49 (1993).

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996A0111:ES:HTML> (Visitada el 22 de junio de 2011)

¹¹⁸ La demandante era una sociedad belga cuyas actividades principales se orientaban a la edición de guías telefónicas comerciales en Bélgica. Por su parte, *Belgacom S.A.* era la empresa que durante un largo periodo mantuvo el monopolio legal de gestión de las telecomunicaciones en Bélgica, incluida la publicación y distribución de guías telefónicas, así como del otorgamiento de autorizaciones a terceros para la publicación de las referidas guías.

esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia.

192. En aplicación de dichos criterios, las autoridades comunitarias desestimaron la pretensión de *ITT Promedia* para calificar las demandas interpuestas por *Belgacom S.A.* como un supuesto de abuso de procesos legales, al considerar que aquellas tenían por objeto hacer valer un derecho que la demandada consideraba como suyo al momento de emprender las medidas legales.
193. De la revisión de la posición comunitaria en la materia, la Sala considera que los dos criterios acumulativos planteados por la Comisión Europea resultan similares a los que conforman el test *PRE* formulado por la Corte Suprema norteamericana. Tal como lo determinó la propia Comisión Europea respecto del primer criterio planteado en *Promedia*, la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo.¹¹⁹ A consideración de este colegiado, ello equivale a la ausencia de fundamento objetivo que constituye el primer elemento del precedente jurisprudencial *PRE*.
194. En la misma línea, en ambos casos solo corresponde analizar el segundo elemento referido a la motivación anticompetitiva del litigante si es que se ha verificado que, conforme a *PRE*, existe ausencia de fundamento objetivo, o en los términos de *Promedia*, no puede considerarse que las acciones judiciales tienen por objeto hacer valer los derechos de la empresa.
195. De otro lado, la práctica jurisprudencial peruana en materia de libre competencia, si bien no tan profusa como la experiencia internacional que se ha descrito, tampoco ha sido ajena al intento de determinar elementos de análisis para el enjuiciamiento de este tipo de conducta.
196. La decisión expedida en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros constituye el único caso previo al presente en que la autoridad de competencia emitió

¹¹⁹ Respecto de los dos criterios acumulativos planteados por la Comisión Europea, el Tribunal de Primera Instancia señaló:

"(...)

56.- **El primero de los dos criterios significa, según la Comisión, que la acción judicial debe carecer manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo.** El segundo indica, por su parte, que la acción judicial debe tener por objeto la eliminación de la competencia. Ambos criterios deben reunirse para que se demuestre la existencia de un abuso. El hecho de ejercitar una acción judicial improcedente no puede por sí mismo constituir una infracción del artículo 86 del Tratado, a menos que dicha acción persiga una finalidad contraria a la competencia. Análogamente, si se puede considerar razonablemente que una acción judicial representa un intento de hacer valer derechos frente a competidores, no podrá constituir un abuso, independientemente de que pueda inscribirse en un plan destinado a eliminar la competencia. (...)"
(Subrayado y resaltado añadidos)

un pronunciamiento tratando de establecer ciertas pautas para identificar supuestos de “*sham litigation*”.

197. En aquella oportunidad, se analizó un supuesto de abuso de procesos legales implementado mediante el inicio de procesos judiciales y procedimientos administrativos destinados a restringir la competencia en el mercado de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao. Luego de analizar la estrategia legal implementada, la autoridad de competencia declaró la responsabilidad de la imputada, considerando que los diversos procesos y procedimientos incoados impedían que los prácticos que renunciaron a Pilot Station S.A. continúen realizando sus actividades de practicaje en el terminal, perjudicando con ello a las empresas administradoras de prácticos competidoras al recortarles la posibilidad de proveerse del recurso más importante para competir en el mercado, esto es, los prácticos marítimos.
198. Lo relevante de este pronunciamiento es que, como criterio de evaluación, tanto la Comisión como la Sala coincidieron en que el indicador del uso predatorio de los mecanismos legales se evidenciaba a partir de la existencia de una pluralidad de acciones que no tenían una causa probable o mérito suficiente (test similar al propuesto en los asuntos *PRE* y *Promedia*), lo cual se advertía del hecho que fueron declaradas improcedentes o infundadas en su mayoría¹²⁰.
199. En consecuencia, se puede afirmar que para determinar si se configura un supuesto de litigación predatoria, las posiciones predominantes en la jurisprudencia comparada y el fallo expedido por la Sala en el caso Pilot apuntan a exigir el análisis de un elemento objetivo relacionado con el fundamento de la pretensión del litigante y la ausencia de fraude, antes de determinar si se trata de un intento por hostigar a la parte contraria o afectar a sus competidores.

¹²⁰ En particular, la Sala sostuvo en dicho pronunciamiento lo siguiente:

*“Del expediente se observa que las autoridades a cargo de pronunciarse sobre los procesos entablados por Pilot desestimaron las denuncias y demandas formuladas declarándolas improcedentes en algunos casos por falta de competencia, o infundadas al no haberse configurado la infracción denunciada. De ello, se desprende que la finalidad de Pilot al iniciar acciones contra los prácticos renunciantes era impedir que éstos continuaran prestando servicios de practicaje en el TPC a través de las empresas competidoras.
(...)”*

A criterio de la Sala, el número de acciones interpuestas por Pilot contra cada práctico renunciante, así como el petitorio expuesto en cada uno de los procesos iniciados, evidencia la intención de Pilot de impedir que los prácticos renunciantes puedan ejercer sus servicios a través de empresas competidoras.”

III.7.4 El marco conceptual aplicable para supuestos de abuso de procesos legales bajo el Decreto Legislativo 1034

200. Luego de revisar el marco teórico y jurisprudencial a nivel nacional y comparado respecto de la figura del abuso de procesos legales, corresponde a la Sala determinar cuáles son los elementos de análisis que, a su criterio, se deben evaluar para establecer cuándo se configura una práctica de litigación predatoria según el Decreto Legislativo 1034.
201. Conforme a lo expuesto en los acápites precedentes, la represión y sanción del abuso de procesos legales implica una intervención en el ejercicio de los derechos constitucionales de acción y petición. Debido a la naturaleza fundamental de estos derechos y el carácter excepcional de la restricción, resulta obligación de la autoridad de competencia establecer criterios que otorguen predictibilidad a los agentes económicos a efectos de determinar cuándo se configura la infracción.
202. En concordancia con la práctica jurisprudencial mayoritaria, la Sala considera que ante la imputación de un abuso predatorio de procesos legales resulta primordial analizar si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante.
203. En efecto, si el inicio de procesos judiciales y procedimientos administrativos se encuentra respaldado en la existencia de un fundamento objetivo o una “causa probable”, de manera tal que se verifique que el litigante acciona pues pretende atender sus derechos, este colegiado estima que debería descartarse un ejercicio ilegítimo de los derechos de acción y petición. En este contexto, cabe señalar que no es necesario que su pretensión sea efectivamente tutelada, sino que su reclamo tenga a la fecha de ser interpuesto al menos alguna probabilidad de ser acogido.
204. La importancia de analizar el fundamento objetivo de las pretensiones o la “causa probable” ha sido recogida no solo en lo señalado en la jurisprudencia comparada a partir del precedente *PRE* o el caso *Promedia*, sino que también encuentra significativo respaldo en la doctrina autorizada en la materia. Como se apreciará a continuación, las razones desarrolladas doctrinariamente comparten un argumento sustancial: si un litigio tiene probabilidades de tutelar un derecho o interés del solicitante, se trata –con independencia de sus efectos– del ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición.
205. Así, a nivel de la doctrina *antitrust*, Hovenkamp destaca la importancia del fundamento objetivo para descartar si nos encontramos en el ámbito de la *sham exception* al señalar “si el solicitante razonablemente desea la acción

gubernamental, y si objetivamente hay una razonable oportunidad que él la obtenga, entonces la conducta no califica como “sham”, a pesar que el rival resultará más perjudicado por seguir el proceso que por la decisión gubernativa en sí misma”¹²¹. (Subrayado añadido)

206. En esa línea, el referido autor señala que “(...) si un elemento substancial – no necesariamente el elemento exclusivo– en el motivo del litigante es obtener la reparación solicitada del gobierno, entonces la conducta en cuestión no constituye una simulación. La jurisprudencia ciertamente parece apuntar en esa dirección, y la Primera Enmienda podría obligarla”.¹²²
207. Para destruir la presunción de buena fe de la que goza el ejercicio de los derechos de petición o de acción, el profesor americano Areeda también plantea un test objetivo, según el cual el juzgador debe examinar la actividad procesal impugnada y verificar si esta carecía en sí misma de fundamentos o méritos, pues solo así se puede determinar si constituye o no una invocación razonable de los procedimientos públicos.¹²³
208. En similar sentido, en la doctrina comunitaria europea se ha resaltado que “Solo cuando la acción no cumpla los requisitos de objetividad de tener una causa probable, pueden considerar los Tribunales cuáles han sido las motivaciones subjetivas del litigante, es decir, si se vio motivado por el deseo de desgastar al competidor en lugar de obtener un resultado victorioso”.¹²⁴ (Subrayado añadido)
209. De lo señalado, se advierte que al igual que en los casos *PRE* y *Promedia* la doctrina sostiene la importancia del análisis de la ausencia del fundamento objetivo como primera condición para establecer si nos encontramos en un supuesto de abuso de procesos legales. Es cierto que se reconoce que en virtud de las demandas incoadas se puede generar un perjuicio colateral a los competidores; sin embargo, al sustentarse en un fundamento objetivo y buscar atender sus intereses, no puede calificar como ilegítimo el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares de recurrir ante las autoridades para satisfacer sus pretensiones.

¹²¹ Traducción libre de: “If the petitioner reasonably desires governmental action, and if there is an objectively reasonable chance that he will obtain it, then the conduct is not a “sham” notwithstanding that the rival will be injured more by the process than by the government decision itself.” HOVENKAMP, Herbert. Op.Cit. p. 688.

¹²² Traducción libre de “(...) if a substantial element (not necessarily the exclusive element) in the antitrust defendant’s motive is to obtain the requested relief from the government, then the conduct at issue is not a sham. The case law certainly seems to be pointing in that direction, and the First Amendment may compel it.” Ibidem, pp. 688-689.

¹²³ AREEDA, Phillip citado por HURWITZ, J.D. “Abuse of Governmental Processes, the First Amendment and the Boundaries of Noerr”. En: Georgetown Law Journal, Vol. 74, 1985-1986, p. 96.

¹²⁴ VEGA – PENICHET LÓPEZ, Luis. “Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante”. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 1999, p. 28.

210. En contrapartida, si la autoridad de competencia verifica la ausencia de fundamento objetivo o de causa probable, la Sala considera que solo en ese caso puede pasar a analizarse si es que la actividad procesal se encuentra motivada en un intento de afectar el correcto funcionamiento del mercado (elemento subjetivo).
211. Respecto de este segundo aspecto, en concordancia con la definición contenida en el artículo 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034, la Sala considera que la pluralidad y reiteración de procesos o procedimientos carentes de mérito dirigidos contra competidores o que apuntan al establecimiento de barreras a la entrada constituye la evidencia de la finalidad anticompetitiva del litigante, es decir, el elemento subjetivo requerido para la configuración de la infracción.
212. De la revisión de la resolución apelada se aprecia que la Comisión optó por una pauta de análisis distinta, al considerar que para evaluar los supuestos de litigación predatoria, la autoridad de competencia podía recurrir a diversos elementos indicadores que permitan evidenciar cuál es la intención de los accionantes¹²⁵.
213. A criterio de la primera instancia, la intención real de los accionantes puede extraerse a partir de diversos elementos, siendo uno de ellos, pero no el único, la ausencia de expectativa razonable de triunfo en el proceso que sustenta el test *PRE*, al no ser apropiado para analizar una serie de acciones legales. Además de dicho criterio, la Comisión consideró que para revelar la verdadera intención detrás de la conducta, se debería atender a diversos elementos indicadores tales como: (i) el provecho económico obtenido como consecuencia de la demanda; (ii) el número de acciones legales, es decir, si son varias medidas para efectuar una misma petición o se presentan los mismos argumentos; y, (iii) la oportunidad y sujetos contra los que se dirigen.
214. Contrariamente a lo señalado por la primera instancia, la Sala considera que la constatación del fundamento objetivo no es solo un elemento adicional en

¹²⁵

La primera instancia sustentó su decisión a partir de pronunciamientos expedidos por Cortes de Apelaciones de los Estados Unidos en los casos *USS-Posco Industries Be&k v. Costa County Building & Construction Trades Council* (o *USS-Posco*) - 31 F3d 800 (9th Cir.1994) y *Primetime 24 Joint Venture v. National Broadcasting Company* - 219 F.3d 92 (2nd Cir. 2000), en los cuales se habría establecido que ante un patrón de acciones legales –aun cuando algunas de ellas cuentan con causa probable– correspondía realizar un análisis prospectivo, basado únicamente en la intención subyacente a la práctica reiterada. Del mismo modo, la Comisión tomó en consideración posturas doctrinales que cuestionarían la insuficiencia del criterio de “ausencia de fundamento objetivo” de *PRE* para analizar los supuestos de litigación predatoria. En líneas generales, los autores que respaldan la posición de la primera instancia sostienen que existen supuestos en los cuales pese a contar con una causa probable, un litigante razonable no interpondría las acciones legales a no ser por el daño anticompetitivo colateral que ocasionaría a sus competidores. (Al respecto, Cfr.: LAO, Marina. *Reforming the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine*. 55 Rutgers Law Review, 965, Summer 2003; PERRINE, James. *Defining the “Sham Litigation” Exception to the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine: An Analysis of the Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Decision*. 46 Alabama Law Review, 815, Spring 1995; MYERS, Gary. *Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors*. 51 Washington & Lee University Law Review, 1199, Fall 1994.)

el análisis, sino que es el punto de partida para evaluar una presunta estrategia predatoria, siendo que solo en caso de no presentarse dicho elemento correspondería verificar la motivación anticompetitiva de los litigantes; intención que se manifiesta mediante una pluralidad de procesos legales iniciados con prescindencia de los méritos.

215. Atendiendo a lo expuesto, este colegiado estima que los otros factores empleados por la Comisión no son criterios idóneos para revelar de manera concluyente la intención anticompetitiva (factor subjetivo) que se requiere para la configuración de la conducta.
216. Así por ejemplo, la Comisión ha señalado que cuando un litigante pretende satisfacer el mismo interés mediante la iniciación de varios procesos o procedimientos, ello puede evidenciar la intención anticompetitiva, dado que no se espera un resultado favorable en cada una de estas vías legales iniciadas y, por tanto, ellas han sido interpuestas simplemente para incrementar sus probabilidades de éxito.
217. Al respecto, la Sala discrepa con dicha posición pues considera que la opción de aumentar el espectro de posibilidades de lograr un resultado favorable es una decisión legítima que se enmarca dentro de la estrategia procesal que adopte cada sujeto de derecho.
218. La posibilidad de que una pretensión o petición no sea amparada en una determinada vía procesal está siempre latente, con lo cual los demás litigios iniciados se convierten en una suerte de mecanismos de “diversificación del riesgo” a fin de que el interés subjetivo que se pretende tutelar no quede desamparado completamente de denegarse el mérito en alguna de las vías procesales.
219. En algunos casos, el sistema legal establece expresamente que no se puede utilizar una vía legal sin que previamente se haya recurrido a otra. En otros supuestos, establece que no se puede acudir a dos vías procesales simultáneamente. Sin embargo, si el propio sistema legitima la utilización de vías paralelas, ello no debe ser calificado como un indicio concluyente del ejercicio irregular de los derechos de acción y petición.
220. Además, debe notarse que cada escenario procesal tiene sus propias ventajas y desventajas, como lo son los diferentes plazos de resolución, exigencias probatorias, alcances del pronunciamiento (efectos generales o particulares), entre otros. Y es precisamente la suma de todos esos factores lo que se entiende que ha evaluado el litigante y que lo ha llevado a formular la reivindicación de sus intereses en diferentes vías. Intereses que, por lo demás, si bien pueden ser bastante similares, no necesariamente coinciden en todos los procesos.

221. Por consiguiente, este colegiado no comparte el criterio expuesto por la primera instancia y considera que la decisión de activar diversas vías procesales para discutir los mismos conflictos jurídicos, mientras no sea evidentemente improcedente o carente de fundamento, no es un indicador suficiente para asumir la intención predatoria y, más bien, es una expresión del legítimo derecho de los particulares de desarrollar de la manera más efectiva la estrategia procesal que tutele de manera más amplia sus intereses.
222. La Comisión también ha sostenido en el punto 96 de su resolución que un elemento indicador de la motivación anticompetitiva que subyace a la litigación desarrollada por los denunciados en este tipo de conductas, consiste en ponderar los costos económicos que irroga un proceso frente al provecho económico esperado. De ahí que una demanda, por más que cuente con una causa probable, podría calificar como un ilícito *antitrust* si no genera mayores beneficios para el accionante¹²⁶.
223. No obstante, la ponderación del costo del proceso frente a los beneficios que se desprenden de un eventual resultado favorable es un elemento indicador de muy difícil medición, que abre el camino para la arbitrariedad de la autoridad y, consecuentemente, aumenta los riesgos de una intervención desmedida sobre los derechos de petición y acceso a la justicia. Ciertamente, todo proceso puede traer beneficios que no necesariamente son apreciables por la autoridad y que van más allá de la restitución de la situación jurídica que se alega como pretensión.
224. Así por ejemplo, una demanda amparada puede dotar de mayor credibilidad a una empresa en el mercado, con una serie de efectos colaterales inapreciables tales como mejorar su relación frente a las autoridades, posicionar su imagen frente a sus consumidores, incrementar inmediatamente el valor de sus acciones en el mercado bursátil, entre otros.
225. Por ello, dado que resulta muy difícil determinar con exactitud el impacto a nivel de beneficios y costos que importa una medida legal, no cabe considerar este criterio expuesto por la Comisión para establecer la simulación en el ejercicio de los derechos procesales.
226. De otro lado, es importante establecer que en los casos de litigación predatoria el análisis del fundamento objetivo debe efectuarse teniendo en cuenta el marco jurídico existente al momento de incoar los procesos legales (análisis prospectivo) y no resulta necesario esperar su resultado (análisis

¹²⁶ Esta posición ha sido, por ejemplo, expresada en el año de 1982 por el juez Posner, en el marco de la sentencia expedida en el caso *Grip-Pak, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.* (694 F. 2d 466)

retrospectivo). Tal como señaló la Comisión, esperar el resultado de los procesos legales materia de cuestionamiento podría generar efectos altamente perniciosos, en particular, si dichos procesos demandan una larga tramitación.

227. Aceptar una postura en sentido contrario, implicaría permitir que los procesos puedan constituirse en efectivas barreras legales que dificultarían la competencia, generando que la represión de la conducta de abuso de procesos legales carezca de toda eficacia.

228. El análisis prospectivo ha sido recogido en el ámbito de la Comunidad Europea también a partir del caso *Promedia*, al señalar que respecto del fundamento objetivo, se debe analizar la situación existente en el momento de interponerse las medidas legales:

“73. Además, al aplicar dicho criterio, no se trata de determinar si los derechos que la empresa hacía valer en el momento en el que ejerció su acción judicial existían efectivamente, o si ésta era procedente, sino que debe determinarse si tal acción tenía por finalidad hacer valer derechos que la empresa, en aquel momento, podría razonablemente considerar suyos”. (Subrayado y resaltado añadidos)

229. En este punto, es importante destacar que el optar por un análisis prospectivo no implica bajo punto de vista alguno un avocamiento a causas pendientes de competencia de otras autoridades, pues el pronunciamiento de los órganos funcionales del Indecopi no versa sobre la materia controvertida en los procesos en curso. En efecto, en este tipo de casos lo que se analiza es la posible estrategia predatoria del denunciado, lo cual supone evaluar el escenario inicial bajo el cual planteó sus acciones o peticiones. Es decir, sus reales expectativas de éxito en función del marco legal y jurisprudencial al incoar sus pretensiones.

230. En este escenario, el resultado de los procesos no es determinante para analizar un supuesto de litigación predatoria, siendo que eventualmente ratificaría la existencia de un fundamento objetivo o una causa probable, lo cual, según lo expuesto, debe ser analizado al momento de incoarse el proceso judicial o el procedimiento administrativo.

231. En consecuencia, la Sala concluye que el análisis de los supuestos de litigación predatoria debe partir necesariamente de la verificación de la ausencia de fundamento objetivo frente a una pluralidad de pretensiones o peticiones deducidas, lo cual debe ser evaluado de manera prospectiva, esto es, en atención a la expectativa razonable de éxito que estas tenían al momento de iniciados los procesos legales.

III.8 Análisis de la conducta denunciada

III.8.1 La modificación del Contrato de Concesión del FC

232. El proceso de Licitación Pública Internacional para la entrega en concesión de la infraestructura ferroviaria que antes correspondía a Enafer incluyó tres vías férreas: el FC, el FS y el FSO. La buena pro fue adjudicada al Consorcio Ferrocarriles del Perú, compuesto por Fetrans y FVCA, que actuaron como un consorcio divisible¹²⁷.

233. Ambos contratos, es decir, el suscrito por FVCA para el FC y por Fetrans para el FS y FSO, si bien celebrados de manera independiente, contenían las mismas cláusulas, siendo que en la cláusula 12.2 se dispuso lo siguiente:

“(…)

Asimismo, el Concesionario asume la responsabilidad directa de que el operador de Servicios de Transporte Ferroviario en el que, directa o indirectamente, participa el propio Concesionario, sus socios, accionistas, participacionistas o las Empresas Vinculadas de ellos o del Concesionario, no desarrolle actividades de otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en otro ferrocarril en el que desarrolle actividades otro Operador de Servicios de Transporte Ferroviario en el que participen directa o indirectamente el Concesionario, sus socios, accionistas, participacionistas o las Empresas Vinculadas a ellos o al Concesionario, obligándose en tal sentido a impedir que ello ocurra.”(Subrayado añadido)

234. La obligación de no hacer contenida en la referida cláusula consistía en no prestar servicios de transporte ferroviario en la línea férrea del otro concesionario¹²⁸. Y es en este contexto, que FVCA, empresa concesionaria del FC, solicitó al MTC la modificación de la cláusula 12.2 de su Contrato de Concesión, con la finalidad de prestar servicios de transporte ferroviario en los tramos que corresponden al FS y FSO operados por Fetrans.

235. Frente a ello, Fetrans inició un proceso de amparo contra el MTC, solicitando que se declare la nulidad del procedimiento de modificación del Contrato de Concesión del FC en lo que se refería a las circulares 017¹²⁹ y 064¹³⁰ y la

¹²⁷ Conforme se indica en el Informe N° 002-2010-INDECOPI/ST-CLC y ha sido enfatizado por las imputadas durante el procedimiento, en el consorcio divisible los integrantes acordaron dividirse los ferrocarriles entre ellos, de manera que a partir de la fecha de cierre, sus integrantes suscribieron contratos de concesión independientes respecto de los ferrocarriles adjudicados a cada cual, esto es, el FS y FSO a favor de Fetrans y el FC a favor de FVCA.

¹²⁸ Así ha sido interpretado por Ositrán mediante Acuerdo de Consejo Directivo 435-135-04-CD-OSITRAN del 6 de febrero de 2004 y el Informe 005-04-GAL-OSITRAN Gerencia de Asesoría Legal de la entidad del 3 de febrero de 2004, emitidos dentro del marco de la solicitud de interpretación de la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión del FS y FSO, formulada por FVCA:

“Se interpreta la Cláusula 12.2 del Contrato de Concesión en el sentido que un Operador en el que participa un Concesionario, directa o indirectamente, no puede desarrollar actividades como Operador de otro ferrocarril no comprendido en el mismo o en otro Contrato de Concesión.”

¹²⁹ Al respecto ver nota al pie 75.

cláusula 12.2 del referido contrato. A criterio de la demandante, pese a su calidad de parte en el Contrato de Concesión en el FS y el FSO, no se permitió su participación en dicho procedimiento vulnerando con ello su derecho de defensa y al debido proceso, por lo que solicitó que este se reinicie nuevamente con su intervención y que el MTC se abstenga de realizar cualquier acto que, por acción u omisión, configure la modificación de la citada cláusula.

236. La demanda fue declarada fundada mediante Resolución 7 del 11 de abril de 2007 por el Séptimo Juzgado en lo Civil de Lima, pero posteriormente fue revocada en apelación por Resolución s/n del 3 de julio de 2006 expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Fetrans interpuso Recurso de Agravio constitucional contra esta última resolución; sin embargo, por Resolución del 16 de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional lo declaró improcedente por considerar que la controversia se resolvía a partir de la interpretación del Contrato de Concesión del FC, y no sobre la base de la interpretación de un derecho constitucional.
237. En el marco de dicho proceso, Fetrans solicitó una medida cautelar que ordene al MTC la suspensión del procedimiento de modificación del Contrato de Concesión mientras no se resuelva el proceso de amparo. A su vez, solicitó que se ordene al MTC que se abstenga de realizar cualquier acto que, por acción u omisión, tenga por finalidad modificar la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión del FC. Esta solicitud cautelar fue declarada improcedente mediante Resolución 1 del 2 de diciembre de 2004.
238. De otro lado, Perurail solicitó una medida cautelar fuera de proceso para que se prohíba al MTC y a FVCA la modificación del Contrato de Concesión del FC también en lo que respecta a las circulares 017 y 064, y la cláusula 12.2 del referido contrato, alegando que la modificación afectaba sus derechos en calidad de legítimo y directo beneficiario de la obligación de no competencia que recaía sobre FVCA. A su vez, solicitó que se deje sin efecto cualquier modificación a las referidas circulares y dicha cláusula contractual, en la que no haya participado Perurail prestando su consentimiento.
239. Por Resolución 3 del 2 de diciembre de 2004, el Segundo Juzgado Especializado Civil de Arequipa declaró improcedente la medida cautelar solicitada; sin embargo, concedió una distinta en aras de no vulnerar su derecho de defensa y el debido procedimiento administrativo, disponiendo

¹³⁰ La Circular 064 aclara la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión al señalar lo siguiente:

"(...)

Entiéndase que la limitación contenida en el tercer párrafo de la cláusula 12.2. del Contrato de Concesión referida al hecho de que el Concesionario no puede participar directa ni indirectamente en más de un Operador de Servicios de Transporte Ferroviario por ferrocarril comprendido en su respectivo contrato o en un operador que desarrolle actividades en un ferrocarril no comprendido en su contrato, está circunscrita a las ferrovías materia del proceso de Licitación.

"(...)"

que Perurail intervenga en el procedimiento de modificación del FC. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó dicho pronunciamiento mediante Resolución 8 del 31 de octubre de 2005.

240. Luego de ello, Perurail interpuso una demanda declarativa solicitando que cualquier modificación de los dispositivos contractuales antes señalados requería su consentimiento y el de Fetrans, debido a su condición de operador y concesionario del FS y FSO, respectivamente. Mediante escrito del 6 de junio de 2011, Perurail informó que este proceso concluyó al declararse fundada la excepción de incompetencia por razón del territorio propuesta por la demandada. Atendiendo a ello, la medida cautelar originalmente concedida quedó sin efecto.
241. Respecto a estos procesos, la Comisión consideró que en la medida que se demandaba el cumplimiento de una misma obligación contractual, no resultaba razonable que dos personas jurídicas que alegan un mismo interés –en el caso, ser beneficiarios de la obligación de no competir– interpusieran sendos procesos judiciales –esto es, un proceso de amparo y un proceso civil declarativo– en lugar de uno solo, y solicitaran en cada uno de ellos el dictado de las respectivas medidas cautelares.
242. A criterio de la primera instancia, el inicio de una pluralidad de acciones legales constituye un elemento indicador de que la voluntad de las denunciadas no era lograr un resultado favorable en cada proceso, sino incrementar el número de medidas legales con la finalidad de que el ingreso de FVCA no se produjera hasta que concluyan los procesos iniciados. A su entender, esto se reforzaría con la naturaleza de las solicitudes de medida cautelar presentadas por Fetrans y Perurail, las que buscaban impedir la modificación del Contrato de Concesión del FC hasta la conclusión de los referidos procesos.
243. En su apelación, Fetrans y Perurail –operador vinculado que también resulta favorecido con la obligación de no competencia– manifestaron que en virtud del Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano, tenían derecho a que FVCA no prestara servicios de transporte ferroviario en el FS y FSO. Las recurrentes enfatizaron que el procedimiento de modificación del Contrato de Concesión del FC se había iniciado sin siquiera notificarles y hacerlas partícipes, por lo que se opusieron para detener la posible modificación de las condiciones originales de la concesión.
244. De la revisión de las demandas interpuestas por Fetrans y Perurail, la Sala advierte la existencia de un mismo fundamento que sustenta sus pretensiones: la inalterabilidad del Contrato de Concesión del FC, en la medida que ello implicaría una modificación de los términos originales del

Contrato de Concesión del FSO y FS, cambiando las condiciones bajo las cuales operaba en el mercado sin contar con su participación.

245. Conforme a lo expuesto en el marco teórico, la existencia de un fundamento objetivo o una causa probable que permitiría esperar razonablemente algún resultado favorable al iniciar los procesos judiciales, lleva a concluir que se trata del ejercicio legítimo del derecho de acción y no de una medida implementada como parte de una estrategia de litigación predatoria.
246. En dicho contexto, la Sala considera que si se modifican los términos originalmente pactados en un contrato y no participa uno de los posibles afectados en algún derecho o interés legítimo con la referida modificación, se puede sostener que existe un fundamento objetivo que respalda las pretensiones de los demandantes ante las autoridades judiciales.
247. Y en efecto, en el presente caso, las medidas legales implementadas buscaban impedir una modificación del modelo de concesión original sin la participación de Fetrans y Perurail, atendiendo a que existiría una obligación de no hacer de FVCA, de la cual ambas empresas resultaban beneficiarias.
248. De otro lado, el hecho de recurrir a un proceso de amparo y a un proceso civil declarativo –pluralidad que evidenciaría una finalidad anticompetitiva a decir de la Comisión–, no deja de lado el fundamento objetivo que sustenta ambas pretensiones. Tal como ha sido desarrollado anteriormente, la estrategia del litigante de recurrir a diversas vías procesales para incrementar las posibilidades de lograr un resultado favorable no es suficiente para concluir que se trata de un uso ilegítimo de los procesos legales.
249. Es importante considerar que mientras el proceso de amparo pretende cesar en la amenaza inminente o la violación de los derechos constitucionales que salvaguarda¹³¹, el proceso civil declarativo iniciado versaba sobre los alcances de la interpretación de un contrato. De ello se verifica que aunque ambos

131

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.-

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

(...)

Artículo 2.- Procedencia

Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

(Subrayado añadido)

procesos obedecían al mismo fundamento, no tenían las mismas pretensiones ni se podía afirmar que lograban satisfacer en igual medida el interés o el derecho invocado por cada una de las demandantes.

250. En efecto, el pedido concreto (*petitum*) en el proceso de amparo era el cese de la vulneración de sus derechos constitucionales (específicamente, el derecho de defensa y al debido proceso presuntamente afectados con la referida modificación contractual), mientras que en el proceso civil declarativo era lograr un pronunciamiento con efectos generales que obligue a la participación de Perurail y Fetrans en cualquier modificación del Contrato de Concesión del FC que involucre a la cláusula 12.2 del contrato y a las circulares 017 y 064.
251. Incluso como se apunta en el Informe elaborado por el abogado Juan Monroy Gálvez –y la Sala coincide al respecto– ambos procesos podían ser planteados como complementarios toda vez que “(...) *se podía ganar el amparo –como en efecto sucedió en primer grado–, por lo tanto, lograr la paralización del procedimiento de modificación ya iniciado, pero perder la demanda declarativa, con lo cual tal impedimento iba a obrar únicamente para el caso concreto, pero no iba a tener la vocación de generalidad de una interpretación contractual. De ahí que ambos remedios eran distintos.*”¹³²
252. A ello se suma que el proceso constitucional de amparo se caracteriza por otorgar una tutela urgente¹³³, la cual se manifiesta en el diseño mismo del proceso, el cual carece de estación probatoria y tiene un trámite más expeditivo que el de un proceso ordinario¹³⁴, como es el caso del proceso civil declarativo.
253. Finalmente, si bien el análisis prospectivo sobre la ausencia de mérito se realiza al momento de plantear las demandas, el hecho que hayan sido acogidas temporalmente ratifica el fundamento objetivo que las sustentaba.

¹³² A fojas 7038 del informe que obra de fojas 7028 a 7049 del expediente.

¹³³ A diferencia de otros procesos ordinarios, los procesos de tutela de derechos fundamentales como el amparo, corresponden a la llamada “tutela de urgencia constitucional”. En palabras del profesor argentino Peyrano, “los procesos urgentes se caracterizan por reconocer que en su seno el factor tiempo posee una relevancia superlativa. Vale decir, que cuando se está ante un proceso urgente, siempre concurre una aceleración de los tiempos que normalmente insume el moroso devenir de los trámites judiciales”. PEYRANO, Jorge Walter citado por ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo*. Lima: Gaceta Jurídica, Primera edición, 2004, p. 97.

¹³⁴ **CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria.-** En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.
(...)

Artículo 13.- Tramitación preferente

Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes.

Estos son los casos de la demanda de amparo interpuesta por Fetrans que fue declarada fundada en primera instancia y la medida cautelar mediante la cual se dispuso que Perurail intervenga en el procedimiento de modificación del Contrato de Concesión del FC.

254. Por tanto, la Sala considera que los procesos iniciados por Fetrans y Perurail como consecuencia de la modificación del Contrato de Concesión del FC encuentran fundamento objetivo y, por ende, no pueden ser calificados como parte de una estrategia de litigación predatoria para restringir la competencia en el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO.

III.8.2 Medidas legales para restar eficacia a la Resolución 1122

255. Respecto de este grupo de procesos, la Comisión consideró que existían elementos que evidenciaban el ejercicio irregular del derecho de acción, toda vez que las pretensiones y argumentos comunes no justificaban el inicio de diversos procesos legales en paralelo cuando en realidad responderían a un solo interés. A decir de la primera instancia, la similitud y pluralidad de los procesos, pese a la existencia de un mismo interés, constituía un indicador de la finalidad de las denunciadas de incrementar los procesos legales pendientes y, por ende, las barreras legales que impidan la competencia en el FSO.
256. En lo que respecta al procedimiento administrativo seguido ante Indecopi sobre la negativa de Fetrans de alquilar el material a Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., las denunciadas iniciaron diversos procesos judiciales para restar eficacia a la Resolución 1122. Esta resolución dispuso imponer una multa a Fetrans y ordenarle como medida correctiva el cese de la negativa del alquiler del material otorgado en concesión y el cumplimiento del deber de no discriminación, previsto en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del FSO¹³⁵.
257. En primer lugar, Perurail inició un proceso de amparo contra la validez de la Resolución 1825 –por la cual se ordenó a la Comisión admitir el recurso de apelación interpuesto por Ositrans contra la Resolución 064 que declaró infundada la denuncia contra Fetrans–, alegando que la Sala había infringido

¹³⁵ La mencionada cláusula estableció en su parte pertinente lo siguiente:

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

su derecho al debido proceso al conceder la impugnación interpuesta por Ositrán contra la Resolución 064 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. Respecto a este proceso:

- (i) Perurail solicitó el dictado de una medida cautelar para que se disponga la suspensión de la Resolución 1825, la cual fue declarada fundada mediante Resolución 3 del 21 de abril de 2008;
- (ii) por Resolución 7 del 4 de abril de 2008, el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda y, en consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución 1825 y ordenó a Indecopi que se abstenga de dictar cualquier acto administrativo que tienda a desconocer la firmeza de la Resolución 064; y,
- (iii) la resolución de segunda instancia fue confirmada por la sentencia del 16 de noviembre de 2008 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

258. En segundo lugar, Fetrans interpuso una demanda contencioso administrativa contra la Resolución 1122 ante la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, solicitando su nulidad por considerar 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, solicitó que se declare que la Resolución 064 dictada por la Comisión 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. Con respecto a dicho proceso:

- (i) por Resolución 30 del 24 de diciembre de 2008, la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda por considerar que no se había demostrado que la Resolución 064 hubiese adquirido la calidad de firme. Del mismo modo, consideró que la Resolución 1122 no había incurrido en alguna de las causales de nulidad previstas en la ley; y,
- (ii) mediante Resolución s/n del 21 de enero de 2010, la Corte Suprema declaró la conclusión de dicho proceso por sustracción de la materia, en la medida que la Corte Superior de Justicia de Lima ya había confirmado la firmeza de la Resolución 064 (en el proceso de amparo seguido por Perurail).

259. En paralelo, como consecuencia de la medida correctiva dictada mediante la Resolución 1122, Fetrans interpuso una demanda declarativa con la finalidad de que se declare cuál era la conducta específica o el mecanismo idóneo para otorgar a los operadores ferroviarios en arrendamiento el material, y dar de esta forma cumplimiento a la medida correctiva dictada.
260. Asimismo, dentro del marco de dicho proceso, Fetrans solicitó una medida cautelar para que se disponga la suspensión del trámite de toda solicitud para arrendar el material hasta que se resuelva la incertidumbre jurídica generada por la medida correctiva. Dicha medida fue concedida por Resolución 2 del 28 de agosto de 2007 del Juzgado Mixto de Wanchaq, y revocada en segunda instancia por Resolución 12 del 16 de junio de 2008 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.
261. Por su parte, Perurail presentó una reconvención a la demanda declarativa de Fetrans, con la finalidad de que, bajo ningún supuesto o interpretación, Fetrans deje sin efecto el contrato de arrendamiento del material suscrito con Perurail.
262. Del mismo modo, Perurail solicitó una medida cautelar con la finalidad de: (i) mantenerse en posesión del material, (ii) que se ordene a Fetrans que se abstenga de requerirle la devolución del material y (iii) que cualquier operador se abstenga de requerir el material arrendado. Dicha medida cautelar fue concedida por Resolución 1 del 12 de diciembre de 2007 del Juzgado Mixto de Wanchaq, y revocada en segunda instancia por Resolución 2 del 30 de setiembre de 2008 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.
263. Según la información presentada por Fetrans mediante escrito del 6 de junio de 2011 ante la Sala, dicha empresa ha solicitado el archivamiento del proceso declarativo al haberse producido la sustracción de la materia. En tal sentido, el referido proceso y la reconvención planteada por Perurail todavía se encuentran pendientes de resolver.
264. En sus apelaciones, Fetrans y Perurail han señalado que el fundamento y legitimidad de estos procesos no encuentra duda pues el Poder Judicial estableció que la Resolución 064 que declaró infundada la denuncia por presuntas prácticas anticompetitivas ante Indecopi quedó firme, lo que demostraba la fundada expectativa de éxito que tuvieron sus pretensiones.
265. Del mismo modo, conforme han sostenido las recurrentes durante el procedimiento, los procesos judiciales descritos en el presente acápite apuntaban a restar eficacia a la Resolución 1122 a fin de: (i) evitar el daño irreparable que significaba que Fetrans ejecute la medida correctiva ordenada por la Sala mediante Resolución 1122; y, (ii) en todo caso, dilucidar

cómo debía cumplirse la medida correctiva, la cual estimaban ambigua, considerando que su incumplimiento podía acarrear una sanción por parte de la autoridad administrativa y la caducidad de la concesión.

266. Con relación al proceso de amparo y el proceso contencioso administrativo, la Sala considera fundamental destacar que resulta inherente a los derechos de defensa y de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva que asisten a todo administrado el tener la posibilidad de cuestionar ante las autoridades jurisdiccionales las sanciones y medidas que les son impuestas por algún órgano estatal, en tanto que en la mayoría de casos aquellas conllevan por sí mismas una consecuencia patrimonial para dichos sujetos.
267. En tal sentido, se aprecia que el fundamento objetivo que sustenta las pretensiones en ambos procesos es evitar el impacto económico que se produciría para las imputadas como consecuencia de la sanción impuesta y el cumplimiento de la medida correctiva dictada por la Sala, así como por la posibilidad que se declare la caducidad de la concesión. En consecuencia, existía una justificación para el inicio de dichos procesos por Fetrans y Perurail.
268. De manera similar, se advierte que la demanda declarativa iniciada por Fetrans para que se precisen los mecanismos y forma de cumplimiento de la medida correctiva dictada mediante Resolución 1122, así como la reconvencción formulada por Perurail frente a esta demanda, también apuntan a salvaguardar el interés económico alegado por las recurrentes. En efecto, atendiendo a que el incumplimiento de la medida correctiva podía acarrear una sanción por parte de la autoridad administrativa y la caducidad de la concesión, encuentra justificación el impulso de los referidos procesos.
269. Por otro lado, la Comisión también consideró que respecto de los procesos iniciados para restar eficacia a la medida correctiva dictada mediante la Resolución 1122, las pretensiones y argumentos comunes que sustentaban las demandas interpuestas no justificaban razonablemente el inicio de diversos procesos legales en paralelo, pues si se atiende a la vinculación existente entre Fetrans y Perurail responderían a un solo interés.
270. Así, en el análisis efectuado por la Comisión se cuestiona nuevamente la estrategia procesal empleada por las empresas para tutelar sus intereses. Esto es, las razones por las cuales se optó por interponer una demanda de amparo, una demanda contencioso administrativa y una demanda declarativa, pese a que aquellas compartían argumentos similares y respondían al mismo interés económico.
271. Con relación a dicho argumento, cabe destacar que es la ausencia de fundamento objetivo y no la estrategia procesal empleada para salvaguardar

un derecho o interés legítimo en sí misma lo que permite establecer si nos encontramos ante un supuesto de litigación predatoria.

272. Aunado a ello, se puede advertir que el proceso de amparo tiene una configuración expeditiva debido a la ausencia de una fase probatoria, lo cual permite que mediante esta vía se atienda de manera urgente un mismo “interés”, a diferencia de si se acudiera a una vía ordinaria –como fue en el caso del proceso contencioso administrativo y el proceso civil declarativo iniciados por los denunciados–.
273. Ciertamente, el proceso de amparo pretendía salvaguardar el derecho fundamental al debido proceso, en su manifestación de la prohibición de revivir procesos fenecidos, mediante la tutela inmediata que es propia de esta vía procesal. En cambio, a través de la demanda contencioso administrativa se cuestionaba la validez de la Resolución 1122 y de todas las medidas de gravamen que contiene, tales como la multa y la medida correctiva, mientras que a través del proceso declarativo únicamente se solicitó que se precise la forma en que debía darse cumplimiento a la medida correctiva, sin cuestionar su validez.
274. Por tanto, se evidencia que los diversos procesos se sostienen en pretensiones distintas (el *petitum* o pedido concreto es distinto) y que no podían satisfacer de forma idéntica el “interés” que sustenta las demandas interpuestas por las recurrentes. En este escenario y al contar con fundamento objetivo, el incrementar las posibilidades de obtener un resultado favorable no se encuentra vedado para los demandantes.
275. Sumado a lo expuesto, cabe anotar que se ratificó que el proceso de amparo y la demanda contencioso administrativa tenían una expectativa fundada de éxito, toda vez que mediante sentencia confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República se estableció que la Sala no debió conocer la apelación presentada por Ositrán –que no era parte del procedimiento–, pues había vencido el plazo de impugnación de la Resolución 064 sin que las partes la hayan apelado válidamente, por lo que el acto administrativo había adquirido carácter firme. Este pronunciamiento de la autoridad judicial dio lugar a la culminación de ambos procesos con sentencias favorables para Fetrans y Perurail.
276. De igual modo, en el marco del proceso declarativo incoado por Fetrans y en el trámite de la reconvenición de Perurail, ambas obtuvieron sendas medidas cautelares a su favor en primera instancia aunque posteriormente fueron revocadas por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco. Dichas decisiones cautelares permiten confirmar que tenían al menos alguna expectativa razonable de obtener un pronunciamiento a su favor.

277. A partir de lo expuesto, la Sala concluye que las demandas interpuestas por Fetrans y Perurail para restar eficacia a lo dispuesto mediante Resolución 1122 contaban con un fundamento objetivo y tenían alguna probabilidad de éxito que se vio ratificada con la obtención de pronunciamientos favorables, lo que no permite calificar dichas medidas como constitutivas de una estrategia de litigación predatoria.

III.8.3 Sobre los permisos de operación

278. Fetrans, con la participación de PTR, interpuso diversos recursos dirigidos a cuestionar los permisos de operación de eficacia restringida¹³⁶ para prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO solicitados por nuevos entrantes (Andean Railways, Wyoming Railways e Inca Rail) al amparo de lo dispuesto en el artículo 106 del RNF¹³⁷, conforme se detalla a continuación.

¹³⁶ El permiso de operación de eficacia restringida tiene una duración de 1 (un) año y es aquel que permite a su titular recurrir al concesionario que administra la vía férrea para solicitarle la celebración de un contrato de acceso a la infraestructura y un contrato de alquiler de material y/o facilidades esenciales, de ser el caso. Solo en caso que no se celebre un contrato de acceso, el referido permiso permite solicitar al Ositrán un mandato de acceso. De otro lado, el permiso de operación con eficacia plena tiene una vigencia de 5 (cinco) y es aquel que permite a su titular prestar servicios de transporte de pasajeros y/o mercancías en la ruta de la infraestructura ferroviaria de uso público a la cual ha solicitado ingresar.

¹³⁷ **DECRETO SUPREMO 032-2005-MTC, Artículo 106.- Requisitos para obtener el Permiso de Operación con eficacia restringida.-** Para la obtención del Permiso de Operación, los solicitantes deberán presentar a la Autoridad Competente una solicitud precisando el tipo de servicio de transporte (pasajeros y/o mercancías) y la ruta Ferroviaria en la cual pretende prestar sus servicios, así como adjuntar un Expediente Técnico.

El Expediente Técnico debe contener la siguiente documentación:

- a) Copia simple del documento nacional de identidad. En caso de extranjeros, copia de documento similar de su país de origen y copia del documento que autoriza su residencia en el país.
- b) Copia simple de la escritura pública de constitución social. En el caso de empresas extranjeras tal documento corresponderá a la constitución hecha en el Perú.
- c) Copia simple del Registro Único de Contribuyente.
- d) Copia simple de la Escritura Pública de los estatutos vigentes. Dichos estatutos deberán contemplar, de manera expresa, que el solicitante puede prestar servicios de transporte ferroviario de mercancías y/o de pasajeros.
- e) Copia simple del poder del o de los representantes legales, debidamente inscrito en los Registros Públicos del Perú.
- f) Copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en transporte ferroviario, indicando el transporte realizado expresado en número de pasajeros, pasajeros-kilómetro, toneladas, toneladas-kilómetro. El período de experiencia debe ser de cinco (05) años continuos, como mínimo. El solicitante podrá acreditar experiencia mediante un contrato de gestión celebrado con una empresa nacional o extranjera, que sustente la experiencia requerida en transporte ferroviario. En el caso que la empresa gestora sea extranjera deberá presentar el Certificado de la Autoridad Competente del país de origen, en el cual se la reconoce como empresa autorizada a prestar servicios de transporte ferroviario de mercancías, de pasajeros o de ambos. En el caso que el solicitante sea un consorcio, solo se requiere que uno de los socios acredite experiencia. Asimismo, también puede acreditar experiencia mediante un contrato de gestión, celebrado con una empresa nacional o extranjera que no esté constituido como un miembro del consorcio.
- g) Copia de los estados financieros auditados de los últimos cinco (05) años.
- h) Carta de Compromiso del solicitante de mantener el contrato de gestión durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación, en caso que el solicitante acredite experiencia mediante un contrato de gestión.
- i) Carta de Compromiso, en caso que el solicitante sea un consorcio, de: i) mantener vigente el Contrato de Consorcio durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación, ii) encargar al socio con experiencia la gestión operativa iii) mantener vigente el contrato de gestión, durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación.
- j) Relación del personal clave que asumirá la gestión de la operación (incluyendo hoja de vida). En caso de consorcio, corresponderá al personal del socio que aporta la experiencia y en el caso de experiencia mediante contrato de gestión, corresponderá al personal de la empresa gestora.

-
- k) *Relación del material rodante que prestara servicio de transporte ferroviario, incluyendo especificaciones técnicas.*
- l) *Declaración jurada por la cual el solicitante: i) declara conocer el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, el Reglamento de Acceso del Concesionario (Entidad Prestadora) encargado de administrar la infraestructura ferroviaria a la cual pretende acceder, el Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte - OSITRAN, el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, el contrato de concesión de la vía férrea a la cual pretende acceder, ii) se compromete a cumplir todos y cada uno de los requisitos previstos en dichos dispositivos respecto a los Operadores Ferroviarios, y iii) se obliga a cumplir con todas las normas relacionadas con el transporte ferroviario del concesionario y de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles.*
Toda la documentación contenida en el Expediente Técnico, deberá ser presentada en idioma castellano y en el caso que el documento original esté redactado en otro idioma, el solicitante deberá presentar una traducción oficial en idioma castellano con sello y firma de un traductor público, debidamente legalizada por el Consulado respectivo y por el Ministerio de Relaciones Exteriores. ()*
- (*) Este artículo modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 031-2007-MTC, publicado el 30 agosto 2007, cuyo texto es el siguiente:
“Artículo 106.- Requisitos para obtener el Permiso de Operación con eficacia restringida
Para la obtención del Permiso de Operación, los solicitantes deberán presentar a la Autoridad Competente una solicitud precisando el tipo de servicio de transporte (pasajeros y/o mercancías) y la ruta Ferroviaria en la cual pretende prestar sus servicios, así como adjuntar un Expediente Técnico.
El Expediente Técnico debe contener la siguiente documentación:
- a) Copia simple del documento nacional de identidad. En caso de extranjeros, copia de documento similar de su país de origen y copia del documento que autoriza su residencia en el país.
 - b) Copia simple de la escritura pública de constitución social. En el caso de empresas extranjeras tal documento corresponderá a la constitución hecha en el Perú.
 - c) Copia simple del Registro Único de Contribuyente.
 - d) Copia simple de la Escritura Pública de los estatutos vigentes. Dichos estatutos deberán contemplar, de manera expresa, que el solicitante puede prestar servicios de transporte ferroviario de mercancías y/o de pasajeros.
 - e) En el caso de empresas solicitantes relación de sus socios o accionistas, incluyendo en el caso de personas jurídicas que las integren relación de socios o accionistas de estas últimas.
 - f) *Declaración Jurada de la empresa solicitante que señale que ninguno de sus socios, accionistas o participacionistas posee vinculación con la empresa concesionaria y/o empresas operadoras de las vías férreas concesionadas en la cual solicita operar, o en empresas vinculadas a ellas. (*)*
- (*) Literal modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 027-2009-MTC, publicado el 11 julio 2009, cuyo texto es el siguiente:
- “f) Declaración Jurada de la empresa solicitante que señale que ninguno de sus socios, accionistas o participacionistas posee vinculación con la empresa concesionaria y/o empresas operadoras de las vías férreas concesionadas en la cual solicita operar, o en empresas vinculadas a ellas.
Lo expresado en el párrafo anterior es de aplicación únicamente para los solicitantes del Permiso de Operación, que actúen en calidad de segundo operador o sucesivos operadores en las vías férreas concesionadas.”
- g) Copia simple del poder del o de los representantes legales, debidamente inscrito en los Registros Públicos del Perú.
 - h) Copia de los documentos que acrediten la experiencia del solicitante en transporte ferroviario. El período de experiencia debe ser de cinco (05) años continuos, como mínimo.
El solicitante podrá acreditar experiencia mediante un contrato de gestión celebrado con una empresa nacional o extranjera, que sustente la experiencia requerida en transporte ferroviario. En caso que la empresa gestora sea extranjera deberá presentar documentación del país de origen que acredite la experiencia en la prestación de servicios de transporte ferroviario de mercancías, de pasajeros o de ambos; por el período de cinco (05) años, como mínimo.
En el caso que el solicitante sea un consorcio, sólo se requiere que uno de los socios acredite experiencia. Asimismo, también puede acreditar experiencia mediante un contrato de gestión, celebrado con una empresa nacional o extranjera que no esté constituido como un miembro del consorcio.
 - i) Carta de Compromiso del solicitante de mantener el contrato de gestión durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación, en caso que el solicitante acredite experiencia mediante un contrato de gestión.
 - j) Carta de Compromiso, en caso que el solicitante sea un consorcio, de: i) mantener vigente el Contrato de Consorcio durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación, ii) encargar al socio con experiencia la gestión operativa iii) mantener vigente el contrato de gestión, durante todo el período de vigencia del Permiso de Operación.
 - k) Relación del personal clave que asumirá la gestión de la operación (incluyendo hoja de vida). En caso de consorcio, corresponderá al personal del socio que aporta la experiencia y en el caso de experiencia mediante contrato de gestión, corresponderá al personal de la empresa gestora.

Andean Railways

279. Frente a la solicitud del 12 de abril de 2007 presentada por Andean Railways, se tiene que PTR presentó dos escritos (del 3 y 30 de mayo de 2007) oponiéndose al otorgamiento del permiso de operación, alegando lo siguiente:

- a. El solicitante no presentó copia de sus estados financieros auditados de los últimos cinco (5) años.
- b. No se ha identificado a sus verdaderos accionistas ni el capital social que los respalda.
- c. El operador técnico no ha acreditado experiencia en el transporte ferroviario de pasajeros.
- d. Existen deficiencias en el Contrato de Gestión celebrado por Andean Railways e Iowa Pacific Holding LLC (en adelante, IPH).
- e. Andean Railways no cumplió con el requisito de presentar el Certificado de la autoridad competente del país de origen, que acredite que IPH (o sus subsidiarias) tiene autorización para prestar servicios de transporte ferroviario.
- f. No se ha cumplido con presentar la relación de personal clave que asumirá la gestión de la operación.

280. Mediante Resolución Directoral 033-2007-MTC/14 del 1 de junio de 2007, la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC otorgó el permiso de operación con eficacia restringida a Andean Railways, sin pronunciarse sobre la oposición presentada por PTR. Frente al otorgamiento del referido permiso de operación a favor de dicho operador:

- (i) el 3 de julio de 2007, Fetrans presentó un recurso de apelación contra la Resolución 033-2007-MTC/14, alegando que la solicitante no había acreditado el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 106 del RNF, para lo cual reiteró y amplió los argumentos expuestos por PTR; y,

l) Relación del material rodante que prestará servicio de transporte ferroviario, incluyendo especificaciones técnicas.

m) Declaración jurada por la cual el solicitante: i) declara conocer el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, el Reglamento de Acceso del Concesionario (Entidad Prestadora) encargado de administrar la infraestructura ferroviaria a la cual pretende acceder, el Reglamento General para la Solución de Reclamos y Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte - OSITRAN, el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, el contrato de concesión de la vía férrea a la cual pretende acceder, ii) se compromete a cumplir todos y cada uno de los requisitos previstos en dichos dispositivos respecto a los Operadores Ferroviarios, y iii) se obliga a cumplir con todas las normas relacionadas con el transporte ferroviario del concesionario y de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles.

Toda la documentación contenida en el Expediente Técnico, deberá ser presentada en idioma castellano y en el caso que el documento original esté redactado en otro idioma, el solicitante deberá presentar una traducción oficial en idioma castellano con sello y firma de un traductor público, debidamente legalizada por el Consulado respectivo y por el Ministerio de Relaciones Exteriores."

- (ii) mediante Resolución 526-2007-MTC/02 del 13 de agosto de 2007, el Viceministerio de Transportes declaró fundado el recurso presentado por Fetrans en los extremos en que cuestionó la no presentación de los estados financieros auditados de los últimos cinco (5) años y la no presentación del Certificado de la autoridad competente de la empresa IPH. En consecuencia, se declaró nula la Resolución 033-2007-MTC/14 que concedió el permiso de operación a Andean Railways.

281. El 3 de setiembre de 2007, Andean Railways presentó nuevamente una solicitud de permiso de operación ante la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC, la cual fue concedida por Resolución 058-2007-MTC/14 del 11 de setiembre de 2007. A partir de ello:

- (i) el 11 de octubre de 2007, Fetrans interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 058-2007-MTC/14, por los siguientes argumentos:
 - a. Andean Railways no ha identificado a sus verdaderos accionistas ni el capital social que respalda a estos últimos.
 - b. El operador técnico no ha acreditado experiencia en el transporte ferroviario de pasajeros.
 - c. Existen deficiencias en el Contrato de Gestión celebrado por Andean Railways e IPH;
- (ii) mediante Resolución 1040-2007-MTC/02 del 14 de diciembre de 2007, el Viceministerio de Transportes declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por Fetrans en la medida que:
 - a. No existían indicios suficientes que sustenten que Andean Railways no reúne las exigencias del RNF respecto de la identidad de sus accionistas y del capital social que los respalda.
 - b. Andean Railways cumplió con acreditar la experiencia necesaria en transporte ferroviario, debido a que no se especifica si ésta puede ser demostrada a través de transporte de mercancías, pasajeros o ambos.
 - c. Andean Railways cumplió con presentar el Contrato de Gestión y la declaración jurada por la cual se compromete a mantenerlo vigente durante el plazo del permiso de operación; y,
- (iii) ante ello, el 21 de marzo de 2008, Fetrans interpuso una demanda contencioso administrativa contra la Resolución 1040-2007-MTC/02, con la finalidad de que se declare su nulidad. Según la información aportada por dicha empresa al 6 de junio de 2011, se incorporó como litisconsorte pasivo a Andean Railways y dicho proceso todavía se encuentra pendiente de resolver en primera instancia.

Wyoming Railways

282. El permiso de operación solicitado el 10 de mayo de 2007 por Wyoming Railways fue concedido por Resolución Directoral 037-2007-MTC/14 del 13 de junio de 2007. Ante ello:

- (i) mediante escritos del 4 y 11 de julio de 2007, Fetrans solicitó la suspensión de la eficacia de la Resolución Directoral 037-2007-MTC/14 e interpuso recurso de apelación contra dicha resolución, respectivamente, por los siguientes fundamentos:
 - a. El solicitante no presentó copia de sus estados financieros auditados de los últimos cinco (5) años.
 - b. El operador técnico de Wyoming Railways, Maryland & Delaware carece de experiencia en el transporte ferroviario de pasajeros.
 - c. No se ha cumplido con presentar la relación de todo el personal clave que asumirá la gestión de la operación.
 - d. No se ha presentado el certificado de la autoridad competente que acredite experiencia en el transporte ferroviario de pasajeros; y,
- (ii) mediante Resolución 579-2007-MTC/02 del 21 de agosto de 2007, el Viceministerio de Transportes declaró fundado el recurso de apelación presentado por Fetrans en el extremo que impugnó la falta de presentación de los estados financieros auditados de los últimos cinco (5) años. En consecuencia, se declaró nula la Resolución Directoral 037-2007-MTC/14 que concedió el permiso de operación a Wyoming Railways.

283. El 25 de setiembre de 2007, Wyoming Railways presentó nuevamente una solicitud de permiso de operación ante la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC, la cual fue concedida por Resolución 068-2007-MTC/14 del 1 de octubre de 2007. Frente a ello:

- (i) el 23 de noviembre de 2007, Fetrans formuló oposición contra la Resolución 068-2007-MTC/14 al amparo del derecho de formular denuncias, previsto en el artículo 105 de la Ley 27444. Dicha oposición fue desestimada por la propia Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC mediante Informe 004-2008-MTC/14.08 en todos sus extremos, en la medida que Wyoming Railways cumplió con: identificar a sus accionistas; presentar los documentos que acreditaban su experiencia en la prestación de servicios de transporte ferroviario, y presentar la relación de su personal clave.

- (ii) el 12 de febrero de 2008, Fetrans interpuso apelación contra la Resolución 068-2007-MTC/14, la cual fue desestimada por la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC mediante Informe 048-2008-MTC/14.08. Dicho órgano administrativo sustentó su decisión en los mismos argumentos expuestos en el Informe 004-2008-MTC/14.08.

Inca Rail

284. Mediante Resolución 078-2007-MTC/14 del 30 de setiembre de 2007, la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC accedió a la solicitud de permiso de operación presentada por Inca Rail el 18 de setiembre de 2007. En este contexto:

- (i) el 27 de noviembre de 2007, Fetrans formuló oposición contra la Resolución 078-2007-MTC/14 al amparo del derecho de formular denuncias previsto en el artículo 105 de la Ley 27444, por los siguientes argumentos:
 - a. Existen deficiencias en el Contrato de Gestión celebrado por Inca Rail y Turistren LTDA (en adelante, Turistren).
 - b. Turistren no cuenta con la experiencia requerida por el RNF para el otorgamiento del permiso de operación de eficacia restringida.
- (ii) mediante Informe 005-2008-MTC/14. esta oposición fue desestimada por la propia Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC, dado que Inca Rail cumplió con: sustentar la experiencia ferroviaria de la empresa gestora, Turistren; y, presentar los documentos que acreditaban que el señor Eduardo Rodríguez Ardila, quien suscribió el contrato de gestión en representación de Turistren, ejercía el cargo de Gerente General; y,
- (iii) el 11 de febrero de 2008 Fetrans interpuso recurso de apelación, el cual fue desestimado por la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC mediante Informe 048-2008-MTC/14.08, debido a que consideró que el Informe 581-2008-MTC/08 había agotado el procedimiento de denuncia iniciado por Fetrans.

285. Al respecto, la Comisión consideró que existían elementos indicadores que permitían inferir que los diversas oposiciones y recursos interpuestos por las denunciadas no tendrían realmente por finalidad evitar una eventual responsabilidad solidaria de Fetrans como esta última manifestó en el procedimiento, toda vez que:

- (i) el procedimiento de solicitud del permiso de operación no se encuentra vinculado con el cumplimiento de las normas de seguridad para el transporte ferroviario en el FSO;
- (ii) los cuestionamientos realizados por Fetrans y PTR no estaban referidos al cumplimiento de las normas de seguridad del transporte ferroviario; y,
- (iii) Fetrans ya contaba con mecanismos legales para controlar posteriormente el cumplimiento de las normas de seguridad y el pago de los daños potenciales que pudieran generar los operadores ferroviarios, mediante el control del acceso a las vías férreas.

286. En su apelación, Fetrans cuestionó la resolución de primera instancia reiterando que el legítimo interés económico que sustentaba las oposiciones y recursos presentados se deriva de su calidad de administrador de la vía férrea y responsable solidario de cualquier accidente o siniestro en el FSO causado por los operadores del servicio de transporte ferroviario de pasajeros, conforme a lo establecido en las cláusulas 7.7 y 14.1 del Contrato de Concesión.

287. La recurrente enfatizó que si bien como señaló la Comisión, el Contrato de Concesión del FSO establecía mecanismos para impedir que operadores que no cumplan con las condiciones técnicas de seguridad ingresen a prestar el servicio, así como la exigencia de pólizas de seguros para cubrir potenciales daños ocurridos durante la prestación de la operación¹³⁸, estas medidas resultaban insuficientes para cubrir los daños derivados de los siniestros que se pueden generar en la vía férrea. Para sustentar sus afirmaciones, presentó un reporte de Evaluación de Casos de Responsabilidad Civil de Ferrocarriles extraído de West Law¹³⁹ que recopila las tendencias de

¹³⁸ El Contrato de Concesión del FSO establece en su cláusula 12.2 lo siguiente:

*"Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario. El Concesionario se **obliga a permitir el ingreso a la Línea Férrea a toda aquella persona que cumpla con las condiciones previstas en este Contrato y en las Leyes Aplicables.** Sin perjuicio de las atribuciones que por disposición legal corresponden a OSITRAN, el Servicio de Transporte Ferroviario por parte de Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario se desarrolla dando estricto cumplimiento a las disposiciones sobre seguridad ferroviaria establecidas en este Contrato y en su Anexo 6.*

El Concesionario solamente podrá impedir el ingreso a la Línea Férrea de un Operador de Servicio de Transporte Ferroviario en caso que:

- (i) No cuente con el respectivo Permiso de Operación vigente extendido por el MTC
- (ii) Cuando exista impedimento técnico y operativo al no mantener su Material Tractivo y Rodante o sus instalaciones en forma que sean aptos para la operación ferroviaria de acuerdo a las Normas de Seguridad Ferroviaria y a los Estándares Técnicos establecidos en este Contrato de conformidad con lo previsto en el numeral 7.7; o
- (iii) No cuente con seguros conforme a lo que dispongan las Leyes Aplicables.

(...)"

(subrayado y énfasis añadidos)

¹³⁹ De fojas 6477 a 6479 del expediente.

veredictos, extractos de expedientes de la corte e información médica cuyo resultado es un desglose por jurisdicción en los Estados Unidos de América – país donde podrían ser demandadas por daños y perjuicios las denunciadas¹⁴⁰— de las indemnizaciones promedio, medio y mayores adjudicadas en casos que involucran a ferrocarriles (en adelante, Reporte de Casos de Responsabilidad Civil).

288. Sobre el particular, de la revisión del Contrato de Concesión del FS y FSO, se aprecia que la cláusula 7.7 establece lo siguiente:

*“(...) El Concesionario también está obligado a verificar que las actividades o Servicios de Transporte Ferroviario o material rodante que los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario desarrollen o utilicen cumplan con las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos exigidos en este numeral y en el Anexo No. 6 de este Contrato. **El Concesionario está facultado para impedir el acceso a la Línea Férrea al Operador de Servicios de Transporte Ferroviario que desarrolle actividades o Servicios de Transporte Ferroviario que no se ajusten a las Normas de Seguridad Ferroviaria y Estándares Técnicos previstos en este numeral y en el Anexo antes mencionado,** quedando obligado a comunicar inmediatamente su decisión, debidamente sustentada a OSITRAN.*

El Concesionario será solidariamente responsable con los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario ante el Concedente, OSITRAN o los que resulten perjudicados en caso que dichos Operadores desarrollen sus actividades o utilicen Material Tractivo o Rodante sin cumplir con las referidas Normas de Seguridad.

(...)” (subrayado y énfasis añadidos)

289. De otro lado, sobre la responsabilidad del concesionario, el artículo 14.1 del Contrato de Concesión del FSO señala:

*“(...) **También es responsable por los daños y perjuicios que produjera el material tractivo, el material rodante y los equipos ferroviarios u otros bienes utilizados por el o por los Operadores de Servicios de Transporte Ferroviario. En función a esta obligación, el Concesionario asumirá la responsabilidad e indemnizará y mantendrá indemne al Concedente contra cualquier acción, procedimiento, reclamación, demanda, embargo, obligación o daño** (...)”*

(subrayado y énfasis añadidos)

¹⁴⁰ Ello, de acuerdo con el documento elaborado por la firma estadounidense Carter Ledyard & Milburn LLP Counselors at Law, denominado “Memorandum on Personal Jurisdiction Under United States and New York State Law”, que obra de fojas 7075 a 7087.

290. Conforme a lo expuesto, se verifica que el fundamento de Fetrans para oponerse a las solicitudes de permiso de operación era la necesidad de contar con operadores calificados y con respaldo patrimonial suficiente, atendiendo a su responsabilidad solidaria establecida en el Contrato de Concesión. Ciertamente, se advierte que la entrada de competidores que no cumplieran con los requisitos técnicos y el respaldo financiero necesario, podría causar un perjuicio económico al concesionario ante la ocurrencia de un siniestro, pues respondería de manera solidaria con el operador del servicio.
291. En ese sentido, a criterio de este colegiado, salvaguardar la eventual responsabilidad solidaria del concesionario ante siniestros en la vía férrea resulta un fundamento objetivo suficientemente atendible para sustentar su oposición al otorgamiento de los permisos de operación presentados por Andean Railways, Wyoming Railways e Inca Rail.
292. Contrariamente a lo señalado en la resolución apelada, la existencia de otros mecanismos en el contrato de concesión tales como la facultad de exigir el cumplimiento de medidas de seguridad a los operadores y los seguros obligatorios, no deja de lado la legítima preocupación del concesionario de que, pese a las previsiones adoptadas, se puedan producir siniestros cuyos daños excedan o se encuentren excluidos de la cobertura de las pólizas. A diferencia de lo señalado por la Comisión, dicha preocupación sí se pone de manifiesto con lo establecido en el Reporte de Casos de Responsabilidad Civil presentado como medio probatorio por las imputadas, en el cual se evidencia que las indemnizaciones por daños pueden llegar hasta US\$ 46 000 000,00 para un solo pasajero, excediendo ampliamente el monto de US\$ 20 000,00 legalmente exigido a esa fecha para estas pólizas.
293. De otro lado, no resulta atendible el argumento de que los recursos interpuestos no tendrían por finalidad evitar la responsabilidad solidaria de Fetrans, bajo el entendido que el procedimiento de solicitud del permiso de operación no se encontraba vinculado con el cumplimiento de normas de seguridad. Por el contrario, la Sala constata que existe una relación indelible entre la idoneidad técnica y económica de los operadores y aquello que se verifica en el procedimiento para obtener el permiso de operación, pues los requisitos exigidos en este último (estados financieros, experiencia técnica, entre otros) permitían evidenciar dichas condiciones.
294. La Comisión identificó dos momentos respecto de las medidas legales planteadas por Fetrans en los procedimientos de solicitud de permisos de operación:
- (i) las medidas contra los primeros permisos de operación solicitados por Andean Railways y Wyoming Railways; y,

- (ii) las medidas implementadas contra los segundos permisos de operación otorgados a Andean Railways y Wyoming Railways, y contra el permiso de operación otorgado a Inca Rail.
295. Es cierto como señala la resolución apelada, que un factor que divide estas dos etapas es la modificación del artículo 106 del RNF a partir de la aprobación del Decreto Supremo 031-2007-MTC, mediante la cual se dispuso eliminar los siguientes requisitos:
- (i) presentar copias de los estados financieros auditados de los últimos cinco 5 años; y,
 - (ii) adjuntar el certificado de la autoridad competente que acredite la experiencia en el transporte ferroviario.
296. Una vez modificada la norma, en la segunda etapa las empresas Andean Railways, Wyoming Railways e Inca Rail solicitaron el otorgamiento de un permiso de operación, ante lo cual, Fetrans interpuso recursos de oposición y apelación contra el otorgamiento de los referidos permisos reiterando algunos de los argumentos que había utilizados en la primera etapa, estos son:
- (i) la no identificación de sus verdaderos accionistas;
 - (ii) las deficiencias existentes en el contrato de gestión presentado; y,
 - (iii) el hecho de no cumplir con presentar la relación del personal clave de la empresa.
297. En atención a ello, la Comisión consideró que pese a que estos alegatos habían sido desestimados en la primera etapa de los permisos de operación y que era previsible que sus recursos al respecto no tendrían éxito en el fondo, Fetrans insistió en sustentar sus recursos en dichos factores. La primera instancia estimó que esta reiteración en los argumentos llevaba a concluir que estas medidas legales no respondían al interés de la denunciada de obtener un resultado favorable, sino a la finalidad de prorrogar la vigencia de los procedimientos y por ende, la de los permisos de operación.
298. En su apelación, Fetrans manifestó que la razón por la cual reiteró sus argumentos es porque no fueron atendidos oportunamente por la autoridad, pero que esta repetición no les restaría legitimidad. Por el contrario, considera que pone de manifiesto que ha sido consistente en sus acciones con el objetivo que los operadores del FSO cuenten con adecuado respaldo patrimonial y experiencia técnica, para aminorar así el riesgo de siniestros en la vía férrea.
299. De la revisión de los recursos presentados por Fetrans se advierte que los argumentos señalados por la Comisión (identificación de sus accionistas,

deficiencias del contrato de gestión y designación de personal clave) también fueron invocados en las oposiciones y recursos presentados durante la primera etapa y no fueron acogidos por la autoridad competente.

300. No obstante, este colegiado considera que atendiendo al fundamento objetivo del solicitante –la responsabilidad solidaria recogida en el Contrato de Concesión–, el insistir en el marco de un procedimiento adicional por cada empresa en investigar con mayor rigurosidad sobre la vinculación entre los agentes, la gestión y personal clave de los potenciales operadores no representa una conducta temeraria por parte de Fetrans. En particular, si aquellos cuestionamientos no fueron rechazados *in limine* y abordan aspectos que también revelan la idoneidad técnica del entrante.
301. Durante la primera etapa, las oposiciones y recursos fueron acogidos por las autoridades, lo cual evidencia la expectativa de éxito que respaldaban sus pretensiones. En la segunda etapa, aunque finalmente fueron desestimados sus recursos, podría afirmarse que contaban con una causa probable que podía haber determinado una reevaluación por parte de la autoridad a cargo del procedimiento.
302. Finalmente, el fundamento objetivo invocado por Fetrans adquiere mayor respaldo si se toma en cuenta que mediante la suscripción de la Addenda N° 4 del 25 de enero de 2011, el propio Estado peruano accedió a modificar el Contrato de Concesión del FS y FSO, eliminando las cláusulas que establecían la responsabilidad solidaria del concesionario con respecto a todos los operadores del servicio de transporte de pasajeros y carga que presten servicios en las vías del FS y FSO, limitando su responsabilidad únicamente en lo que concierne a su operador vinculado Perurail.¹⁴¹
303. En consecuencia, la Sala considera las medidas legales adoptadas por Fetrans y PTR en el marco de los procedimientos para la obtención de permisos de operación por parte Andean Railways, Wyoming Railways e Inca

¹⁴¹ En la mencionada addenda se indica lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA: MODIFICACIONES.- El objeto de la presente addenda es modificar los numerales 7.7, 14.1 y 23.3 de las cláusulas séptima, décimo cuarta, vigésimo tercera respectivamente y el Anexo N° 2 del Contrato de Concesión, en los términos siguientes:

2.1. Modificar el penúltimo párrafo establecido en el numeral 7.7 de la cláusula séptima (mantenimiento) de El Contrato, en los términos siguientes:

DICE:

El Concesionario será solidariamente responsable con los operadores de servicios de transporte ferroviario ante El Concedente, Ositrán o los que resulten perjudicados, en caso que dichos operadores desarrollen sus actividades o utilicen material tractivo o rodante sin cumplir con las referidas normas de seguridad.

(...)

DEBE DECIR:

(...)

El Concesionario será solidariamente responsable ante El Concedente, Ositrán o los que resulten perjudicados, con su operador de servicio de transporte ferroviario vinculado, en caso que dicho operador desarrolle sus actividades o utilice material tractivo o rodante sin cumplir con las referidas normas de seguridad.

(...)”

Rail encontraban un fundamento objetivo y fueron parcialmente estimadas, por lo que no pueden ser calificadas como parte de una estrategia de abuso de procesos legales.

III.8.4 Los procesos constitucionales seguidos frente a la modificación del RNF

304. Como ya se señaló en el acápite que antecede, el Decreto Supremo 031-2007-MTC modificó el artículo 106 del RNF aprobado por Decreto Supremo 032-2005-MTC, eliminando ciertos requisitos para la obtención de los permisos de operación de transporte ferroviario, e incorporando nuevas condiciones.
305. Ante estas modificaciones, tanto Fetrans como Peruval, en su condición de accionista de Fetrans, señalaron que se había producido una flexibilización de los requisitos para obtener un permiso de operación, lo cual les generaría un mayor riesgo, considerando que según el Contrato de Concesión, Fetrans es responsable solidaria conjuntamente con los nuevos operadores por los daños que se generen en la prestación de los servicios de transporte ferroviario en el FSO.
306. En tal sentido, Peruval interpuso una demanda de amparo contra el MTC a efectos de que cese la amenaza de violación a su derecho constitucional a la seguridad jurídica, solicitando que se declare inaplicable a Fetrans el Decreto Supremo 031-2007-MTC. Por su parte, Fetrans planteó un proceso de acción popular con la finalidad que se declare que estas modificaciones eran nulas por resultar contrarias a la Constitución Política del Perú, puesto que se habían dictado para favorecer a ciertos operadores, en contravención del principio que prohíbe legislar en razón de las diferencias de las personas (artículo 103 de la Constitución), y además incrementaban su riesgo por responsabilidad solidaria, vulnerando así la garantía constitucional a la estabilidad contractual.
307. Estas medidas se resumen en el siguiente cuadro:

Cuadro 4
Medidas legales contra la modificación del RNF

Demandante	Medida
Peruval	Demanda de Amparo interpuesta el 25 de octubre de 2007, a fin de que se declare inaplicable a Fetrans el Decreto Supremo 031-2007-MTC. Dentro de este proceso, a su vez, se planteó lo siguiente: - Primera solicitud de medida cautelar de no innovar contra el MTC para que se suspendan provisionalmente los efectos de la modificación del RNF.

	- Segunda solicitud de medida cautelar de no innovar, a fin de que se ordene que Fetrans se abstenga de arrendar su material tractivo y rodante y autorizar la circulación a aquellos operadores que hubieran obtenido sus permisos bajo la modificación del RNF.
Fetrans	Demanda de acción popular interpuesta el 15 de enero de 2008, a fin de que con efecto retroactivo se declare la inconstitucionalidad e ilegalidad de las modificaciones al RNF.

Fuente: MTC, Fetrans y Peruval.
Elaboración: ST-SC1/INDECOPI.

308. La Comisión en la resolución impugnada no cuestionó el hecho que las medidas legales reseñadas tengan o no mérito para ser amparadas. Sin embargo, consideró que estas perseguían la mera finalidad de obstruir el ingreso de potenciales operadores entrantes que pudieran representar competencia a su empresa vinculada Perurail, lo cual se evidenciaba a partir del hecho de que ambos procesos constitucionales se venían tramitando de manera paralela a pesar de compartir una misma pretensión de fondo, en el caso, la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de las modificaciones al RNF establecidas por el Decreto Supremo 031-2007-MTC.
309. En otras palabras, a criterio de la Comisión resultaba un fuerte indicador del propósito anticompetitivo el solo hecho que un litigante adopte la decisión de activar más de una vía procesal para discutir una misma situación que afectaría sus derechos fundamentales.
310. Sobre el particular, y en la línea de lo desarrollado en el marco teórico de la presente resolución, esta Sala considera que la opción de iniciar diversas vías procesales no es *per se* temeraria, ya que resulta legítimo que un litigante aumente el rango de probabilidades de obtener un resultado favorable iniciando más de un proceso, siempre que este tenga un fundamento objetivo razonable y no exista un marco jurídico legal que obligue a iniciar los procesos de manera alternativa o residual.
311. Como se señala en el Informe Legal elaborado por el abogado Juan Monroy Gálvez que Fetrans adjuntó a su apelación¹⁴², sancionar el solo uso de más de una vía procesal se convertiría entonces en una forma de castigar la estrategia procesal del litigante. La posibilidad de que la pretensión planteada en una vía no sea amparada es siempre probable, con lo cual el otro proceso se convierte en un mecanismo para asegurar que no quede completamente desatendido un interés subjetivo legítimo atendible, como lo es en el presente caso el eventual riesgo patrimonial que asumiría Fetrans a partir de su

¹⁴² Ver informe de fojas 7028 a 7049 del expediente.

responsabilidad solidaria sobre los siniestros que se produzcan en la vía férrea que administra.

312. Además, debe recordarse que el proceso de amparo y el proceso de acción popular no tienen naturaleza similar y, por tanto, no cumplen necesariamente la misma función para el litigante. En efecto, si bien de ampararse la declaración de inconstitucionalidad y nulidad con efectos generales y retroactivos de las modificaciones al RNF (promovidas vía la acción popular¹⁴³) también se produciría una inaplicación con efectos concretos y retroactivos del mismo instrumento normativo respecto de Fetrans (similar a la que se produce vía el proceso de amparo¹⁴⁴), es relevante precisar que ello no es suficiente para afirmar que cumplen el mismo efecto práctico para el demandante interesado.
313. Ello se aprecia básicamente por el hecho que el proceso de amparo es una vía de tutela urgente, que por dicha naturaleza se caracteriza por una cognición sumaria que apunta a resolver la controversia de manera acelerada; a diferencia del proceso de acción popular, que por el hecho que no ha sido concebido como un mecanismo de protección de derechos fundamentales sino de mantenimiento del orden constitucional, sigue una vía de conocimiento más dilatada donde el factor tiempo no adquiere relevancia.
314. En ese sentido, es esperable que un litigante razonable, al diseñar la estrategia procesal de defensa de sus intereses, advierta esta diferencia y recurra, por un lado, al proceso de amparo para obtener una solución inmediata a su problema concreto, y a la par, plantee también una demanda de acción popular, a efectos de ampliar sus opciones procesales y obtener, aunque con una mayor dilación, una satisfacción de su interés particular a partir de la expulsión de la norma del ordenamiento que conlleva una sentencia fundada de acción popular.

¹⁴³ De una revisión de la demanda de acción popular planteada por Fetrans (fojas 1621 a 1654) se aprecia que en su petitorio el demandante invocó una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos retroactivos. Este pedido, de ser amparado, generaba que todos los procesos de otorgamiento de permisos de operación en trámite e iniciados bajo la regulación más flexible del Decreto Supremo 031-2007-MTC no podían aplicar dicho dispositivo.

“CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Artículo 81.- Efectos de Sentencia fundada.- (...)

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano.”

¹⁴⁴ Las demandas de amparo, de ser acogidas, también pueden incluir la declaración de nulidad de los actos que afecten el ejercicio del derecho fundamental tutelado. Así, el artículo 55 del Código Procesal Constitucional señala lo siguiente:

“La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:
(...)

2) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;
(...)”

315. De tal manera, y con independencia de los resultados de los procesos¹⁴⁵, se aprecia que ambas medidas legales responden a una estrategia diseñada para defender sus intereses patrimoniales que se podían ver potencialmente afectados como consecuencia de una modificación normativa que, podía aumentar su riesgo.
316. Por otro lado, la Comisión también señaló que la segunda evidencia de la finalidad obstruccionista de las denunciadas se constataba con la presentación por parte de Peruval de dos medidas cautelares en el marco del proceso de amparo, las cuales guardaban los mismos fundamentos y el mismo petitorio de inaplicación provisional de las modificaciones que redujeron la valla de requisitos del RNF y bajo la cual algunas empresas obtuvieron sus permisos de operación. En efecto, la Comisión sostuvo que *“las dos (2) solicitudes de medida cautelar, interpuestas en distintos momentos, reflejan la intención de Peruval de dilatar el proceso, al mantener en trámite varias peticiones que tuvieran por objeto impedir la aplicación efectiva del Decreto Supremo 031-2007-MTC.”*
317. A criterio de esta Sala, las solicitudes de medida cautelar planteadas por Peruval dentro del proceso de amparo no evidencian un uso sin fundamento objetivo de los mecanismos procesales. En relación con este razonamiento, debe recordarse que conforme a la práctica jurisprudencial que se extrae de los casos analizados por el Tribunal Constitucional y la sentencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *California Motor*, la reiteración de planteamientos procesales adquiere carácter malicioso y ausente de mérito objetivo cuando se repiten sistemáticamente el mismo tipo de fundamentos que ya han sido desestimados previamente por las cortes.
318. En el presente caso, es preciso notar que las dos medidas cautelares solicitadas a lo largo del procedimiento fueron planteadas sobre la base de fundamentos de derecho y situaciones de hecho distintos que pretendían sustentar la verosimilitud de su dictado. En efecto, en el caso de la primera medida cautelar solicitada el 17 de diciembre de 2007, el argumento de Peruval se basaba en la violación de la seguridad jurídica que se producía¹⁴⁶; mientras que en el caso de la segunda medida cautelar planteada el 23 de enero de 2009¹⁴⁷, el argumento para su dictado se basó en un cambio de

¹⁴⁵ Mediante Sentencia emitida el 14 de marzo de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la sentencia que declaró infundada la demanda de acción popular interpuesta por Fetrans. Por su parte, por Sentencia expedida el 31 de mayo de 2011 el Tribunal Constitucional declaró por mayoría infundada la demanda de amparo planteada por Peruval.

¹⁴⁶ Ver copia del escrito de fojas 4646 y 4648.

¹⁴⁷ Ver copia del escrito de fojas 4664 y 4665 del expediente.

circunstancias, consistente en que unos meses atrás se había declarado fundada en primera instancia su demanda de amparo y, por tanto, de acuerdo con el artículo 615 del Código Procesal Civil correspondía otorgarla al solicitante por el solo mérito de esta sentencia favorable¹⁴⁸.

319. El cambio de circunstancias resulta un fundamento claramente objetivo para que un sujeto que desee tutelar sus derechos plantee un nuevo pedido cautelar.¹⁴⁹ Esto es coherente con la denominada “variabilidad” de las medidas cautelares, concepto que en doctrina puede ser definido como la capacidad de plantear y analizar su dictado en diferentes momentos del procedimiento en atención a una modificación de las condiciones vinculadas a su dictado (verosimilitud del derecho y peligro en la demora)¹⁵⁰.
320. Por consiguiente, Peruval movilizó el aparato judicial ante la evidencia de un cambio en las condiciones relacionadas con la verosimilitud de su derecho, por lo que su pedido cautelar se enmarca dentro de un fundamento objetivo y un contexto razonable y alejado de una mera repetición de argumentos ya desestimados.
321. En conclusión, esta Sala considera, a diferencia de la Comisión, que las acciones legales interpuestas paralelamente por Fetrans y Peruval para cuestionar la constitucionalidad y legalidad del RNF no evidencian un ejercicio abusivo del derecho de acción de las denunciadas, por lo que no es posible entender que se plantearon con el fin de impedir, retrasar o poner en riesgo la competencia de nuevos operadores en el mercado de transporte ferroviario en el FSO.

¹⁴⁸ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 615.- Caso especial de procedencia.-** Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del Artículo 610.

¹⁴⁹ La Sala, en la Resolución 0785-2009/SC1-INDECOPI del 3 de agosto de 2009, señaló lo siguiente:

“A lo largo de un procedimiento pueden sobrevenir diversas situaciones que influyen, entre otros aspectos, en que varíen las condiciones y requisitos vinculados al dictado de una medida cautelar. Así por ejemplo, durante la tramitación del procedimiento el denunciante puede adjuntar nuevos medios probatorios que, tras su prejuzgamiento, permiten a la Administración lograr el nivel de cognición denominado “de verosimilitud” acerca del derecho invocado; nivel al cual no pudo arribar tras analizar los medios de prueba que fueran inicialmente presentados y que, en tal medida, determina que sobrevenga la necesidad de la imposición de una medida cautelar. De la misma manera, podría también darse el caso que habiéndose dictado una medida cautelar, en un momento posterior se produzca algún hecho que elimine el peligro en la demora y, por tanto, determine el deber de revocar el mandato cautelar.”

¹⁵⁰ Para el tratadista argentino Rivas, “Las medidas cautelares están sujetas al principio de rebus sic stantibus. Precisamente, ello no significa que la decisión que las impone o la necesidad de dictarlas pueda ser revisada de manera constante a voluntad del sometido a las mismas, sino que puede ser dejada sin efecto o establecida si en virtud de nuevas circunstancias desaparecen o se verifican los presupuestos que justifican su dictado.” RIVAS, Adolfo. “Las medidas cautelares en el proceso civil peruano”. Lima: Editorial Rhodas, 2000, p. 47.

III.8.5 Las medidas legales iniciadas frente a la modificación del Reglamento de Acceso (REA) de Fetrans

322. De acuerdo con los artículos 12 y 13 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público (REMA)¹⁵¹, el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura administrada por las entidades prestadoras¹⁵² se encuentra regulado por diversas normas, entre ellas, los Reglamento de Acceso (REA) que apruebe Ositran para cada entidad titular de la explotación de la infraestructura¹⁵³. Estos REA, conforme a lo dispuesto por los artículos 14 y 18 del REMA, contienen, entre otros, la identificación y descripción de todos los requisitos necesarios para solicitar el acceso a una facilidad esencial controlada por la entidad prestadora, entre los que se incluyen las condiciones relacionadas con las pólizas de seguro y garantías que deben otorgar las personas naturales y jurídicas que pretendan acceder a la infraestructura de uso público¹⁵⁴.

¹⁵¹ Aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo 014-2003-CD-OSITRAN.

¹⁵² **REGLAMENTO MARCO DE ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO, Artículo 3.- Definiciones.-**

(...)

k) Entidad prestadora.- Son las empresas o grupo de empresas que tienen la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, sean empresas públicas o concesionarias, y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios relacionados a esta explotación

Para efectos del ejercicio de las funciones de supervisión de OSITRAN, se considerará también como Entidad Prestadora a aquella que realiza actividades de utilización total o parcial de infraestructura de transporte de uso público, en calidad de Operador Principal, por mérito de la celebración de un contrato de operación, de servicios, asistencia técnica, de gerencia o similares.

(...)

x) Usuario intermedio.- Es la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura de transporte de uso público para brindar servicios, de transporte o vinculados a esta actividad.

¹⁵³ **REGLAMENTO MARCO DE ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO, Artículo 12.- Reglas que regulan el Acceso.-** El acceso a las Facilidades Esenciales se regulan por las reglas establecidas en:

(...)

d) El Reglamento de Acceso de cada Entidad Prestadora aprobado por OSITRAN;

Artículo 13.- Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.- Cada Entidad Prestadora deberá contar con un Reglamento de Acceso aprobado por OSITRAN, con el fin de otorgar a los potenciales usuarios intermedios toda la información relevante necesaria para solicitar el Acceso. Este Reglamento debe incorporar el contenido mínimo que se precisa en el siguiente artículo

(...)

¹⁵⁴ **REGLAMENTO MARCO DE ACCESO A LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO, Artículo 14.- Contenido mínimo del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora.-** El Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora deberá tener como contenido mínimo lo siguiente:

(...)

b) La descripción de las Facilidades Esenciales que se utilizan en la prestación de los referidos Servicios Esenciales.

c) Los requisitos y condiciones requeridos para el acceso a la Facilidades Esenciales necesarios para prestar cada Servicio Esencial, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18 del presente Reglamento.

(...)

Artículo 18.- Requisitos para el Acceso a las Facilidades Esenciales.- Las Entidades Prestadoras podrán exigir a los solicitantes del Acceso los siguientes requisitos, los cuales no deberán constituir barreras al Acceso:

(...)

c) Pólizas de seguro y garantías requeridas, que deberán ser razonables en atención a la naturaleza y riesgos del

323. En tal sentido, los REA establecen la regulación de entrada aplicable por cada titular de la infraestructura a la que deben ajustarse todos aquellos potenciales operadores que pretendan realizar servicios de transporte o conexos. En el caso de la infraestructura ferroviaria del tramo correspondiente al FSO, el REA de Fetrans aprobado por el Consejo Directivo de Ositran mediante Resolución 026-2006-CD-OSITRAN del 20 de abril de 2006, es el instrumento normativo que cumple esa función.
324. El 1 de junio de 2007, Andean Railways solicitó a Ositran la modificación de varios artículos del REA de Fetrans, alegando que constituían barreras de acceso de nuevos operadores a la vía férrea administrada por dicha concesionaria. A raíz de esta solicitud, la entidad reguladora inició de oficio un procedimiento con el objeto de modificar determinadas disposiciones que impondrían requisitos de acceso demasiado onerosos y aprobó mediante Resolución 043-2007-CD-OSITRAN del 27 de junio de 2007 un proyecto de modificación del REA, el cual fue notificado, entre otros, a Fetrans, a fin que presente sus comentarios y observaciones.
325. Como ha señalado Fetrans a lo largo del procedimiento, la reducción de exigencias de entrada previstas en el REA podría estar aumentando el riesgo de su propia operación, ya que los eventuales siniestros o incumplimientos que se produjeran en la vía podían ser asumidos por el concesionario en virtud de la cláusula de responsabilidad solidaria prevista en ese entonces en su contrato de concesión.
326. En tal sentido, adoptó diversas acciones legales que fueron encauzadas en el marco de dos procedimientos administrativos claramente diferenciados: el procedimiento de modificación iniciado de oficio por Ositran y un nuevo procedimiento de modificación iniciado paralelamente a instancia de parte de la propia Fetrans. La descripción del contenido de cada una de estas medidas legales se detalla a continuación:
- a) Dentro del procedimiento de oficio iniciado por Ositran:
- i. Frente a la Resolución 043-2007-CD-OSITRAN que contiene el proyecto de modificación, Fetrans formuló reconsideración el 26 de julio de 2007, señalando básicamente que el REA de cada entidad prestadora sólo puede ser modificado a solicitud de los titulares de la infraestructura y no de oficio por Ositran;

servicios involucrado. OSITRAN podrá evaluarlas de modo tal de aprobar la razonabilidad de la cobertura y nivel de garantías exigidas. Para tal evaluación, podrán usarse como parámetros las prácticas comerciales ordinarias para actividades o servicios similares, entre otros elementos.

- ii. el 14 de agosto de 2007, Fetrans presentó un escrito indicando que el proyecto de modificación de Ositrán era incorrecto en lo referente a las coberturas de los seguros y la carta fianza que debían establecer los operadores ferroviarios que presenten una solicitud de acceso a la vía férrea, así como en lo relacionado al régimen de infracciones y sanciones. En tal sentido, Fetrans plasmó su propia propuesta de modificación de estos aspectos del REA y, ante ello, Ositrán decidió de oficio acumular este pedido al procedimiento en trámite (Resolución 025-2007-PD-OSITRAN del 23 de agosto de 2007);
 - iii. el 3 de diciembre de 2007, Ositrán expidió la Resolución 058-2007-CD-OSITRAN desestimando los cuestionamientos y las propuestas de Fetrans. Esta decisión fue impugnada por apelación del 15 de enero de 2008, siendo que a través de ese escrito Fetrans también solicitó que se acumule el procedimiento con el que había iniciado paralelamente de parte (al cual nos referiremos en el acápite b) siguiente); y,
 - iv. por Resolución 013-2008-CD-OSITRAN del 27 de febrero de 2008, la apelación fue declarada infundada y el pedido de acumulación impertinente. Ante este pronunciamiento, Fetrans planteó una demanda contencioso administrativa; sin embargo, posteriormente planteó su desistimiento del proceso, el cual fue aprobado por el Octavo Juzgado Contencioso Administrativo.
- b) Dentro del procedimiento iniciado por Fetrans:
- i. El 19 de octubre de 2007, cuando paralelamente se tramitaba el procedimiento de oficio, Fetrans formuló una nueva propuesta de modificación del REA en lo referente a las pólizas de seguro, la carta fianza y la subasta de horarios de circulación en la vía ferroviaria;
 - ii. el 13 de noviembre de 2007, Fetrans cursó a Ositrán una carta haciendo nuevas especificaciones en lo relacionado a los seguros que debían otorgar los operadores, a propósito de un Informe emitido por Contacto Corredores de Seguro S.A. que recalculaba los montos estimados de las coberturas. Ante ello, por Oficio 2595-07-GS-OSITRAN del 10 de diciembre de 2007, la Gerencia de Supervisión de Ositrán le solicitó a Fetrans que precise cuál era el monto de la póliza que proponía;
 - iii. la operadora dio respuesta al requerimiento por escrito del 9 de enero de 2008, precisando su propuesta de modificación.

Asimismo, solicitó en dicha oportunidad la acumulación del procedimiento con el procedimiento que venía tramitándose paralelamente de oficio; y,

- iv. por Resolución 004-2008-CD-OSITRAN del 22 de enero de 2008 se calificó la precisión de la propuesta de modificación no como una subsanación sino como un segundo proyecto, procediéndose a notificar a los operadores interesados a efectos de que presenten sus comentarios.

327. A partir de la evaluación de las medidas legales descritas, la Comisión consideró que un primer elemento indicador del ejercicio del derecho de petición con fines exclusivamente predatorios consistía en la presentación, en el marco de los dos procedimientos tramitados, de hasta tres proyectos sucesivos de modificación del REA en distintos momentos (14 de agosto y 19 de octubre de 2007, y 9 de enero de 2008), los cuales a criterio de la primera instancia versaban sobre los mismos aspectos –monto de las pólizas de seguros y la carta fianza–, evidenciando así un objetivo meramente dilatorio.

328. En el caso de los tres proyectos de modificación del REA planteados por Fetrans, si bien es cierto que se abordan coincidentemente los mismos aspectos (coberturas de los seguros y carta fianza), no se aprecia bajo punto de vista alguno la repetición de fundamentos ni propuestas que den cuenta del uso de una misma vía procesal para plantear simultáneamente una misma solicitud.

329. Así, las modificaciones regulatorias planteadas a través de las solicitudes del 14 de agosto y 19 de octubre de 2007, y el 9 de enero de 2008, divergen entre sí según se aprecia en el siguiente cuadro:

	Solicitud del 14 de agosto de 2007	Solicitud del 19 de octubre de 2007	Solicitud del 9 de enero de 2008
Seguros	1.- “Cobertura contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria”: Se propone una cobertura de US \$ 3 361 000,00, considerando los eventuales siniestros que afectan la propiedad del concesionario y de terceros. 2.- “Cobertura por daños y perjuicios a terceros” de US \$ 5 000 000,00, no debiendo reducirse a solo US \$ 1 000 000,00 en atención a la magnitud de los siniestros.	“Cobertura contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria”: Se propone una cobertura de US \$ 5 000 000,00 por ferrocarril.	“Cobertura contra todo riesgo de destrucción parcial de la infraestructura vial ferroviaria”: Se propone una cobertura de US \$ 10 000 000,00 por ferrocarril.

Carta Fianza que garantiza el pago del acceso a la vía	1. Monto mínimo equivalente al 50% de la penalidad por incumplimiento de estándares técnicos de seguridad fijados en el contrato de concesión o el equivalente a 3 meses de facturación (lo que fuera mayor). 2. Carta fianza debe ser entregada por operador al momento de la suscripción de la solicitud de acceso como muestra de la seriedad de la oferta.	Carta fianza debe reemplazarse por dos cartas fianzas: (i) Carta fianza de seriedad de la oferta: Exigible solo en caso de subasta de horarios. (ii) Carta Fianza de fiel cumplimiento del contrato de acceso; Su monto debe ascender a 3 meses de cargo de acceso o el equivalente a US \$ 2 000 000,00 (lo que fuera mayor).	
---	--	---	--

Elaboración: ST-SC1

330. Como se aprecia, en el lapso de cinco meses que media entre la presentación de la primera y última propuesta de modificación del REA, Fetrans, si bien retoma hasta en tres oportunidades el aspecto de los seguros y en dos oportunidades la regulación de la carta fianza que deben otorgar los operadores, plantea al respecto distintas posibilidades normativas. Desde un punto de vista objetivo, ello se justifica en el hecho que a lo largo del tiempo es posible que el operador se encuentre con nuevas variables que influyan en el análisis del riesgo derivado de la actividad de operadores en la vía férrea, por lo que resulta factible que la estimación sobre las coberturas o cartas fianza que se deban asumir en el mercado pueda cambiar a través del tiempo.
331. De hecho, como sucede en el presente caso, incluso dentro de los casi 5 (cinco) meses que mediaron entre la primera y tercera solicitud, Fetrans accedió al Informe elaborado por Contacto Corredores de Seguros, el cual le permitió obtener nueva información para evaluar con otra perspectiva las eventuales indemnizaciones que debería asumir, facilitando el recálculo de las condiciones de seguros que debían cumplir los nuevos operadores del FSO.
332. Por ello, es importante resaltar que Fetrans no tenía por qué conocer desde el 14 de agosto de 2007 (fecha de presentación del primer proyecto) cada uno de los aspectos que motivaron las diferentes propuestas regulatorias que se plantearon el 19 de octubre de 2007 (fecha de presentación del segundo proyecto) y el 9 de enero de 2008 (fecha de tercer y último proyecto de modificación). De tal modo, el hecho que la posición de Fetrans acerca de los

cambios que debían efectuarse al REA no haya sido presentada en un solo acto sino a través de solicitudes sucesivas de modificación, no es un indicador suficiente para afirmar que existió una estrategia meramente dilatoria, pudiendo responder al hecho que a lo largo del tiempo fue obteniendo nueva información sustentatoria que sugería la necesidad de ampliar su posición inicial sobre la modificación del REA, para así garantizar un derecho legítimo: que las pólizas de seguro y la carta fianza cubran de manera suficiente la mayor cantidad de siniestros o incumplimientos que se produjeran en la vía férrea.

333. De otro lado, la Comisión también ha sostenido que el segundo indicador de la intención anticompetitiva y dilatoria de Fetrans se plasma a partir de las dos solicitudes de acumulación de los procedimientos de oficio y de parte presentadas por dicha empresa el 9 de enero de 2008 (en el procedimiento de parte) y el 15 de enero de 2008 (en el procedimiento de oficio). A criterio de la primera instancia, estas solicitudes procuraban ser atendidas solo con el efecto de retrotraer cada procedimiento a su trámite inicial.
334. La acumulación permite que dos o más procesos que guardan conexidad objetiva o subjetiva sean tramitados de manera unificada. Es un instituto procesal que tiene por finalidad promover la economía procesal y evitar los fallos contradictorios que se podrían dar de permanecer las controversias en una duplicidad de vías¹⁵⁵.
335. En el presente caso, tanto el procedimiento de oficio como el procedimiento iniciado de parte versan sobre las modificaciones al REA de Fetrans, apreciándose que inciden, en particular, tanto en lo referido a los seguros como a la carta fianza que deben otorgar los operadores que deseen acceder a la vía férrea. Por tanto, al plantear su pedido de acumulación en ambos procedimientos, el administrado pretende llamar la atención sobre la necesidad de la tramitación conjunta de ambas solicitudes, atendiendo a la estrecha conexidad objetiva y subjetiva que se advierte.
336. De tal manera, los pedidos de acumulación plasmados en cada uno de los procedimientos tenían una expectativa razonable de ser amparados, materializando así el legítimo derecho de Fetrans de obtener un solo fallo

¹⁵⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 90.- Requisitos y trámite de la acumulación sucesiva de procesos.-** La acumulación sucesiva de procesos debe pedirse antes que uno de ellos sea sentenciado. El pedido impide la expedición de sentencia hasta que se resuelva en definitiva la acumulación.
La acumulación sucesiva de procesos se solicita ante cualquiera de los Jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Si el pedido es fundado, se acumularán ante el que realizó el primer emplazamiento.
De la solicitud de acumulación se confiere traslado por tres días. Con la contestación o sin ella, el Juez resolverá atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados al pedido. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.
Esta acumulación será declarada de oficio cuando los procesos se tramitan ante un mismo Juzgado.

que contemple de manera integral todas las modificaciones deducidas por la concesionaria.

337. Si bien la Comisión ha sostenido en la resolución recurrida que a través de la Resolución 013-2008-CD-OSITRAN¹⁵⁶, el Ositran habría opinado que las solicitudes de acumulación planteadas por Fetrans en el marco de los procedimientos de modificación del REA serían dilatorias y reñidas con el ejercicio legítimo del derecho de petición, debe tenerse en cuenta que en la citada resolución no se afirma que la actividad procesal desplegada por Fetrans hasta ese momento haya sido irregular, limitándose a advertir de manera genérica que el derecho de solicitar modificaciones al REA siempre debe ejercerse de manera acorde con los postulados de la buena fe.
338. En consecuencia, esta Sala discrepa de la Comisión y considera que las medidas legales adoptadas por Fetrans en relación con la modificación del REA cuentan con fundamento objetivo y no forman parte de la presunta estrategia de litigación predatoria imputada.

III.8.6 Conclusiones sobre la estrategia predatoria denunciada

339. De la revisión de cada una de las medidas legales iniciadas por el grupo económico compuesto por Fetrans, Perurail, PTR y Peruval, se puede apreciar que en cada uno de los procesos y procedimientos cuestionados, los solicitantes contaban con un fundamento objetivo o causa probable que respaldaba el ejercicio regular de sus derechos de petición y acción.
340. Atendiendo a la regla de análisis recogida por esta Sala, al contar con un fundamento objetivo al incoarse los procesos, se debe descartar su calificación como parte de una estrategia de abuso de procesos legales destinada a impedir y afectar la competencia en el mercado del servicio ferroviario de pasajeros en el FSO.
341. Por tanto, corresponde revocar la resolución apelada que declaró fundada la denuncia interpuesta por Apofer y, reformándola, se declara infundada dicha imputación, dejándose sin efecto la sanción y la medida correctiva impuestas.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, en el extremo que declaró infundada la solicitud de Peruval Corp. S.A. para

¹⁵⁶ La parte pertinente de dicha resolución señala lo siguiente:

"(...) FETRANS tiene expedito su derecho de solicitar las modificaciones del REA que crea conveniente, respetando el marco legal vigente. Ello implica, que el ejercicio de dicho derecho no debe constituir un ejercicio abusivo del mismo dado que no se puede ejercer la atribución legal contrariando los dictados de la BUENA FE o desviándola del fin para el cual ha sido reconocida." (Subrayado añadido)

declarar improcedente la denuncia presentada por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú - Apofer, por la supuesta falta de legitimidad para obrar activa.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, en el extremo que denegó las solicitudes de Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A. y Peruval Corp. S.A. para que se declare la nulidad del procedimiento, por la supuesta aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1034.

TERCERO: revocar la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú - Apofer contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A., por abuso de posición de dominio en el mercado del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Cusco - Machu Picchu - Hidroeléctrica del Ferrocarril Sur - Oriente, en la modalidad de abuso de procesos legales, conducta tipificada en el artículo 1 y el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034; y reformándola, declarar infundada dicha imputación, dejando sin efecto la sanción y la medida correctiva impuestas.

Con la intervención de los señores vocales Héctor Tapia Cano, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Alfredo Ferrero Díez Canseco y Virginia Rosasco Dulanto.

HÉCTOR TAPIA CANO
Vicepresidente