

3 de mayo de 2010

**VISTOS:**

La denuncia interpuesta por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (en adelante, Apofer) contra Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, Fetrans), Perú Rail S.A. (en adelante, Perurail), Peruval Corp. S.A. (en adelante, Peruval) y Peruvian Trains & Railways (en adelante, PTR) por la presunta comisión de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de servicios de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur-Oriente (en adelante, el FSO); los descargos de las denunciadas; el Informe 002-2010/ST-CLC-INDECOP de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); y las demás actuaciones del procedimiento.

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES**

1. El 7 de mayo de 2008, Apofer denunció a Fetrans, Perurail, Peruval y PTR (en adelante, en conjunto, las denunciadas) por infracción al Decreto Legislativo 701, materializada en un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. Apofer sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:
  - a) Las denunciadas han hecho un ejercicio abusivo de sus derechos de acción y petición con fines predatorios, dirigido a impedir, encarecer y dilatar el ingreso de cualquier operador al Ferrocarril del Sur (en adelante, el FS) y al FSO, con la finalidad de que Perurail mantenga su posición de dominio en el mercado de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta "Cusco - Machupicchu - Hidroeléctrica" y continúe como único operador ferroviario.
  - b) Las denunciadas han interpuesto diversas acciones judiciales y procedimientos administrativos relacionados con:
    - la eficacia de la Resolución 1122-2007/TDC-INDECOP del 1 de julio de 2007 (en adelante, la Resolución 1122), por la que la Sala de Defensa de

la Competencia del Tribunal de INDECOPI (en adelante, la Sala)<sup>1</sup> ordenó como medida correctiva a Fetrans el cese de la negativa injustificada a alquilar el material tractivo y rodante que le fue otorgado en concesión (en adelante, el material), así como el cumplimiento del deber de no discriminación;

- la inaplicación del Decreto Supremo 031-2007-MTC, que modificó el Reglamento Nacional de Ferrocarriles (en adelante, el RNF), aprobado por Decreto Supremo 032-2005-MTC, ya que dicha modificación reduciría los requisitos legales para la obtención de los permisos de operación de servicios de transporte ferroviario;
- la modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro (en adelante, el FC) suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) y Ferrovías Central Andina S.A. (en adelante, FVCA), con el objeto de que se mantenga la obligación de la empresa concesionaria del FC de no operar en el FS ni en el FSO;
- las oposiciones a las solicitudes de permiso de operación de transporte ferroviario en el FSO presentadas por Andean Railways Corp. (en adelante, Andean Railways) y Wyoming Railways S.A. (en lo sucesivo, Wyoming Railways); y,
- la adopción de acciones legales que dilatarían el proceso de modificación del Reglamento de Acceso a las vías férreas administradas por Fetrans (en adelante, el REA de Fetrans).

c) Las acciones judiciales y administrativas iniciadas por las denunciadas carecen de sustento legal en algunos casos y, en otros, los beneficios que un resultado favorable les hubiera generado resultaban menores que los costos de los propios procesos, lo que evidencia su objetivo de crear barreras de acceso al mercado que impidan el ingreso de nuevos competidores.

2. El 19 de agosto de 2008, Apofer complementó su escrito de denuncia presentando nueva información que evidenciaría la estrategia legal desarrollada por las denunciadas. En particular, señaló que, además de las acciones legales expuestas en su escrito de denuncia, Fetrans había presentado una oposición al permiso de operación otorgado a Inca Rail S.A.C. (en adelante, Inca Rail); mientras que Perurail había llevado a cabo acciones judiciales para evitar los efectos de la aplicación de la Resolución 1122.
3. Mediante Resolución 001-2009/ST-CLC-INDECOPI del 14 de enero de 2009 (en adelante, la Resolución Admisoria), la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia interpuesta por Apofer contra Fetrans, Perurail, Peruval y PTR por presunto abuso de posición de dominio, en la modalidad de abuso de procesos legales, prohibido y tipificado en el artículo 1 y el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el Decreto Legislativo 1034).

---

<sup>1</sup> Actualmente, la Sala de Defensa de la Competencia 1 (SC1)

4. El 3 de marzo de 2009, Peruval contestó la denuncia de Apofer negándola y contradiciéndola, conforme a los siguientes argumentos:
  - a) La denuncia debió ser declarada improcedente porque el denunciante, Apofer, carecía de legitimidad para obrar, ya que, según el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034, cuando las empresas actúan a través de alguna entidad que representa a sus afiliados, esta última deberá acreditar quiénes son éstos (en este caso, los miembros de Apofer) y además, acreditar que realizan la actividad relacionada con la materia de la controversia.
  - b) Las normas sobre vinculación (Resolución de la SBS 445-200 y la Resolución CONASEV 090-2005-CONSEV-EF-94.10 que aprueba el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos), tienen criterios dispares y además objetivos distintos, por ello, no son aplicables al análisis de vinculación y grupo económico del presente caso.
  - c) El único proceso constitucional iniciado por Peruval fue interpuesto en ejercicio regular del derecho de acción que la Constitución confiere a los ciudadanos, y fue declarado fundado.
  
5. El 3 de marzo de 2009, Fetrans y Perurail presentaron sus descargos sobre la base de los siguientes argumentos:
  - a) Debe presumirse el ejercicio regular de los derechos de acción y petición, y sólo con evidencia contundente se puede pretender limitarlo o sancionar su ejercicio.
  - b) No es posible evaluar una eventual predación a través del ejercicio abusivo del derecho de acción sin evaluar el fondo de las cuestiones en discusión. Ello, en la medida que la cantidad de acciones legales no es, en modo alguno, un factor decisivo para determinar un ejercicio abusivo de ellas.
  - c) Siempre que el ejercicio del derecho de acción tenga como objetivo esencial obtener una resolución o decisión favorable a los intereses del solicitante, la conducta no podría calificar en ningún caso como fingida o simulada, incluso aunque tuviera como objetivo accesorio o complementario perjudicar la posición competitiva de un rival.
  - d) La clase de litigación ejercida por Fetrans y Perurail está protegida por el ordenamiento jurídico, toda vez que no sólo ha habido numerosas razones válidas para iniciar los procesos, sino que además han sido llevados a cabo dentro de los canales correspondientes y con altas probabilidades de éxito, evidenciadas en la mayoría de resultados finales y parciales.
  - e) Nunca se les ha imputado la alegación de falsedad por parte de una autoridad administrativa o judicial. Tampoco han presentado pretensiones sin

fundamento, lo que queda evidenciado en el hecho que nunca se les ha denegado una pretensión por ser “manifiestamente improcedente”.

- f) Las acciones interpuestas han tenido como único objetivo garantizar el pleno respeto del modelo de Concesión que fue otorgado a Fetrans, por lo que constituyen un legítimo y razonable ejercicio de los derechos constitucionales de acción, defensa y petición. En ese sentido, cada proceso iniciado tuvo su propia justificación:

#### **Permisos de Operación**

- Fetrans tiene legítimo interés en que los operadores que el MTC autorice a solicitar acceso a las vías férreas del FSO, sean solventes económica y financieramente. Ello, en la medida que Fetrans es directamente responsable en caso los operadores desarrollen sus actividades o utilicen el material sin cumplir con los correspondientes estándares de seguridad y, en general, por los daños y perjuicios que produjera el material y los equipos ferroviarios u otros bienes utilizados por los operadores de servicios de transporte ferroviario. Lo señalado se sustenta en lo establecido en las cláusulas 7.7 y 14.1 del Contrato de Concesión suscrito entre Fetrans y el Estado Peruano (en adelante, el Contrato de Concesión).
- Es evidente que los permisos de operación habían sido otorgados en incumplimiento del marco legal, lo cual llevó a que todos y cada uno de los permisos de operación fueran dejados sin efecto, comprobándose de esta manera el legítimo interés de Fetrans y la plena razonabilidad de los cuestionamientos realizados por esta última.

#### **Modificación del RNF**

- La norma reglamentaria aprobada genera inseguridad jurídica y viola la garantía de estabilidad contractual, creando el riesgo de que ingresen operadores ferroviarios que no cumplan con la idoneidad técnica y económica que sí se había exigido a Fetrans.

#### **Procedimiento ante INDECOPI sobre el alquiler del material**

- Los procesos judiciales sobre el particular se realizaron con la finalidad de: (i) procurar evitar la generación inmediata de un daño inminente e irreparable al haberse emitido una resolución que estaría obligando a Fetrans a incumplir compromisos contractuales previamente adquiridos frente a Perurail, (ii) dilucidar el sentido en que debía aplicarse una resolución administrativa inconsistente, (iii) evitar el riesgo de la declaración de caducidad de la Concesión por el incumplimiento de la medida correctiva, y (iv) evitar la afectación al negocio tal y como fue concebido.

### **Modificación del REA de Fetrans**

- El cuestionamiento al proceso de modificación del REA de Fetrans ha estado amparado en el legítimo interés que tiene esta última en asegurar el ingreso de operadores calificados para usar la infraestructura de la cual son responsables y de evitar que cualquier daño generado por dichos operadores genere situaciones perjudiciales para Fetrans, dadas las cláusulas de responsabilidad solidaria contenidas en el Contrato de Concesión.

### **Modificación del Contrato de Concesión del FC**

- Perurail y Fetrans tenían legítimo interés en que se mantenga una disposición pactada en su beneficio en el Contrato de Concesión del FC, consistente en la obligación de no competir en el FS y el FSO exigible a FVCA, en contrapeso a las inversiones a las que se comprometieron. Ello, considerando que era un beneficio que había sido contabilizado al momento de desarrollar sus inversiones y que, unilateral y arbitrariamente, se pretendía modificar.
  - Las modificaciones al Contrato de Concesión del FC afectaban su derecho de defensa, en la medida que no se les hizo partícipes del proceso de modificación que se estaba iniciando, a pesar de ser, evidentemente, partes interesadas y potencialmente afectadas por una eventual modificación.
6. El 14 de abril de 2009 y el 19 de agosto de 2009, Apofer presentó sendos escritos por medio de los cuales proporcionó a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) información sobre: (i) nuevos hechos acaecidos en el proceso de amparo seguido por Peruval ante el Juzgado Mixto de Wanchaq, por la emisión del Decreto Supremo 031-2007-MTC, que modificó el RNF; y, (ii) un nuevo procedimiento administrativo iniciado ante el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositran (en adelante, Ositran) sobre la interpretación del artículo 7.6 del Contrato de Concesión.
  7. El 19 de junio de 2009, Fetrans presentó un escrito aportando información que circulaba entre los medios periodísticos locales y que corroboraría lo que había afirmado en su escrito de contestación de denuncia, en el sentido que uno de los accionistas de la empresa, Peruval, había estado actuando de manera absolutamente independiente y contraria a la posición y los intereses de Fetrans, al iniciar acciones judiciales tendentes a lograr la declaración de inaplicabilidad del Decreto Supremo 031-2007-MTC, en supuesto favor de aquella.
  8. El 22 de octubre de 2009, Fetrans presentó un escrito pronunciándose sobre las afirmaciones vertidas en los escritos proporcionados por Apofer (mencionadas en el punto 6 precedente), argumentando que éstas eran tendenciosas e inexactas y que

pretendían confundir a la Comisión con relación a los procesos legales referidos, sus objetivos, su legitimidad y los sujetos que se encuentran detrás de cada uno de ellos.

9. 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 Trasandino S.A. y otros”, elaborado por el abogado Luis José Diez Canseco Núñez. En el referido documento se exponen las siguientes observaciones y conclusiones:
- a) La tipificación de la figura del abuso de procedimientos legales en el Decreto Legislativo 1034 es incorrecta dado que no se requiere de la posición dominante para su ejercicio. Dicha conducta se asemeja más al tipo de prácticas prohibidas por las normas de Represión de la Competencia Desleal.
  - b) La sanción de esta práctica debe ser una medida de aplicación excepcional y residual, considerando que involucra derechos constitucionales (derecho de petición y tutela jurisdiccional).
  - c) Según la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el agente infractor debe contar con posición de dominio y las acciones iniciadas deben ser realizadas de manera reiterada y abusiva. En ese sentido, éstas deben ser declaradas infundadas o improcedentes en su totalidad o mayoría, lo que constituye un requisito objetivo recogido en la jurisprudencia de la Comisión (*Caso Pilot*) y en la jurisprudencia extranjera (*Casos California Motor, PRE y Promedia*).
  - d) Por ello, la agencia de competencia no puede analizar procesos o procedimientos en trámite, dado que no es competente para determinar la legitimidad de las pretensiones. Asimismo, la agencia de competencia tampoco puede convertirse en un ente supervisor de las decisiones judiciales o administrativas.
  - e) La autoridad de competencia debe incluir en su análisis otros hechos ajenos a la discusión de derecho del proceso pero que son objetivos, como por ejemplo, si ha mediado perjurio, fraude o corrupción.
  - f) El abuso de procesos legales requiere que se verifique si tuvo o tiene efectos negativos y significativos en la competencia.
  - g) Mediante la Resolución Admisoria se dio inicio a un procedimiento sancionador sin tomar en cuenta un aspecto objetivo como el análisis y resultado de cada proceso, lo que pone en riesgo los derechos fundamentales de las denunciadas.

- h) Las acciones realizadas por Fetrans para oponerse a los permisos de operación de potenciales operadores ferroviarios se sustenta en el incumplimiento de los requisitos legales, lo que podría afectar su patrimonio, en virtud de la responsabilidad solidaria prevista en la cláusula 7.7 del Contrato de Concesión.
  - i) Respecto de las acciones vinculadas con el material, las denunciadas tenían interés en que se respete una decisión firme aprobada por la Comisión mediante la Resolución 064, pretensión que ha sido amparada en dos instancias judiciales y reconocida por la Sala a través de la Resolución 0557-2009/SC1-INDECOPI.
  - j) Las acciones legales vinculadas con la modificación del REA de Fetrans se justifican en la variación unilateral e injustificada de las reglas de juego aplicables a todos los operadores ferroviarios. Debe tenerse en cuenta, además, que: (i) Fetrans se ha desistido del proceso contencioso administrativo que cuestionaba la modificación de su REA, por lo que se elimina cualquier efecto anticompetitivo real o potencial; y, (ii) la solicitud de Fetrans del 19 de octubre de 2007 para modificar su REA fue aprobada, lo que sustenta su legítimo interés.
  - k) Sobre las acciones relacionadas con la modificación del Contrato de Concesión del FC, debe tenerse presente que éstas responden a la necesidad de mantener inalterables las reglas de juego que la propia FVCA aceptó en su momento.
  - l) Las acciones legales interpuestas por la modificación del RNF se sustentan en la alteración de las reglas de juego pactadas con Fetrans y Perurail, por lo que las acciones de estas últimas para evitar dicho agravio son legítimas y no han impedido el acceso de competidores a las vías férreas.
  - m) La demora en el ingreso de nuevos operadores ferroviarios se debió a que las empresas que conforman Apofer no cumplieron en su momento con los requisitos legales exigidos por el MTC, y sólo obtuvieron sus permisos de operación una vez modificadas las reglas de acceso al mercado.
10. Mediante Cartas 436, 437, 438-2009/ST-CLC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2009, 440-2009/ST-CLC-INDECOPI del 29 de diciembre de 2009 y 439-2009/ST-CLC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2009, la Secretaría Técnica informó a las partes que el periodo de prueba del presente procedimiento finalizaría en un mes.
11. El 12 de enero de 2010, Fetrans presentó un escrito señalando que las acciones legales investigadas en el presente procedimiento constituían reacciones comprensibles para defender la operación regular de la concesión ferroviaria y el marco regulatorio aplicable al transporte ferroviario. Asimismo, alegó que los procesos judiciales y los procedimientos administrativos iniciados no fueron

manifiestamente infundados ni tuvieron como objetivo principal el hostigar a sus competidores. Fetrans también argumentó que la Resolución Admisoria y el presente procedimiento administrativo adolecían de vicios que acarrearían su invalidez. En particular, alegó que:

- a) La Secretaría Técnica incurrió en un error al considerar la infracción imputada como una de naturaleza continuada. En virtud de tal error, se vulneró el principio constitucional de irretroactividad de la norma, al aplicarse el Decreto Legislativo 1034 a pesar de que no se encontraba vigente al momento de ser iniciados los procesos y procedimientos materia de denuncia.
- b) Aun cuando se aplicara el Decreto Legislativo 701, la Resolución Admisoria continuaría viciada de nulidad, debido a que el referido cuerpo normativo no tipifica expresamente el abuso de procesos judiciales o de procesos administrativos como una infracción a la libre competencia.

Finalmente, solicitó, en calidad de medio probatorio, que se oficie al MTC para que brinde información relacionada con el otorgamiento de las prórrogas vinculadas a los permisos de operación concedidos a Andean Railways, Inca Rail y Wyoming Railways.

12. El 19 de enero de 2010, Peruval formuló oposición al requerimiento de información contenido en la Carta 030-2010/ST-CLC-INDECOPI.
13. Mediante Cartas 071 y 072-2010/ST-CLC-INDECOPI del 3 de febrero de 2010, y 073, 074 y 075-2010/ST-CLC-INDECOPI del 4 de febrero de 2010, la Secretaría Técnica informó a las partes que la etapa probatoria del presente procedimiento había culminado el 30 de enero de 2010.
14. El 3 de febrero de 2009, Fetrans presentó un nuevo medio probatorio con la finalidad de evidenciar su intención de colaborar con sus competidores para concretar su ingreso a la vía férrea del FSO, demostrando así que no tenía la intención de retrasar el inicio de sus operaciones.
15. Mediante Informe 002-2010/ST-CLC del 4 de marzo de 2010 (en adelante, el Informe Técnico), la Secretaría Técnica emitió su opinión sobre el presente procedimiento y recomendó a la Comisión:
  - a. Declarar fundada la denuncia interpuesta por Apofer en contra de Fetrans, Perurail y Peruval, por abuso de posición de dominio en los mercados de administración ferroviaria del FSO y el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Cusco - Machu Picchu - Hidroeléctrica del FSO, 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.

- b. Declarar infundada la denuncia interpuesta por Apofer en contra de PTR, por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
  - c. Declarar que la infracción cometida por Fetrans, Perurail y Peruval es muy grave y, en consecuencia, sancionar a las empresas mencionadas con una multa de dos mil ochocientos sesenta y cuatro con siete décimas (2,864.7) UIT a cada una, teniendo como límite el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al año 2009.
  - d. Imponer a Fetrans, Perurail y Peruval, como medida correctiva, el cese del abuso de posición de dominio a través de una estrategia de abuso de procesos legales.
16. El 12 de marzo de 2010, Fetrans solicitó nuevamente la actuación de los medios probatorios referidos en su escrito del 12 de enero de 2010.
  17. El 25 de marzo de 2010, se llevó a cabo una reunión entre funcionarios de la Secretaría Técnica y el señor Iván Alonso Herrera, representante de Perurail, a solicitud de esta última, con la finalidad de explicarle la metodología utilizada para el cálculo de la multa recogida y recomendada en el Informe Técnico.
  18. Mediante Cartas 147 y 148-2010/ST-CLC-INDECOPI del 26 de marzo de 2010, se requirió a Fetrans y Perurail, respectivamente, presentar información relacionada con: (i) sus Balances Generales y Estados de Ganancias y Pérdidas, correspondientes al año 2009; (ii) el monto (en nuevos soles) correspondiente a las ventas o ingresos brutos percibidos en el año 2009; y, (iii) el listado de todas las empresas que forman parte de su grupo económico, incluyendo, de ser el caso, el domicilio en el Perú y el nombre del representante legal de cada una de ellas.
  19. Mediante Carta 149-2010/ST-CLC-INDECOPI del 29 de marzo de 2010, la Secretaría Técnica reiteró a Peruval el requerimiento de información realizado mediante Carta 030-2010/ST-CLC-INDECOPI.
  20. Mediante Carta 155-2010/ST-CLC-INDECOPI del 29 de marzo de 2010, se comunicó a Fetrans que los medios probatorios solicitados y presentados en sus escritos del 12 de enero y 3 de febrero de 2010, respectivamente, resultaban extemporáneos y por lo tanto improcedentes, por lo que no podían ser considerados en el Informe Técnico. Ello, sin perjuicio de que puedan ser valorados por la Comisión.
  21. El 29 de marzo de 2010, Apofer presentó sus alegatos al Informe Técnico, expresando su total conformidad con las conclusiones de la Secretaría Técnica. Sin embargo, manifestó que la Secretaría Técnica debió tomar en cuenta, al momento de calcular la multa, tanto el porcentaje de ventas que Perurail habría perdido de haberse logrado una situación competitiva en el mercado mencionado en años

anteriores, como también otros elementos (duración de la práctica, dimensión del mercado afectado, entre otros) que podrían ser consideradas como circunstancias agravantes y que conducirían a la imposición de una multa mayor.

22. El 29 de marzo de 2010, Fetrans y Perurail presentaron sus alegatos al Informe Técnico, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) La Secretaría Técnica debió aplicar la Ley General de Sociedades para determinar si las empresas denunciadas integraban un mismo grupo económico. Según la referida ley, Peruval no integra el mismo grupo económico que Fetrans y Perurail dado que, al ser propietaria del 50% de sus acciones y tener el derecho a elegir a tres de los miembros de sus directorios, no ostenta un control sobre ellas dos.
- b) Aun aplicando la Resolución SBS 445-2000, tampoco habría un control directo o indirecto por parte de Peruval respecto de Fetrans y Perurail ya que no tiene más de la mitad del poder de voto en la Junta General de Accionistas de las referidas empresas ni tampoco puede elegir o remover a la mayoría de los miembros de sus Directorios, tener influencia decisiva en la mayoría de los votos en sus sesiones de Directorio, ni gobernar sus políticas económicas o financieras. El hecho de que haya identidad en algunos directores de las empresas denunciadas no es un supuesto de control indirecto.
- c) Al no formar parte del mismo grupo económico, no se puede atribuir a Fetrans y Perurail las conductas y acciones decididas autónomamente por Peruval.
- d) Las presuntas infracciones imputadas en el presente procedimiento tendrían naturaleza instantánea, con prescindencia de la pervivencia de sus efectos en el tiempo. Al tratarse de una estrategia de abuso de procesos legales, esta estrategia culminaría con la iniciación del último proceso; mientras que la vigencia de los procesos y los actos o peticiones que se desarrollan en su interior no constituyen la continuación de la presunta infracción. Por lo tanto, la Secretaría Técnica propone la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1034, ya que el último proceso investigado se inició cuando se encontraba vigente el Decreto Legislativo 701.
- e) Para las infracciones continuadas se requiere necesariamente de la activa participación del autor. La vigencia de un proceso es algo inherente a él, que no depende de las partes, en virtud del principio de impulso de oficio, recogido en el Código Procesal Civil y la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Por el contrario, sería cuestionable que se inicien procesos para luego dejarlos sin efecto. Por otra parte, los actos y peticiones que se hacen al interior de un proceso forman parte de una sola acción, por lo que tampoco pueden considerarse manifestaciones de una conducta continuada. De lo contrario, el INDECOPI sería un censor de los procesos o procedimientos investigados, pues evaluaría la legitimidad o procedencia de

cada una de las peticiones formuladas en su interior. También existe contradicción en el Informe Técnico al pretender hacer un análisis conjunto de la naturaleza predatoria de todos los procesos y hacer un análisis individual de cada acto procesal ocurrido en cada proceso para determinar la ley aplicable.

- f) El Tribunal Constitucional ha prohibido la aplicación de tipos abiertos o cláusulas generales. En el caso del Decreto Legislativo 701, las cláusulas abiertas contenidas en los artículos 3 y 5 no permiten inferir la sanción del abuso de procesos legales, puesto que los referidos dispositivos normativos hacen referencia a actos o conductas relacionados con actividades económicas, y el inicio de procesos constituye un acto de derecho público. Por otro lado, el supuesto de otros casos de “efecto equivalente” previsto en el literal ‘f’ del artículo 5 está referido a conductas abusivas respecto de los consumidores o usuarios, y no al entorpecimiento a los competidores.
- g) Para que exista un abuso de procesos legales, se debe verificar que cada una de las acciones: (i) carezca objetivamente de todo fundamento, y (ii) se trate de un intento por interferir con el proceso competitivo, criterios que resultan coherentes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia latinoamericana y norteamericana.
- h) Al no tomar en consideración la ausencia de un fundamento objetivo en cada uno de los procesos, el Informe Técnico atenta contra el principio de separación de poderes al pretender que: (i) la Comisión se pronuncie sobre materias discutidas en procesos en trámite, y (ii) se sancione a las accionantes pese a haber obtenido un resultado favorable en un proceso, lo que implicaría una indirecta e ilegal revisión de los pronunciamientos administrativos o judiciales, como sucede con el caso del alquiler del material tractivo y rodante, en el que el Poder Judicial ya resolvió en última instancia que la negativa de Fetrans no constituye una práctica anticompetitiva.
- i) La Comisión debe tener en cuenta los criterios que el Tribunal Constitucional ha determinado respecto de los supuestos en los que se configura un ejercicio abusivo de acciones legales, que están estrictamente ligados a la ausencia de fundamentos legales al momento de interponer demandas o plantear recursos, lo que revela que el objetivo real es el de obstaculizar la justicia mediante la formulación de acciones de manera insensata, incurriendo en temeridad, mala fe y falta de probidad, al conocer la ausencia de asidero en sus pretensiones.
- j) La jurisprudencia latinoamericana sobre la materia también ha rechazado el abuso de procesos legales cuando se consideró, luego de que las acciones judiciales o administrativas eran desestimadas, que los accionantes tenían sustentos verosímiles que respaldaban su posición.
- k) En relación con los procesos legales iniciados respecto de la modificación del Contrato de Concesión del FC, las acciones legales iniciadas por Fetrans y

Perurail (un proceso de amparo y una demanda declarativa) tenían por objeto tutelar los intereses de las empresas afectadas que eran beneficiarias del deber de no competir exigible a FVCA. Frente a esta afectación, los costos del litigio para las denunciadas eran mínimos.

- l) Si bien ambos procesos fueron declarados infundados, los procesos legales no constituían fines en sí mismos, ya que las referidas acciones legales sólo las beneficiaban en la medida que el resultado les fuera favorable. En tal sentido, los procesos legales no afectaron la competencia puesto que fueron declarados infundados y no se pudieron obtener medidas cautelares, y no existe evidencia de que FVCA tuviera interés de competir en el FSO, sino que ha declarado expresamente su interés de operar en otras vías férreas.
- m) Respecto de los procesos seguidos contra INDECOPI relacionados con el alquiler del material, el fundamento y legitimidad de las acciones de Fetrans y Perurail son incuestionables considerando que el Poder Judicial ha establecido, con calidad de cosa juzgada, que la Resolución de la Comisión que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Fetrans sobre el particular había quedado firme. Por lo tanto, las acciones iniciadas para impedir la eficacia de la Resolución 1122 no pueden tener como propósito afectar la competencia, por lo que el análisis realizado por la Secretaría Técnica constituye un desacato a lo resuelto por el Poder Judicial.
- n) El objetivo de los procesos iniciados era impedir la eficacia de la Resolución 1122, y no existía un objetivo colateral o propósito ulterior. Dicho objetivo sólo se lograría si se amparaba las pretensiones planteadas y no con el solo inicio de estas acciones.
- o) En relación con los procesos vinculados a los requisitos para otorgar permisos a los nuevos operadores ferroviarios (permisos de operación, modificación del RNF y modificación del REA de Fetrans), se debe reparar en que Fetrans únicamente ha adoptado acciones defensivas para garantizar el mantenimiento de las condiciones originalmente previstas en el ordenamiento y exigir su cumplimiento por parte de los nuevos operadores ferroviarios. Fetrans tiene un interés económico en que los nuevos operadores del FSO cuenten con un patrimonio suficiente para respaldarlos, y que se les exija una demostrada experiencia técnica, dado que la facultad que tiene para exigir el cumplimiento de las normas de seguridad y requerir los seguros previstos legalmente resulta insuficiente para proteger a Fetrans de los posibles daños y perjuicios que un accidente o siniestro podría ocasionarle, en su condición de responsable solidario. Frente a estos posibles daños, los costos de los litigios iniciados resultaban mínimos.
- p) Los beneficios derivados de las acciones legales únicamente se lograrían si éstas obtenían un resultado favorable, puesto que ninguna de las acciones retrasaban la competencia, dado que las impugnaciones formuladas no

suspendían los permisos de operación otorgados; además, tampoco se solicitó el dictado de medidas cautelares. Por ello, el razonamiento de la Secretaría Técnica sobre el efecto anticompetitivo de estos procesos resulta contradictorio con la afirmación que realiza respecto de que Fetrans sabía que sus pretensiones no serían amparadas, pues en ese caso, no tendría sentido la interposición de las acciones legales.

- q) El análisis conjunto de las acciones legales interpuestas es inaceptable puesto que todos los procesos investigados perseguían un propósito legítimo, por lo que no se puede inferir un supuesto propósito anticompetitivo a partir de procesos que buscaban el reconocimiento o la defensa de un derecho legítimamente conferido. Tampoco se puede afirmar (i) que los procesos iniciados no contaban con una expectativa razonable de éxito; ni se puede cuestionar: (ii) la interposición de más de una demanda en relación a hechos vinculados, dado que respondían a los intereses particulares de cada persona jurídica, con independencia de que fueran vinculadas o no, y puesto que es legítimo presentar procesos complementarios que abordan una controversia desde distintos aspectos, ni (iii) el hecho de que los procesos iniciados compartan fundamentos.

23. A través del mismo escrito, Fetrans y Perurail presentaron los informes de Francisco Eguiguren (en adelante, el Informe de Eguiguren), Iván Alonso (en adelante, el Informe de Alonso) y la declaración del abogado Gary Sesser (en adelante, la Declaración de Gary Sesser), para sustentar sus alegatos. Dichas opiniones, además de los fundamentos ya recogidos por Fetrans y Perurail en sus alegatos, contemplaban los siguientes argumentos:

**Informe de Eguiguren:**

- a) Sí cabe la limitación razonable de los derechos de acción y petición, mientras que se respete su contenido esencial. El Tribunal Constitucional no ha definido qué elementos caracterizan un ejercicio abusivo de tales derechos, lo que debe ser evaluado en cada caso concreto.
- b) Según el marco conceptual del abuso de procesos legales expuesto en el Informe Técnico, se pretende soslayar la razonabilidad y fundamentos de cada proceso materia de análisis, prescindiendo de la legitimidad y el interés que tenían Fetrans y Perurail para iniciar estos procesos. Ello resulta errado puesto que únicamente habrá un ejercicio abusivo de las acciones judiciales o administrativas cuando éstas sean formuladas sin ninguna perspectiva de éxito, sin fundamento valedero y/o en forma innecesaria, y con el solo propósito de evitar o demorar la entrada de competidores al mercado.

### **Declaración de Gary Sesser:**

- a) La interpretación que ha realizado la Secretaría Técnica sobre los criterios para determinar la existencia de “*sham litigation*” es contraria a lo decidido por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *PRE*, siendo necesario demostrar que las acciones legales carecen de fundamento objetivo para calificar dentro de la excepción de simulación (*sham exception*) de la doctrina “*Noerr-Pennington*”. Siguiendo la jurisprudencia norteamericana, si un proceso legal ha obtenido un resultado favorable para el accionante no puede calificar como “*sham*”, aunque no necesariamente debe presumirse que un litigio será predatorio si no se obtuvo un resultado favorable.
- b) En Estados Unidos no es necesario esperar hasta la resolución final del caso para determinar si una litigación es predatoria, sin embargo, ello es posible porque las infracciones a la libre competencia están a cargo de los jueces, quienes pueden evaluar al inicio del proceso si un litigio carece o no de fundamento objetivo. Cuando existe el resultado de un litigio, éste no es ignorado.
- c) El criterio seguido por la Secretaría Técnica en el sentido de que, cuando exista un patrón de acciones legales involucradas, el factor decisivo sería la intención predatoria y no la motivación o el fundamento de las demandas, es contrario al precedente *PRE* de la Corte Suprema norteamericana y no representa el Derecho de Estados Unidos. Esta excepción se basa parcialmente en sentencias de las Cortes de Apelaciones que no constituyen precedentes y reflejan una mala interpretación de lo resuelto en el caso *PRE*, donde no se hace distinción entre una “serie de juicios” y una acción individual. El pronunciamiento de la Corte de Apelaciones en el caso *Grip-Pak*, que forma parte de los fundamentos de la Secretaría Técnica, también ha sido rechazado por la Corte Suprema.
- d) Aun cuando existiera una “excepción de patrón” a la inmunidad *Noerr-Pennington*, no resulta claro que los relativamente escasos procesos que han sido analizados por la Secretaría Técnica califiquen como un patrón articulado, en el que se utilice el proceso legal para dañar a sus competidores, antes que con la finalidad de obtener un resultado. No existe evidencia de que se haya dado un abuso del proceso en sí mismo.

### **Informe de Alonso:**

- a) El método empleado por la Secretaría Técnica para calcular el presunto beneficio ilícito obtenido por Perurail no es consistente con la teoría económica de las preferencias reveladas. En el cálculo se debe diferenciar a los consumidores que revelaron sus preferencias por el servicio de Perurail de los consumidores que revelaron preferir el servicio de Inca Rail.

- b) La presunta práctica anticompetitiva habría tenido una duración de catorce (14) meses y no de cuarenta y tres (43) meses como indica la Secretaría Técnica, al excluir las acciones legales interpuestas por Perurail, estimando que la práctica anticompetitiva recién tuvo efectos desde la primera solicitud del primer potencial competidor que se dio en junio de 2007, y descontando los dieciséis (16) meses necesarios para el ingreso de un nuevo operador.
  - c) El beneficio ilícito obtenido por Perurail ascendería a novecientos ochenta y un mil quinientos noventa y seis nuevos soles (S/. 981,596).
  - d) El Informe Técnico no cuenta con evidencias concluyentes de la posición de dominio o el abuso de la misma por parte de Perurail.
24. Mediante Cartas 158 y 159-2010/ST-CLC-INDECOPI del 30 de marzo de 2010, 157 y 161-2010/ST-CLC-INDECOPI del 31 de marzo de 2010, y 160-2010/ST-CLC-INDECOPI del 5 de abril de 2010, se citó a las partes a una audiencia de informe oral.
25. El 31 de marzo de 2010, Peruval presentó los siguientes alegatos al Informe Técnico:
- a) Del hecho de que Peruval integre el mismo grupo económico que Fetrans y Perurail no se puede inferir que los procesos iniciados responden a una estrategia conjunta del grupo económico. Se trata de acciones independientes.
  - b) Para atribuir a Peruval el abuso de posición de dominio tendría que acreditarse el concierto de voluntades con Fetrans y Perurail, puesto que Peruval no participa en el mercado relevante.
  - c) Los derechos de acción y petición pueden ser restringidos conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, lo que no ha sido efectuado por la Secretaría Técnica.
  - d) La Secretaría Técnica ha eliminado el criterio objetivo del test de *PRE*, de manera incorrecta. La jurisprudencia europea es idéntica a la del caso *PRE* en la exigencia del criterio objetivo consistente en la ausencia de una causa probable.
  - e) El análisis de la Secretaría Técnica sí puede ser prospectivo (no esperar hasta el resultado de los procesos), pero no puede suponer la interferencia en las funciones de los órganos jurisdiccionales.
  - f) El proceso de amparo iniciado por Peruval tiene por objeto cautelar sus derechos y no forma parte de una estrategia dirigida a eliminar la competencia.

- g) El Decreto Legislativo 1034 no es aplicable al presente caso. No se trata de una infracción continuada porque no se cumple con el artículo 230.7 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
  - h) La sanción bajo el Decreto Legislativo 1034 es inconstitucional y, si se trata de un grupo económico, la sanción no debería ser individual.
26. El 31 de marzo de 2010, Fetrans y Perurail cumplieron con absolver los requerimientos de información realizados mediante Cartas 147 y 148-2010/ST-CLC-INDECOPI, respectivamente.
  27. El 5 de abril de 2010, Peruval presentó ante la Comisión un escrito por el cual reiteró su oposición al cumplimiento del requerimiento de información realizado mediante Cartas 030 y 149-2010/ST-CLC-INDECOPI.
  28. El 6 de abril de 2010, Fetrans y Perurail complementaron su escrito de contestación al Informe Técnico, adjuntando para ello el informe original elaborado por el abogado norteamericano Gary Sesser sobre el análisis de la aplicación de la “*sham exception*” y la doctrina *Noerr-Pennington* en los Estados Unidos; así también, adjuntaron un documento denominado “Reporte de Evaluación de casos de Responsabilidad Civil de Ferrocarriles”, de *Westlaw Railroad Liability Case Evaluator Report*.
  29. Mediante Oficio 016-2010/ST-CLC-INDECOPI del 8 de abril de 2010, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC proporcionar información respecto de (i) el plazo de vigencia de los permisos de operación otorgados a cada uno de los operadores ferroviarios autorizados para desarrollar sus actividades en el FSO; y, (ii) las solicitudes de ampliación de los plazos de vigencia de los respectivos permisos de operación presentados por los operadores ferroviarios mencionados previamente, así como el plazo ampliatorio otorgado por el MTC en cada caso.
  30. Mediante Carta 166-2010/ST-CLC-INDECOPI del 12 de abril de 2010, la Secretaría Técnica solicitó nuevamente a Peruval cumplir con los requerimientos de información realizados mediante Cartas 030 y 149-2010/ST-CLC-INDECOPI, bajo apercibimiento de iniciar un procedimiento administrativo sancionador en su contra de persistir con la negativa, según lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.
  31. El 13 de abril de 2010 se llevó a cabo la audiencia de Informe Oral, contando con la participación de los representantes de Apofer, Fetrans, Perurail y Peruval. Durante el desarrollo de dicha audiencia, los representantes de las denunciadas reiteraron los argumentos vertidos en sus alegatos al Informe Técnico.

## II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

32. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si ha existido un abuso de posición de dominio por parte de las denunciadas, en la modalidad de abuso de procesos legales, conducta prohibida y tipificada en el artículo 1 y el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034.

## III. CUESTIÓN PREVIA: SOBRE LA SOLICITUD DE IMPROCEDENCIA PRESENTADA POR PERUVAL

33. Previamente al análisis de fondo sobre las conductas anticompetitivas imputadas mediante la Resolución Admisoria, esta Comisión se pronunciará sobre la defensa de forma planteada por Peruval, referida a su solicitud de declaración de improcedencia de la denuncia de Apofer, debido a que esta última – según Peruval – carecía de legitimidad para obrar.
34. Al respecto, la Comisión hace suyos los argumentos vertidos en los numerales 53 al 60 del Informe Técnico<sup>2</sup>, en cuanto a que el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034<sup>3</sup> no regula la legitimidad para obrar activa en un procedimiento sancionador por comisión de conductas anticompetitivas. El referido dispositivo normativo sólo establece el ámbito de aplicación subjetiva de la ley, es decir, a quién o quiénes les resulta aplicable el Decreto Legislativo 1034 y, por ende, pueden ser sujetos pasibles de sanción (sujetos infractores).
35. En consecuencia, corresponde declarar infundada la solicitud de Peruval para que se declare improcedente la denuncia presentada por Apofer por falta de legitimidad para obrar activa.

## IV. DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

<sup>2</sup> **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**  
**Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**

(...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

<sup>3</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**  
**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.

#### **IV.1 Sobre el interés común de las denunciadas**

36. En sus alegatos escritos y en la audiencia de informe oral, tanto Fetrans como Perurail han señalado expresamente su disconformidad con el análisis contenido en el Informe Técnico respecto de la calificación de grupo económico aplicable a ellas junto con Peruval y PTR. En particular, niegan que integren un mismo grupo económico y cuestionan: (i) que la Secretaría Técnica haya omitido la aplicación del artículo 105 de la Ley General de Sociedades para esclarecer la existencia de un grupo económico; y, (ii) que, aun bajo la aplicación de la Resolución SBS al presente caso, se haya concluido erróneamente la existencia de un grupo económico integrado por las denunciadas.
37. Sin perjuicio de que Peruval ha reconocido en sus alegatos que forma parte del mismo grupo económico que Fetrans y Perurail<sup>4</sup>, esta Comisión considera innecesario delimitar los alcances del concepto de “grupo económico” y analizar si, bajo dicho concepto, se puede agrupar a las empresas denunciadas. El análisis que corresponde realizar a la Comisión tiene por objeto dilucidar si las actuaciones investigadas de Fetrans, Perurail, Peruval y PTR pueden ser atribuibles a todas ellas en conjunto, como consecuencia de un eventual interés común y compartido de todas ellas.
38. En tal sentido, esta Comisión discrepa de la necesidad de analizar la existencia de un grupo económico expuesta en el Informe Técnico, por lo que en este apartado corresponderá analizar, en cambio, los distintos elementos que puedan evidenciar la existencia de este interés común y compartido, esto es, las actuaciones materiales de dichas empresas en relación con los hechos objeto de investigación en el presente procedimiento, y las relaciones de propiedad y gestión que existen entre las empresas denunciadas. Ello, además, resulta coherente con el principio de primacía de la realidad, recogido en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1034<sup>5</sup>, según el cual la autoridad debe atender a la verdadera naturaleza de las cosas y hechos y no a las formalidades.

#### **A) Actuaciones materiales de Fetrans, Perurail, Peruval y PTR que reflejan un interés común**

39. Tal como se ha señalado en los numerales 37 y 38 de la presente Resolución, con prescindencia de las relaciones de propiedad y gestión existentes entre ellas, que serán analizadas más adelante, se pueden tomar ciertas actuaciones materiales de

---

<sup>4</sup> Escrito de Peruval del 31 de marzo de 2010, que obra a fojas 6529-6552 del Expediente.

<sup>5</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**  
**Artículo 5.- Primacía de la realidad.-**

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

las empresas denunciadas como indicadores del interés común que guía a todas ellas.

40. En efecto, autores como Gagliardo resaltan el interés y la política común de un grupo de sociedades, incluso por encima de las relaciones de propiedad y gestión: “(...) puede, asimismo configurarse un “grupo de sociedades” en el que no exista técnicamente un control societario (...), mas sí una política común (...)”<sup>6</sup>.
41. Dicha política común es lo que otros han denominado dirección unificada o interés grupal. En este sentido, Echaiz explica lo siguiente:

*“Elemento importante a destacar dentro de la dirección unificada es el interés grupal, (...). Según aquel, en todo grupo existe una motivación por encima incluso de sus propios miembros considerados aisladamente, que busca el “bienestar empresarial” de dicho grupo de sociedades concebido como entidad autónoma”<sup>7</sup>.*

(Subrayado añadido)

42. Sobre el particular, se debe tener en cuenta que Peruval, en su calidad de accionista directo de Fetrans e indirecto de Perurail (a través de PTR)<sup>8</sup>, tiene como interés primordial el desarrollo de la actividad económica de dichas empresas. Así, como ha reconocido la propia Peruval<sup>9</sup>, su única actividad en el territorio nacional está circunscrita a su condición de accionista de las mencionadas empresas, de lo que se desprende que su único interés es el que también concierne a Fetrans y Perurail.
43. Asimismo, una revisión de la actuación de Peruval y PTR en los procesos legales investigados refleja claramente el interés común que tienen las empresas mencionadas respecto de la actividad económica de Fetrans y Perurail.
44. Así, y conforme será analizado con más detalle en el acápite V.3. de la presente Resolución, en el proceso de amparo iniciado por Peruval contra la modificación del RNF, se aprecia clara y textualmente el interés común de Peruval y Fetrans, puesto que la primera solicita que se declare inaplicable a favor de Fetrans la modificación del RNF, sustentando su interés en su condición de accionista de esta última:

*“(...) Es así que el Decreto Supremo 031-2007-MTC amenaza con violar la seguridad jurídica de la recurrente y con ello viola nuestro ordenamiento constitucional por lo que su aplicación debe ser suspendida en lo que respecta a Fetrans.*

---

<sup>6</sup> GAGLIARDO, Mariano. Derecho Societario. Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p.173.

<sup>7</sup> ECHAIZ, Dante. Op. Cit., p. 1334.

<sup>8</sup> Ver más adelante en el acápite IV.1.B).

<sup>9</sup> Ver escrito de Peruval del 15 de abril de 2010, a fojas 6679 del Expediente.

(...)

*Teniendo en consideración que Peruval Corp S.A. es propietaria del 50% de las acciones de Ferrocarril Transandino S.A. (...), mi representada esta legitimada a interponer la presente demanda (...)*<sup>10</sup>.

45. Por su parte, PTR interpuso los primeros recursos de oposición al otorgamiento del permiso de operación solicitado por Andean Railways ante el MTC, actuación que fue continuada por Fetrans, que luego presentó los siguientes recursos legales contra la misma empresa y las otras dos solicitantes, Wyoming Railways e Inca Rail.
46. En este caso, el interés común material de PTR y Fetrans se ve evidenciado, en primer lugar, a partir del hecho de que – como se verá en el siguiente acápite – PTR no es un accionista directo de dicha empresa, sino de Perurail. Ello refleja que en realidad Peruval y PTR actúan, indistintamente, en interés de Fetrans y Perurail. En segundo lugar, la alineación de intereses y actuaciones de dichas empresas queda demostrada al constatar que, luego de la primera oposición que interpuso PTR contra el permiso de operación solicitado por Andean Railways, Fetrans también interpuso recursos legales en el mismo sentido, repitiendo los argumentos que ya habían sido alegados por la primera, conforme se puede apreciar en el Cuadro 6, que se encuentra en el acápite V.3. de la presente Resolución.

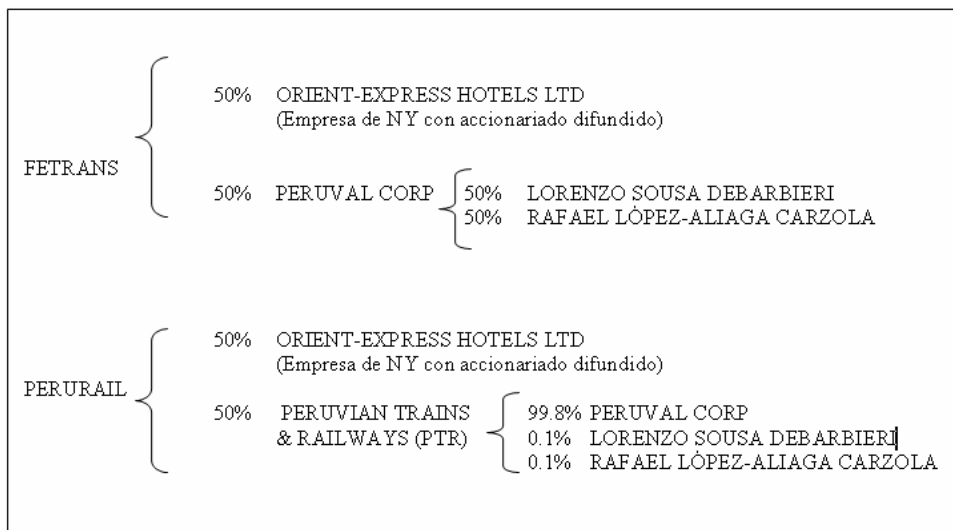
#### **B) Sobre las relaciones de propiedad y gestión**

47. En atención a lo expuesto en los numerales precedentes, a continuación se presenta la composición accionaria de Fetrans y Perurail, Peruval y PTR, así como la relación de directores de las tres (3) primeras:

---

<sup>10</sup> Demanda de amparo interpuesta por Peruval.

**Gráfico 1**  
**Composición accionarial de Fetrans y Perurail**



Fuente: Fetrans, Perurail y Peruval.  
Fuente: Fetrans, Perurail y Peruval.  
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

Fuente: Fetrans, Perurail y Peruval.  
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

Fuente: Fetrans, Perurail y Peruval.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI

48. En primer lugar, se aprecia que Peruval presenta como dos únicos accionistas a los señores Rafael López Aliaga Cazorla (en adelante, el señor López Aliaga) y Lorenzo Souza Debarbieri (en adelante, el señor Souza Debarbieri). Asimismo, aquéllos son

accionistas de PTR, contando con el 0.1% de las acciones cada uno. El 99.8% restante corresponde a Peruval.

49. Peruval tiene como únicos dos accionistas a los señores López Aliaga y Souza Debarbieri. Ello indica que, en términos materiales, la composición accionarial de PTR está formada por los mismos accionistas de Peruval, de lo que se puede inferir que tanto esta última como PTR responden, en la realidad, a los intereses de los señores López Aliaga y Souza Debarbieri, configurándose de esta manera como una misma unidad de decisión, además de presentarse una relación de identidad entre ambas empresas.
50. Siguiendo con el análisis, se constata que Fetrans está compuesta por la empresa Orient Express Hotels Ltd. (en adelante, Orient Express) y por Peruval, ostentando cada una el 50% de las acciones. De igual manera, Orient Express y PTR son dueños de Perurail, cada uno con el 50% de las acciones de esta última. Esta descripción permitiría concluir que existen, dentro del accionariado de Fetrans y Perurail, dos grupos: uno vinculado a Orient Express; y otro, a los señores López Aliaga y Souza Debarbieri.
51. Si bien a partir de estas relaciones de propiedad, no se podría aseverar que por sí solos, Orient Express y Peruval, ostenten un control independiente de Fetrans y Perurail, sí puede afirmarse que ambas entidades, en conjunto, ostentan un control compartido de dichas empresas.
52. Este control compartido no sólo se desprende de la conformación accionarial de Fetrans y Perurail sino también del Estatuto de ambas empresas, que impide que Orient Express y Peruval, por separado, adopten decisiones al interior de la Junta General de Accionistas<sup>11</sup>, y de la constatación de la toma de decisiones de gran relevancia de ambas empresas, como la designación del Directorio. Así, de la revisión de los asientos relativos a la designación de directores (mediante Junta General de Accionistas) correspondientes a las partidas electrónicas de Fetrans<sup>12</sup> y Perurail<sup>13</sup> en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, se evidencia que el Directorio de dichas empresas ha sido designado unánimemente por ambos accionistas, Orient Express y Peruval.
53. El hecho de que ambos accionistas equiparen fuerzas en la toma de decisiones y controlen en conjunto el poder de decisión al interior de Fetrans y Perurail, genera que Orient Express y Peruval ejerzan un control compartido de las referidas empresas y que, por lo tanto, deban alinear sus intereses individuales para

---

<sup>11</sup> 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.”*

<sup>12</sup> Asientos A00001, C00001, C00004 y C00019, correspondientes a la Partida N° 11122351.

<sup>13</sup> Asientos A00001, C00001, C00004, C00005, C00011, C00027 y C000031, correspondientes a la Partida N° 11118028.

conseguir una sola unidad de intereses y decisiones, como se puede corroborar de la unanimidad en la designación de los Directorios de Fetrans y Perurail.

54. A ello se debe sumar la existencia de importantes relaciones de gestión entre Peruval (y PTR) y Fetrans y Perurail Así, los señores López Aliaga y Souza Debarbieri han formado parte de todos los Directorios de Fetrans y Perurail, permaneciendo en sus cargos sin ser removidos, siendo incluso uno de ellos, el señor Souza Debarbieri, designado como Presidente de los referidos Directorios. Estos hechos originan que los accionistas tanto de Fetrans y Perurail, por un lado, como los de Peruval, por el otro, puedan influir sensiblemente en las decisiones de los Directorios de las otras empresas, de manera recíproca, lo que implica una alineación de sus intereses.
55. De manera similar a lo que sucede con las relaciones de propiedad, el hecho de que Peruval y Orient Express ostenten la facultad de designar, cada una, a la mitad de los directores de Fetrans y Perurail, y que el Estatuto disponga la total equivalencia en la toma de decisiones al interior de este órgano societario<sup>14</sup>, conlleva a que también exista un control compartido de ambos accionistas en lo que se refiere a la toma de decisiones de gestión, es decir, en lo que concierne a la adopción de políticas al interior de los Directorios de Fetrans y Perurail.
56. Las intensas relaciones de propiedad y gestión existentes entre Fetrans, Perurail, Peruval y PTR evidencian claramente un interés común entre todas ellas, estando las dos primeras sujetas a un control compartido entre Orient Express y Peruval, que constituyen una unidad de decisión.
57. En atención a todo lo expuesto, y en aplicación del principio de primacía de la realidad, esta Comisión considera que resulta manifiesto el interés común que comparten Fetrans, Perurail, Peruval y PTR, no sólo a nivel accionarial y de gestión, sino también en la interposición de las acciones legales que son objeto del presente procedimiento. Por lo tanto, esta Comisión considera que la actuación de las cuatro (4) denunciadas debe ser analizada conjuntamente.

---

<sup>14</sup> En efecto, el Estatuto de Fetrans, en el acápite sobre régimen del Directorio, dispone: "(...) *El Quórum del Directorio y la adopción de sus acuerdos será de conformidad a lo dispuesto en los arts. 168º y siguientes de la Ley General de Sociedades*". Al respecto, cabe precisar que el artículo 169 de la Ley General de Sociedades, aplicable en este caso, estipula lo siguiente:

**Artículo 169.- Acuerdos. Sesiones no presenciales**

Cada director tiene derecho a un voto. Los acuerdos del directorio se adoptan por mayoría absoluta de votos de los directores participantes. El estatuto puede establecer mayorías más altas. Si el estatuto no dispone de otra manera, en caso de empate decide quien preside la sesión.

(...)

De la misma forma, el Estatuto de Perurail señala que: "(...) *Los acuerdos del Directorio se adoptan por mayoría absoluta de votos de los Directores participantes. No existirá voto dirimente, salvo en los casos previstos en el pacto social*".

## IV.2 Delimitación del Mercado Relevante

58. De acuerdo con el artículo 6 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas<sup>15</sup>, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.
59. En relación con la delimitación del mercado relevante, esta Comisión declara su conformidad con el análisis realizado por la Secretaría Técnica en los numerales 88 a 102 del Informe Técnico.
60. En el presente caso se puede identificar dos clases de productos o servicios relevantes, complementarios entre sí: (i) los servicios relacionados a la administración de la vía férrea, y (ii) el servicio de transporte ferroviario, siendo los primeros un insumo para la prestación del segundo.
61. En lo que concierne al servicio de transporte ferroviario en el FSO un análisis de sustituibilidad de demanda de dicho servicio revela que puede diferenciarse en dos sub-tramos<sup>16</sup>:
  - a. Un primer tramo que va de Cuzco a Ollantaytambo (Km. 0 - 67), en el cual el servicio relevante puede ser definido como el servicio de transporte ferroviario y en carretera de pasajeros, debido a la existencia de competencia intermodal<sup>17</sup>.
  - b. Un segundo tramo es el que cubre la ruta Ollantaytambo-Macchu Picchu-Hidroeléctrica (Km. 67 - 121). En este tramo no existe competencia real ni potencial al servicio de transporte ferroviario de pasajeros<sup>18</sup>.
62. En el caso del servicio de administración ferroviaria, no existe para los operadores ferroviarios fuentes alternativas a dicho servicio, por lo que el mercado geográfico estaría determinado por la zona geográfica del tramo en el FSO.

---

<sup>15</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas**  
**Artículo 6.- El mercado relevante.-**

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

<sup>16</sup> Adicionalmente, la Comisión constata la existencia de un tercer tramo que abarcaría toda la ruta Cuzco-Machu Picchu. En dicha ruta, Perurail ofrece los servicios de transporte "Vistadome", "Backpacker", entre otros (ver escrito de Perurail del 7 de enero de 2010, a fojas 5653 del Expediente). Considerando la totalidad del tramo, no habría competencia potencial ni real al servicio de transporte ferroviario de pasajeros.

<sup>17</sup> Se dice que hay competencia intermodal cuando el transporte ferroviario tiene como sustituto otros medios de transporte (aéreo, en carretera, etc.), mientras que la competencia intramodal es aquella que se presenta entre dos o más empresas que prestan servicios de transporte ferroviario.

<sup>18</sup> Otra alternativa de transporte para la ruta Ollantaytambo-Machupicchu sería el uso del "Camino Inca", sin embargo, no se considera un sustituto cercano al transporte ferroviario. Ver Informe 003-2000-INDECOPI/CLC del 14 de agosto de 2000. Informe sobre las condiciones de competencia en la prestación de los servicios de transporte de carga y pasajeros del Ferrocarril Sur - Oriente; e, Informe 023-2005-INDECOPI/ST-CLC del 13 de junio de 2005.

63. Sin perjuicio de lo señalado, para efectos del presente caso, el análisis de la posición de dominio estará circunscrito a dos mercados relevantes: el primero, relacionado a la infraestructura correspondiente al servicio de administración de la vía férrea del FSO para el tramo Cusco-Machupicchu-Hidroeléctrica; y, el segundo, relacionado al servicio de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica del FSO, en la medida que se ha verificado que el eje de las conductas denunciadas se encuentra vinculado, principalmente, con la actuación de Fetrans como administradora de la infraestructura del FSO y a la actividad económica que desarrolla Perurail en el referido tramo<sup>19</sup>.

### IV.3 Delimitación de la Posición de Dominio

64. En este apartado se analizará si las empresas denunciadas ostentan posición de dominio en los mercados relevantes objeto de investigación, es decir, el mercado de servicio de administración de la vía férrea del FSO para el tramo Cusco-Machupicchu-Hidroeléctrica y el mercado de transporte ferroviario de pasajeros en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica del FSO.
65. Para ello, corresponde evaluar la capacidad competitiva de otros agentes en los mercados relevantes, lo que implicará determinar las condiciones estructurales de los mercados, como el número y la participación de sus agentes, y las condiciones de entrada al mercado, entre otros factores<sup>20</sup>. La posición de dominio en los mercados relevantes dependerá del balance conjunto de las características descritas.
66. Cabe señalar que el análisis de la posición de dominio de las empresas denunciadas se realizará en los mercados relevantes previamente definidos y no en los mercados relacionados a cada proceso legal materia de investigación. En tal sentido, esta Comisión no concuerda con el enfoque planteado en el Informe de Alonso, puesto

---

<sup>19</sup> Según el registro de solicitudes de acceso al FS y FSO de Ositrán, sólo ha habido 2 empresas – además de Perurail – que han solicitado acceso y, en ambos casos (Andean Railways e Inca Rail), se ha solicitado acceso únicamente al FSO para prestar el servicio de transporte de pasajeros, en el primer caso para cubrir la ruta Urubamba-Pachar-Ollanta-Machupicchu, y en el segundo caso, para la ruta Ollanta-Machupicchu, siendo que sólo la segunda de las mencionadas ha iniciado operaciones en el FSO. Ver Oficio 4599-09-GS-OSITRAN de Ositrán, a fojas 5392 del Expediente.

<sup>20</sup> **Decreto Legislativo 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**  
**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.
- (...)

que no corresponde hacer una revisión de los mercados relevantes, que fueran definidos o no en cada uno de los referidos casos, sino delimitar el mercado relevante y la posición de dominio vinculado a la conducta que es objeto del presente procedimiento, a saber, el presunto abuso de procesos legales.

#### **A) Administración de la vía férrea del FSO**

67. En lo relativo a este punto, la Comisión coincide con el razonamiento expresado por la Secretaría Técnica en los numerales 113 a 137 del Informe Técnico.
68. Fetrans posee en exclusividad el derecho de administración y acceso a la vía férrea del FSO en virtud al Contrato de Concesión celebrado con el Estado Peruano, ostentando de esta manera una posición monopólica.
69. Esta condición monopólica del servicio de administración y acceso a la vía férrea se sustenta en el propio marco regulatorio del sector ferroviario, que define a las vías férreas como una facilidad esencial<sup>21</sup>. Ello determina que no exista otro proveedor de la infraestructura necesaria para prestar los servicios de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo que recorre el FSO.
70. Además, los altos costos fijos en los que debe incurrirse con el objetivo de ingresar a competir en este mercado (los cuales constituyen costos hundidos), así como también la presencia de economías de escala, constituyen barreras económicas a la entrada de potenciales competidores<sup>22</sup>.
71. En suma, la posición monopólica del administrador de la vía férrea y las barreras legales y económicas, permiten constatar la posición de dominio de Fetrans en el mercado de administración y control de acceso a las vías férreas del FSO.

#### **B) Transporte de pasajeros en el FSO en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica**

72. En lo que se refiere a este punto, la Comisión coincide en líneas generales con el análisis expuesto en los numerales 113 a 137 del Informe Técnico, en el sentido que Perurail ostenta posición de dominio en el mercado de transporte de pasajeros en el FSO en la ruta Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica
73. Perurail se ha desempeñado como único operador de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO. En efecto, no se ha verificado el ingreso de ningún otro operador ferroviario durante el periodo de investigación, ni se ha dado competencia intermodal en el tramo bajo análisis<sup>23</sup>. Ello le ha permitido ostentar una participación

---

<sup>21</sup> Ver numeral 106 del Informe Técnico.

<sup>22</sup> Ver numerales 109 al 111 del Informe Técnico.

<sup>23</sup> Véase numerales 114 al 116 del Informe Técnico.

monopólica en dicho mercado. A dicho factor, se añade la presencia en el mercado de importantes barreras económicas, legales y estratégicas al ingreso de nuevos competidores.

74. Las barreras económicas se encuentran representadas por la fuerte inversión que debe realizarse para la adquisición del material tractivo y rodante, el cual no es de fácil aprovisionamiento ni puede ser utilizado en otras vías, debido a las particularidades topográficas de la zona en la que se encuentra el FSO<sup>24</sup>.
75. Otra barrera a la entrada sería la integración vertical existente entre Fetrans y Perurail, permitida por el modelo de organización previsto en el Contrato de Concesión del FSO. La integración vertical podría permitir que Fetrans y Perurail tengan incentivos para implementar una serie de acciones estratégicas con el objeto de impedir o retrasar el acceso de potenciales operadores entrantes de la vía férrea.
76. La integración vertical podría favorecer la posición competitiva de Perurail que, a modo ilustrativo, cuenta con el alquiler de la totalidad del material que fue otorgado en concesión a Fetrans y a un bajo precio<sup>25</sup>.
77. Asimismo, existen barreras legales como los procedimientos y requisitos específicos que deben ser cumplidos por un potencial entrante para ingresar al mercado de servicio de transporte ferroviario que, aun cuando son superables, impiden el ingreso inmediato de nuevos competidores que hagan frente a Perurail.
78. Otros costos asociados a la actividad de transporte ferroviario en los que debe incurrir un potencial entrante están relacionados con las actividades de marketing y difusión (publicidad), capacitación de personal, celebración de convenios con agencias de viajes, hoteles y demás operadores turísticos<sup>26</sup>. Asimismo, debe tenerse en consideración los requerimientos de capital necesarios en esta industria, considerando que se trata de un proyecto de mediana y larga maduración.
79. En consecuencia, y considerando la participación monopólica de Perurail en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Ollantaytambo- Machupicchu-Hidroeléctrica durante la mayor parte de la vigencia de la Concesión (ausencia de competencia real intramodal o intermodal), la presencia de importantes barreras económicas, legales y estratégicas al ingreso de nuevos competidores al mercado, entre otros factores, se puede concluir que Perurail

---

<sup>24</sup> La trocha utilizada en el FSO es de 3 pies (0.914 m) o trocha angosta. En el Perú, solo un pequeño tramo en el FC que une Huancayo con Huancavelica 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.

<sup>25</sup> Informe 023-2005-INDECPOI/ST-CLC del 13 de junio de 2005 y Resolución 064-2006-INDECPOI/CLC del 4 de setiembre de 2006.

<sup>26</sup> Los costos de publicidad tienen un componente significativo de costos hundidos.

ostenta posición de dominio en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica del FSO.

80. En suma, se tiene que tanto Fetrans como Perurail ostentan posición de dominio en sus respectivos mercados relevantes de administración ferroviaria del FSO y transporte ferroviario de pasajeros en el tramo Ollantaytambo-Machupicchu-Hidroeléctrica del FSO. Si bien es cierto, Peruval y PTR no participan directamente en los referidos mercados, dichas empresas ejercen control compartido de las dominantes Fetrans y Perurail y cuentan con un interés común en dichos mercados, lo que motiva que dichas empresas también puedan ser consideradas como co-autoras del abuso de posición de dominio denunciado por Apofer, dependiendo de su actuación en el presunto abuso de procesos legales objeto de investigación, aspecto que será materia de evaluación en el acápite V.3.

## V. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS

### V.1. Marco conceptual aplicable a la conducta imputada

81. El abuso de procesos legales es una conducta tipificada en el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034<sup>27</sup>, consistente en la utilización de procedimientos administrativos y procesos judiciales como un medio para afectar la competencia en el mercado.
82. Si bien la tipificación de esta conducta anticompetitiva supone una eventual limitación al ejercicio de los derechos de acción y petición de los particulares, esta Comisión, en ejercicio de sus potestades, no puede renunciar a su función de tutelar la libre competencia y reprimir el uso indebido de las distintas libertades y derechos de las personas naturales o jurídicas (por ejemplo, libertad de empresa, libertad de contratación, libertad de asociación, libertad de expresión y los propios derechos de acción y petición) cuando conlleve una afectación injustificada del proceso competitivo, en perjuicio de los consumidores.
83. En atención a este mandato constitucional<sup>28</sup> y legal<sup>29</sup> de protección de la libre competencia, corresponde a esta Comisión establecer los criterios para reprimir

---

<sup>27</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**  
**Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-**

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

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;

(...)

<sup>28</sup> **Constitución Política del Perú**

conductas anticompetitivas como el abuso de procesos legales y, al mismo tiempo, procurar el respeto del ejercicio válido de los derechos y libertades de las personas.

84. En el caso específico del abuso de procesos legales, se puede apreciar que dicha conducta ha sido previamente investigada, e incluso sancionada<sup>30</sup> por la Comisión y la Sala. Sin perjuicio de ello, esta Comisión también podrá recurrir a la jurisprudencia de cortes extranjeras, así como a los comentarios de especialistas internacionales en la materia, con el objetivo de contar con mayores elementos de juicio para determinar los contornos de esta conducta anticompetitiva, cuyo origen se remonta a la práctica jurisprudencial estadounidense<sup>31</sup>. Sin embargo, resulta pertinente recordar que todos estos criterios únicamente son referenciales e ilustrativos para esta Comisión, que no se encuentra vinculada por ellos y que, en ejercicio de sus

---

**Artículo 61°.-** 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.

<sup>29</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

**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.

**Artículo 13.- Las autoridades de competencia.-**

13.1. En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.  
(...)

**Artículo 14.- La Comisión.-**

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

- a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente;
  - b) Dictar medidas cautelares;
  - c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas;
- (...)

<sup>30</sup> Ver: Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996, en el procedimiento seguido por Lebar S.A. contra Asesoría Comercial S.A. – ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú – AGESP; y Resoluciones 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005 y 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros.

<sup>31</sup> Se puede afirmar que el abuso de procesos legales como conducta anticompetitiva surge con la doctrina jurisprudencial “*Noerr-Pennington*” de los Estados Unidos de América, que toma su nombre a partir de dos casos resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 U.S. 127 (1961), y *United Mine Workers v. Pennington* 381 U.S. 657 (1965).

Tal como ha sido señalado en el Informe Técnico, esta doctrina reconoce el derecho de los ciudadanos a hacer peticiones ante las autoridades gubernamentales aun cuando tengan por objeto eliminar la competencia. Sin embargo, con esta suerte de “inmunidad *antitrust*” también surge una excepción, conocida como la excepción de simulación o “*sham exception*”, bajo la cual no gozará de inmunidad aquella petición que, en los hechos, consista en “(...) *una mera simulación [sham] para cubrir lo que, en realidad, no es más que un intento de interferir directamente con las relaciones empresariales de un competidor*”, traducción libre de: “(...) *a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt interfere directly with the business relationships of a competitor*”. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 U.S. 127 (1961).

funciones, tiene plena autonomía para formar su propia opinión y doctrina jurisprudencial sobre la materia.

85. Como se ha mencionado precedentemente, la sanción del abuso de procesos legales se encuentra íntimamente ligada al ejercicio de los derechos de acción y petición.
86. El derecho de acción es una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>32</sup>. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que este último se configura como *“un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente (...)”*<sup>33</sup>.
87. Por su parte, el derecho de petición consiste en la facultad que tiene cualquier ciudadano para solicitar a alguna autoridad pública la obtención de una decisión graciable, es decir, sujeta a una consideración discrecional, a diferencia de lo que sucede con el derecho de acción, respaldado en una normativa específica<sup>34</sup>. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de petición se sustenta en la relación existente entre los ciudadanos y los poderes públicos en una sociedad democrática, de lo que se deriva la necesidad de permitir *“la participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la Administración Pública”*<sup>35</sup>.
88. Un Estado de Derecho, sin embargo, no puede amparar el ejercicio de ningún derecho de manera absoluta<sup>36</sup>. De ahí que se establezcan ciertos límites con el fin de tutelar otros derechos o bienes jurídicos de naturaleza constitucional, y que pueden contar también con desarrollo legal.

---

<sup>32</sup> “El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso.” Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2003 (Exp. 010-2001-AI/TC).

<sup>33</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 5 de enero de 2006. (Exp. 0015-2005-PI/TC).

<sup>34</sup> De ahí que se considere que el derecho de petición tiene carácter residual frente al ejercicio de una acción legal. Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de diciembre de 2002 (Exp. 1042-2002-AA/TC).

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de diciembre de 2002 (Exp. 1042-2002-AA/TC).

<sup>36</sup> “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. La exigencia del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales no se deriva de la existencia de una cláusula que, ex profeso, lo señale así, sino, básicamente, del diverso nivel en el que opera el Poder Constituyente (que los reconoce en normas constitucionales) y los poderes constituidos (que sólo pueden limitarlos en virtud de leyes cuya validez depende de su conformidad con la Norma Suprema del Estado)”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2003 (Exp. 010-2001-AI/TC).

89. La protección de la libre competencia, como mecanismo para asegurar la creación de eficiencias para ofertantes y consumidores que beneficien a la sociedad en general, introduce, precisamente, uno de los límites a un potencial ejercicio desmedido de los derechos de acción y petición.
90. Es así que la legislación de defensa de la competencia y la actuación de supervisión y sanción de las agencias de competencia, no sólo a nivel nacional sino a nivel mundial, reprimen el ejercicio abusivo o ilegítimo de los derechos de acción y petición cuando se constituye en una herramienta para afectar el proceso competitivo, en perjuicio de los consumidores.
91. El ejercicio abusivo de estos derechos en perjuicio de la competencia ha sido calificado como una conducta anticompetitiva denominada 'abuso de procesos legales' o 'litigación predatoria', que consiste en la utilización de procedimientos administrativos y procesos judiciales como un medio para afectar a uno o más competidores, de manera directa o indirecta. La idea o estrategia anticompetitiva que subyace a esta práctica es la de impedir, retrasar o desincentivar el ingreso o mantenimiento de un competidor en el mercado.
92. El abuso de procesos legales es considerado una conducta ilícita puesto que no representa un legítimo intento por parte de los particulares de hacer valer sus derechos o tutelar sus intereses, sino que el verdadero objetivo detrás de la formulación de demandas o peticiones es afectar la competencia, a través del proceso legal en sí mismo, en oposición al resultado de cada una de ellas<sup>37</sup>.
93. Una vez identificadas las razones que motivaron la interposición de las acciones legales y, de ser el caso, que se haya desvirtuado un ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición, corresponderá analizar si dicha práctica puede constituir una herramienta anticompetitiva, mediante la afectación real o potencial a la competencia. Esta afectación se puede manifestar de diversas formas: impedir el ingreso de un competidor al mercado, provocar su salida, retrasar su ingreso al mercado o el desarrollo de alguna actividad económica, desincentivar el ingreso al mercado o poner en riesgo su inversión, incrementar los costos de ingreso o mantenimiento en el mercado, entre otras.
94. En tal sentido, a efectos de determinar cuándo el ejercicio de estos derechos resulta ilegítimo y puede configurar un supuesto de abuso de procesos legales, la autoridad de competencia debe reparar, en primer lugar, en aquellos elementos indicadores que permitan evidenciar cuál es la motivación real de los accionantes.

---

<sup>37</sup> En ese sentido, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló en 1991, en el caso *City of Columbia & Columbia Outdoor Advertising v. Omni Outdoor Advertising*, que: "La sham exception a Noerr abarca situaciones en las que las personas utilizan el proceso gubernamental – en oposición al resultado de ese proceso – como un arma anticompetitiva. Un ejemplo clásico es la presentación de objeciones frívolas a las solicitudes de licencia de un competidor, sin esperanza de lograr la denegación de la licencia, sino simplemente para imponer gastos y demoras". Traducción libre de: "The 'sham' exception to Noerr encompasses situations in which persons use the governmental process -- as opposed to the outcome of that process -- as an anticompetitive weapon. A classic example is the filing of frivolous objections to the license applications of a competitor, with no expectation of achieving denial of the license but simply in order to impose expense and delay". *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising Inc.*, 499 US 365 (1991) (citas internas omitidas).

95. Al respecto, esta Comisión coincide con el Informe Técnico en el sentido que la intención real de los accionantes puede extraerse a partir de diversos elementos, siendo uno de ellos – mas no el único – la ausencia de una expectativa razonable de triunfo en un proceso legal. En efecto, si un agente económico interpone una acción a sabiendas de que ésta no sería atendida por la autoridad estatal (por ejemplo, porque ha sido previamente desestimada), se puede concluir que su intención no es la de lograr la tutela estatal de sus intereses, sino que puede haber una intención ulterior y anticompetitiva en la interposición de una acción de la que tiene conciencia que no será atendida.
96. Asimismo, reparar en el interés que motiva una acción o un conjunto de acciones legales también puede ser relevante y útil para esclarecer si es que existe detrás de los procesos legales incoados un verdadero provecho económico que justifique incurrir en los costos de la litigación. Así, si el provecho económico que se espera obtener de un resultado favorable en un proceso es mínimo o nulo, entonces, se podrá inferir que la motivación del accionante no responde realmente a la tutela de sus derechos.
97. En el mismo sentido, el número de acciones legales interpuestas también puede ser un elemento esclarecedor respecto de las motivaciones del litigante. Así, si un accionante interpone varias acciones para efectuar una misma petición o presentar un mismo argumento (sin que cada nueva acción le genere un valor adicional al potencial resultado favorable), ello también puede ser un indicador de que la voluntad del litigante no está dirigida a obtener un resultado en cada uno de los procesos, sino en incrementar el número de acciones legales con una finalidad dilatoria o desincentivadora de la competencia.
98. Si a partir de esta constatación se puede comprobar que razonablemente ningún accionante hubiera iniciado estos procesos legales, entonces se podrá afirmar que el objetivo de las acciones legales no era realmente el tutelar algún interés particular, por lo que no constituirá un ejercicio válido de los derechos de acción y petición sino que, por el contrario, podrían responder a una finalidad anticompetitiva.
99. La intención anticompetitiva también podrá ser verificada a partir de determinadas circunstancias asociadas a los procesos legales como, por ejemplo, la oportunidad en la que se inician las acciones legales, los sujetos contra los que se dirigen y los efectos que pueden tener sobre la competencia, entre otros elementos indicadores de una motivación predatoria o anticompetitiva por parte del accionante.
100. Al respecto, las denunciadas han cuestionado el marco conceptual desarrollado en el Informe Técnico y recogido por esta Comisión sobre el abuso de procesos legales, argumentando que éste resulta contrario a un precedente judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos. En particular, Fetrans y Perurail sostienen que debía seguirse el test cumulativo de dos partes establecido por la Corte Suprema norteamericana en el caso *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia*

*Pictures Industries Inc. (o PRE)*<sup>38</sup>, para que una demanda pueda ser considerada como un ejercicio abusivo del derecho de petición o *sham*:

*“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 – en oposición al resultado de ese proceso – como una arma anticompetitiva”<sup>39</sup>.*

101. Así, bajo el primer elemento de este test, si es que una acción legal cuenta con una causa probable (lo que le otorgaría un fundamento objetivo a la acción), no podrá ser considerada como una simulación (*sham*), aun cuando la acción obtenga un resultado desfavorable. De la propia sentencia también se desprende que, si una demanda obtuvo un resultado favorable, por definición, no podría ser considerada como un ejercicio ilegítimo del derecho de petición y, por lo tanto, estaría inmune de ser considerada como una conducta que vulnere las leyes antitrust.
102. Sobre el particular, y como ya se ha dejado establecido en los numerales 95 a 97 de la presente Resolución, esta Comisión considera que la ausencia de un fundamento objetivo no es la única manifestación de un ejercicio abusivo de los derechos de acción y petición. Por ello, esta Comisión discrepa parcialmente con el razonamiento expuesto en la sentencia *PRE* de la Corte Suprema norteamericana, dado que limita injustificadamente el espectro de supuestos de uso ilegítimo o abusivo de los derechos de acción y petición con un potencial propósito anticompetitivo.
103. El ejercicio abusivo de un derecho se produce cuando este derecho es puesto en práctica para perseguir un fin distinto de aquél para el que fue concebido, afectando con ello, otros derechos o bienes jurídicos<sup>40</sup>. En tal sentido, pueden darse casos en

---

<sup>38</sup> *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* 508 U.S. 49 (1993).

<sup>39</sup> 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).

<sup>40</sup> “El acto realizado en el ejercicio de un derecho es, en principio, un acto lícito (...) Pero, a través del llamado abuso del derecho, dicho comportamiento jurídicamente admitido, se convierte en un fenómeno que consiste en el ejercicio

los que una persona natural o jurídica utilice los procesos legales no con el objetivo de procurar la atención de un derecho que alegan tener, sino con una finalidad anticompetitiva, y aun así, contar con una causa probable. En este escenario, la presencia o no de causa probable al iniciar un litigio será un aspecto estrictamente incidental en el propósito anticompetitivo de un accionante, por lo que no puede ser el factor determinante para definir cuándo nos encontramos ante una conducta anticompetitiva de abuso de procesos legales.

104. Precisamente, la propia Corte Suprema norteamericana había reconocido en una sentencia anterior (*California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, o *California Motor*)<sup>41</sup> que la serie de procedimientos administrativos y judiciales iniciados por unos transportistas de carretera en contra de otros competidores, “con o sin causa probable, y con prescindencia del mérito”<sup>42</sup>, con el fin de obstruir las solicitudes de estos últimos para obtener las autorizaciones necesarias para prestar los servicios de transporte en el Estado de California, podía constituir un “patrón de acciones repetitivas y sin fundamento”<sup>43</sup>, que calificaban dentro del concepto de la *sham exception*.
105. Así, a criterio de esta Comisión, el test expuesto en *PRE* no resulta apropiado para analizar una serie de acciones legales que, estimadas en su conjunto, podrían reflejar la existencia de una estrategia predatoria. Lo relevante cuando se trata de un grupo de acciones legales es analizar aquellos factores que pueden revelar la verdadera intención detrás de ellas; de este modo, se podrá definir si es que las acciones legales persiguen un fin legítimo, como la tutela de sus intereses, o tienen un objetivo ilegítimo: la utilización de los procesos como mera herramienta para afectar la competencia.
106. La posición de la Comisión expuesta en los numerales precedentes se encuentra también apoyada en pronunciamientos posteriores de algunas Cortes de Apelaciones de Estados Unidos que han intentado reconciliar el pronunciamiento de la Corte Suprema en *PRE* con la necesidad de reprimir el ejercicio abusivo del derecho de petición frente a litigios predatorios, aun cuando cuenten con una causa probable.
107. Así, por ejemplo, con posterioridad a *PRE*, en el año 1994, la Corte del Noveno Circuito de Estados Unidos, en el caso *USS-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council* (o *USS-Posco*), consideró que el

---

*excesivo, irregular, desconsiderado, anormal y, en cualquier caso, antisocial de un derecho subjetivo susceptible de causar daño en relación con un interés ajeno*”. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. DePalma, 1992, p. 143.

<sup>41</sup> *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* 404 U.S. 508 (1972).

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. 2nd Edition Minnesota: West Group. 1999, p. p. 687.

estándar de *PRE* que incorpora el parámetro de “ausencia de fundamento objetivo” únicamente resultaba aplicable cuando se tratara de una sola acción legal imputada como “*sham litigation*”. En cambio, frente a un “patrón de acciones legales” correspondía realizar un análisis prospectivo, basado únicamente en la intención subyacente a esta práctica reiterada:

*“Cuando se trata de una serie de demandas, la pregunta no es si es que alguna de ellas tiene mérito – algunas pueden tenerlo, sólo por suerte –, sino si es que son presentadas persiguiendo una política de empezar procedimientos legales con prescindencia de los méritos y con el propósito de dañar a un rival del mercado. La interrogante en tales casos es prospectiva: ¿Las acciones legales fueron interpuestas, no por un interés genuino de reparación de sus agravios, sino como parte de un patrón o práctica de sucesivas demandas presentadas esencialmente con el propósito de acoso?”<sup>44</sup>.*

108. Este mismo criterio fue aceptado en el año 2000 por la Corte del Segundo Circuito que, en el caso *Primetime Joint Venture v. National Broadcasting Company*<sup>45</sup>, también concluyó que cuando se trataba de un patrón de acciones legales, correspondía aplicar el test prospectivo de *USS-Posco*, por lo que el test de *PRE* resultaba aplicable únicamente cuando se tratara de una sola acción legal.

109. Concordantemente, el Colegio de Abogados de Estados Unidos (*American Bar Association* o ABA)<sup>46</sup> ha reconocido que:

*“Hay una serie de casos que parecen apoyar la proposición de la existencia de un umbral inferior [al de PRE] para que una corte encuentre un abuso [simulación o sham] cuando están involucrados múltiples actos de petición (...) parece que las cortes no aplicarán el test riguroso de ausencia de fundamento objetivo cuando hay evidencia de que un competidor está invocando el proceso de petición –y sus*

---

<sup>44</sup> Traducción libre de: “*When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit--some may turn out to, just as a matter of chance--but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?*”. 31 F3d 800 *USS-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*.

<sup>45</sup> *Primetime Joint Venture v. National Broadcasting Company* 219 F.3d 92 (2nd Cir. 2000)

<sup>46</sup> La ABA es la asociación profesional voluntaria más grande del mundo. Además de proveer acreditación para los estudiantes de Derecho, brindan servicios de enseñanza legal, información jurídica, programas de asistencia a abogados y jueces, así como iniciativas para mejorar el sistema legal para el público. Ver <http://www.abanet.org/> (página web visitada el 29 de abril de 2010).

La ABA cuenta con diversas secciones por materias, incluyendo la división de Antitrust que cuenta con más de 8000 miembros. Dicha división también realiza investigaciones, eventos públicos, grupos de discusión y publicaciones sobre diversos aspectos de Derecho Antitrust y Protección al Consumidor. Ver <http://www.abanet.org/antitrust/> (página web visitada el 29 de abril de 2010).

*concomitantes cargas de gastos y retraso– repetitivamente, con prescindencia de los méritos sino simplemente para obstaculizar a un competidor en el mercado”<sup>47</sup>.*

110. A nivel académico, comentaristas norteamericanos como Myers<sup>48</sup>, Lao<sup>49</sup> y Perrine<sup>50</sup>, cuyas opiniones se encuentran desarrolladas en el Informe Técnico<sup>51</sup>, sostienen también que el estándar de análisis contenido en la sentencia *PRE* resulta demasiado permisivo respecto de acciones legales que, aun contando con cierta causa probable, razonablemente no serían iniciadas de no ser por el daño anticompetitivo colateral que se pretende ocasionar a los competidores.
111. En esta línea, la Comisión considera que un análisis retrospectivo e individual de cada acción legal resulta inadecuado para determinar si los derechos de acción o petición han sido ejercidos en la persecución de otros fines ilícitos, como el de la afectación de la libre competencia. Por ello, esta Comisión opta por un parámetro prospectivo que repara en las motivaciones que subyacen a un conjunto o un patrón de acciones legales.
112. Este criterio de análisis se encuentra respaldado también por la agencia de competencia norteamericana, la Comisión Federal de Comercio o *Federal Trade Commission* (FTC), que en el año 2006 emitió un Reporte sobre las Perspectivas de Aplicación de la doctrina Noerr-Pennington<sup>52</sup>. En dicho Reporte, además de criticar el test limitativo de *PRE*, la FTC propone una nueva excepción a la inmunidad Noerr-Pennington, distinta a la de la “ausencia de causa probable” establecida en *PRE*<sup>53</sup>. Bajo el enfoque de la FTC, cuando se trate de una serie de acciones legales, corresponderá efectuar un análisis prospectivo para determinar si, esta serie de acciones realmente busca la atención de sus intereses mediante un resultado favorable, o forma parte de una estrategia dirigida a afectar a los competidores<sup>54</sup>.

---

<sup>47</sup> Traducción libre de: “*There are a series of cases that appear to support the proposition that a low threshold exists for a court to find a sham when multiple acts of petitioning are involved (...) it appears that courts will not apply the stringent test for objective baselessness when there is evidence that a competitor is involving the petitioning process – and its concomitant burdens of expense and delay– repetitively, without regard to the merits but simply to hamper a marketplace rival.*” ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Monograph 25, The Noerr-Pennington Doctrine. 2009, p. 65.

<sup>48</sup> MYERS, Gary. Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors. 51 Wash & Lee L. Rev. 1199. Fall, 1994.

<sup>49</sup> LAO, Marina Reforming the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine. 55 Rutgers L. Rev. 965. Summer, 2003.

<sup>50</sup> 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 Ala. L. Rev. 815. Spring, 1995.

<sup>51</sup> Ver numerales 168 a 172 del Informe Técnico.

<sup>52</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION. Enforcement Perspectives on the *Noerr-Pennington* Doctrine. An FTC Staff Report, 2006.

<sup>53</sup> Id., p. 29-35.

<sup>54</sup> Id., p. 35.

113. Este razonamiento resulta además acorde con el pronunciamiento de la Comisión Europea en el caso *ITT Promedia v. Belgacom* (o *Promedia*), que fue objeto de comentario en el Informe Técnico, en el que la Comisión estableció – en decisión confirmada por el Tribunal de Primera Instancia – su propio test de dos elementos para calificar el uso de procesos legales como una conducta anticompetitiva: (i) “*que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria*”, y (ii) “*que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia*”<sup>55</sup>.
114. Así, para analizar la posible existencia de un abuso del derecho de acción o petición, la Comisión Europea en el caso *Promedia* (a diferencia del caso *PRE*) se preguntaba si el objetivo de una acción legal era, razonablemente, hacer valer los derechos del solicitante o no. Como se puede apreciar, esta decisión del órgano comunitario europeo, al igual que las sentencias de las Cortes de Apelaciones de Estados Unidos, la doctrina y la posición de la FTC, comentadas en los numerales 107 a 112 de la presente Resolución, resultan coincidentes en dar preponderancia en el análisis de un presunto abuso de procesos legales o “*sham litigation*” a las motivaciones razonables que podría tener un litigante al momento de iniciar las acciones legales. Es decir, para definir si un agente económico hace o no un ejercicio legítimo de sus derechos de acción o petición, corresponde atender a aquellos elementos o indicadores que puedan evidenciar si, al momento de iniciar dichas acciones legales, el móvil era el de obtener la atención de sus intereses o era, en realidad, el de afectar la competencia valiéndose de los procesos legales para dicho objetivo.
115. Por otra parte, para sustentar la aplicación del test de *PRE* en lo que se refiere a la necesidad de probar la ausencia de causa probable en una acción legal, las denunciadas han alegado que el Tribunal Constitucional peruano ya habría definido el alcance de la conducta que configura un abuso de procesos legales, estableciendo que únicamente se produce un ejercicio ilegítimo o abusivo de los derechos de acción y petición cuando se ha interpuesto una demanda o una solicitud con plena conciencia de su improcedencia.
116. Dicha afirmación resulta incorrecta puesto que, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha conocido de casos en el marco de procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales como el amparo en los que se ha tenido oportunidad de corroborar la existencia de un ejercicio ilegítimo o abusivo de este derecho, ello no quiere decir que haya delimitado los alcances de un ilícito administrativo en materia de libre competencia, tarea que resulta ajena a su función de intérprete supremo de la Constitución.

---

<sup>55</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. - ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96.

117. Tampoco se puede afirmar que los casos en los que el Tribunal Constitucional ha encontrado un ejercicio irregular de los derechos de acción y petición sean los únicos en los que se pueda manifestar un ejercicio abusivo. Así, una revisión de las sentencias del Tribunal Constitucional a las que han hecho alusión Fetrans y Perurail para sustentar su posición, permite corroborar que dicho organismo constitucional no ha establecido un número cerrado de supuestos de ejercicio abusivo de estos derechos.
118. A manera de ejemplo, en algunas de las sentencias bajo comentario se puede constatar que la ausencia de argumentos que el Tribunal Constitucional califica como un ejercicio ilegítimo del derecho de acción está vinculada a una impropia utilización de la vía procesal, antes que a la falta de mérito de la pretensión en sí misma. Así, en varios casos que motivaron las sentencias constitucionales revisadas, los accionantes pretendían utilizar el proceso de hábeas corpus para la defensa de derechos o situaciones que no son tutelables por este proceso<sup>56</sup>, como son: (i) cuestionar diversas sentencias que no incidían en la esfera privada del recurrente, es decir, no lo afectaban directamente<sup>57</sup>; (ii) dejar sin efecto sentencias judiciales referidas a materia de pensiones<sup>58</sup>; (iii) cuestionar la competencia de un juez en un caso determinado<sup>59</sup>; o, (iv) cuestionar actos procesales acaecidos en juicios de naturaleza civil patrimonial como, por ejemplo, procesos de quiebra<sup>60</sup>. Esta información – que forma parte preponderante del razonamiento del Tribunal Constitucional – ha sido omitida por las denunciadas, pero permite entender claramente que la estrategia legal de las accionantes en dichos casos no estaba adecuadamente sustentada en el marco legal aplicable y, por lo tanto, se justifica que sea estimada por el Tribunal Constitucional como “carente de sustento legal y fáctico”.
119. En otro grupo de sentencias a las que hacen referencia Fetrans y Perurail, la falta de argumentos legales y fácticos como motivo de improcedencia se configura en razón a que (i) los demandantes no respetaron el carácter residual inherente a todo

---

<sup>56</sup> Según el artículo 25 del Código Procesal Constitucional, el proceso de hábeas corpus solo puede plantearse para la defensa del derecho a la libertad individual y sus derechos conexos.

<sup>57</sup> Ver Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de setiembre de 2008 (Exp. 1791-2007-PHC-TC).

<sup>58</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 15 de noviembre de 2007 (Exp. 5616-2007-PHC-TC); 19 de diciembre de 2007 (Exp. 6261-2007-PHC-TC); 13 de febrero de 2008 (Exp. 0047-2008-PHC-TC); 1 de abril de 2008 (Exp. 1045-2008-PHC-TC) y 7 de enero de 2009 (Exp. 1507-2008-PHC-TC).

<sup>59</sup> Ver Sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de agosto de 2008 (Exp. 1956-2008-PHC-TC).

<sup>60</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 16 de febrero de 2007 (Exp. 473-2007-PHC-TC); 28 de abril de 2009 (Exp. 2018-2009-PHC-TC); 23 de junio de 2009 (Exps. 1911-2009-PHC-TC y 1918-2009-PHC-TC); 22 de setiembre de 2009 (Exps. 3683-2009-PHC-TC y 3710-2009-PHC-TC); 4 de diciembre de 2009 (Exp. 3628-2009-PHC-TC); 7 de diciembre de 2009 (Exp. 2976-2009-PHC-TC); y 28 de diciembre de 2009 (Exp. 4805-2009-PHC-TC).

proceso constitucional<sup>61</sup>, o (ii) pretendieron obstaculizar la acción de la justicia para beneficio propio<sup>62</sup>.

120. En consecuencia, contrariamente a lo señalado por las denunciadas, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se desprende que se haya elaborado una doctrina que delimite cuándo nos encontramos frente a un ejercicio abusivo de los derechos de acción y petición, ni mucho menos que limite este ejercicio irregular únicamente a la ausencia de méritos en el fondo de la pretensión entablada judicial o administrativamente. Por el contrario, el propio informe de Eguiguren aportado por las denunciadas reconoce que “(t)ratándose de los derechos de acceso a la justicia y de petición, el Tribunal Constitucional no ha definido qué elementos caracterizan un ejercicio abusivo de tales derechos”<sup>63</sup>.
121. En otro extremo de su argumentación, Fetrans y Perurail han hecho referencia a tres (3) sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (en adelante, el TDLC) para cuestionar el marco conceptual del abuso de procesos legales.
122. Sobre el particular, en primer lugar, se debe señalar que la jurisprudencia chilena aportada por las denunciadas privilegia el análisis conjunto de las acciones legales, judiciales o administrativas, de manera similar a lo que ha sido propuesto en el Informe Técnico y desarrollado en la presente Resolución. Así, el TDLC considera que el análisis global de las acciones legales permitiría determinar si las mismas fueron utilizadas como herramientas en una estrategia para impedir o restringir la competencia<sup>64</sup>.
123. En el análisis de las acciones legales, el TDLC sostiene que se debe determinar si tenían un objetivo anticompetitivo, es decir, si su finalidad era la de impedir, restringir o entorpecer la entrada de un competidor o si, por el contrario, existía alguna duda razonable que justifique el inicio de los procesos (distinta a la finalidad de restringir

---

<sup>61</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 1 de octubre de 2007 (Exp. 4579-2007-PHC/TC) y 8 de junio de 2009 (Exp. 1677-2009-PHC/TC).

<sup>62</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 17 de abril de 2007 (Exp. 10431-2006-PHC/TC); 17 de julio de 2007 (Exp. 767-2007-PHC/TC); 31 de agosto de 2009 (Exp. 3717-2008-PA/TC) y 6 de octubre de 2009 (Exp. 3409-2009-PHC/TC).

<sup>63</sup> Ver Informe de Eguiguren a fojas 6397-6419 del Expediente.

<sup>64</sup> Sentencia Nro 46/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile:

*“Noveno. Que no corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto del mérito individual de cada una de las acciones interpuestas por Novartis, ya descritas, o de las medidas precautorias dictadas en cada uno de dichos procesos, por ser de incumbencia de cada sede administrativa y/o judicial ante las que se encuentran radicados;*

*Décimo. Que lo anterior no inhibe a este Tribunal para pronunciarse respecto del conjunto de acciones interpuestas, analizadas en forma global, como una estrategia procesal, en cuanto a sus posibles efectos respecto de la libre competencia. Esto es, si las acciones, constituyen una herramienta usada con el objetivo de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, fines desviados de los que naturalmente les corresponde dentro del ordenamiento jurídico; (...).” (subrayado añadido)*

la competencia)<sup>65</sup>, lo que no resulta contrario al razonamiento seguido en el Informe Técnico y por esta Comisión en la presente Resolución.

124. En efecto, con prescindencia de que, en los casos concretos, el TDLC haya considerado que existían motivos para concluir que las acciones legales investigadas no respondían, en su conjunto, a un propósito de restringir la competencia: ello, en modo alguno, enerva o cuestiona el método de análisis conjunto por el que opta esta Comisión.
125. Así, en los casos chilenos bajo comentario se debe tener en consideración que, además de que el TDLC encontrara que las acciones interpuestas, apreciadas conjuntamente, no carecían de un fundamento razonable, dicha entidad también descartó la existencia de efectos sensibles contra la competencia, como consecuencia de dichas acciones. El número de acciones legales evaluadas también es un elemento relevante que explica el sentido de las sentencias del TDLC y que lo diferencia del presente caso, puesto que en uno de los casos se trataba únicamente de siete (7) procesos legales investigados, mientras que en los dos restantes, las acciones legales analizadas eran únicamente dos (2)<sup>66</sup>.
126. De este modo, se ve reforzada la argumentación y conceptualización previa en el sentido que, en lugar de hacer un análisis individual y separado del resultado o mérito de cada acción legal, lo que corresponde es hacer una evaluación conjunta de todas las acciones legales, para esclarecer si ellas responden a una estrategia consistente en instrumentalizar los procesos legales con el propósito de afectar la competencia. En tal sentido, en lugar de preguntarse por la existencia o no de una causa probable en cada acción legal, habrá que preguntarse si razonablemente puede considerarse que las acciones legales entabladas respondían al interés de tutelar los derechos de los accionantes o había un fin ulterior o colateral de afectar la competencia.
127. En el mismo sentido, en el caso brasileño al que hacen referencia Fetrans y Perurail, se puede constatar que el razonamiento de la autoridad de competencia (Secretaría de Derecho Económico o SDE) tampoco entra en contradicción con el marco conceptual desarrollado en la presente Resolución. Si bien en el referido caso, la SDE consideró que las acciones legales cuestionadas como anticompetitivas contaban con argumentos razonables para su interposición, atendiendo a la posible apropiación ilícita de los secretos industriales del accionante por parte de un competidor; adicionalmente, la autoridad brasileña descartó la existencia de una afectación a la competencia, puesto que se trataba únicamente de dos procesos legales y dado que no se evidenciaba que ellos hubieran podido afectar la

---

<sup>65</sup> Undécima consideración de la Sentencia Nro 46/2006, Undécima consideración de la Sentencia Nro 83/2009, y Septuagésimo sexto considerando de la Sentencia Nro 90/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile.

<sup>66</sup> En la Sentencia Nro 46/2006 se analizaron seis (7) acciones entre administrativas y judiciales, mientras que en las Sentencias Nro 83/2009 y Nro 90/2009 dos (2) procesos.

competencia, ya que la presunta afectada había adquirido una mayor participación en el mercado y no se evidenciaba la creación de barreras de acceso al mercado para nuevos competidores, durante el periodo investigado<sup>67</sup>.

128. Finalmente, un último argumento presentado por Fetrans y Perurail alude a la supuesta exigencia de que la autoridad de competencia espere hasta el resultado final de los procesos administrativos y judiciales que son objeto de investigación, para recién pronunciarse sobre un uso abusivo y anticompetitivo de dichos procesos. En tal sentido, el informe de Eguiguren aportado por las denunciadas señala que sería necesario que la Comisión aguarde hasta contar con el pronunciamiento final de una autoridad administrativa o judicial que se refiera a la manifiesta improcedencia de cada petición.
129. Sobre el particular, esta Comisión discrepa con el argumento presentado por las denunciadas, que implicaría un análisis retrospectivo, que tenga como punto de partida el resultado de los procesos para analizar si es que se habría producido una utilización abusiva de éstos. Contrariamente a este criterio, y como se ha señalado en los numerales precedentes, esta Comisión considera que el tipo de análisis que debe seguir la autoridad de competencia frente a una conducta de abuso de procesos legales es prospectivo, esto es, deberá analizar aquellos elementos objetivos que reflejen la motivación que tendría el litigante al momento de hacer ejercicio de sus derechos de acción o petición.
130. En efecto, el resultado de los procesos no es determinante para definir si los derechos de acción o petición de un agente económico han sido utilizados legítimamente. Así, el resultado de los procesos puede ser meramente incidental frente a una estrategia predatoria, que utilice a los procesos en sí mismos, como un mecanismo para impedir, retrasar o desincentivar la competencia en un mercado.
131. Así, sin perjuicio de que la propia declaración de Sesser<sup>68</sup> aportada por las denunciadas reconoce que no es necesario esperar hasta el final de los procesos para evaluar una posible estrategia de litigación predatoria, debe recordarse nuevamente que el análisis que efectúa la Comisión frente a un supuesto de abuso de procesos legales recae en la finalidad o motivaciones que guiaron a un agente económico a iniciar una serie de acciones legales que pueden afectar el proceso competitivo. Ello, con el objetivo de esclarecer si existía un interés real por obtener la tutela de sus intereses, lo que será legítimo con independencia del resultado de su acción; o, si por el contrario, el interés ulterior perseguido era el de afectar la competencia, instrumentalizando para ello los derechos de acción y petición.
132. Es también por esta razón que esta Comisión descarta el análisis retrospectivo propuesto por las denunciadas, puesto que, para evaluar las motivaciones de los

---

<sup>67</sup> Nota Técnica emitida por la Secretaría de Derecho Económico del Ministerio de Justicia de Brasil el 15 de julio de 2009.

<sup>68</sup> Ver dicho documento a fojas 6421-6456 del Expediente.

litigantes y una posible estrategia anticompetitiva, no resulta indispensable conocer el resultado de los procesos legales incoados. Siguiendo esta línea de razonamiento, no corresponde a esta Comisión conocer o revisar las decisiones o el trámite de los procesos legales que son de competencia de las respectivas autoridades administrativas y judiciales, puesto que ello no constituye el objeto de evaluación frente a un supuesto de abuso de procesos legales.

133. Finalmente, condicionar la actuación de la autoridad de competencia a la culminación de los procesos legales objeto de análisis restaría la eficacia de su pronunciamiento, que podría resultar tardío, al haberse permitido la efectividad de una estrategia anticompetitiva de abuso de procesos legales que se mantendría vigente durante todo el tiempo de duración de los procesos. Ello resulta más grave en un contexto como el peruano, donde la larga duración de los procesos y los problemas de institucionalidad que afrontan las instancias judiciales pueden hacer más atractiva para un agente económico la implementación de una estrategia de litigación predatoria.

## **V.2. Norma aplicable**

134. En lo que se refiere al marco normativo aplicable al presente caso, esta Comisión concuerda con las conclusiones arribadas por la Secretaría Técnica en los numerales 210 a 236 del Informe Técnico y, en ese sentido, considera que las acciones interpuestas por las denunciadas tienen naturaleza continuada y fueron realizadas incluso luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034.
135. El inicio de una acción legal, su mantenimiento en el tiempo, así como las posteriores solicitudes o peticiones que se hagan al interior o de manera conexas a un proceso legal ya en curso, pueden constituir expresiones de una sola estrategia dirigida a afectar la competencia en el mercado, recurriendo para ello a procesos legales. Si bien estas manifestaciones pueden sucederse en el tiempo, todas ellas responderían a una sola resolución o voluntad anticompetitiva, la de impedir, retrasar o desincentivar el ingreso o mantenimiento de competidores en el mercado, razón por la cual, se considera que forman parte de una misma infracción continuada.
136. Al respecto, no debe obviarse que la interposición de recursos, solicitudes, oposiciones, entre otros, dentro de un proceso judicial o administrativo, no son sino la materialización del derecho de acceso a la justicia, el mismo que, según el Tribunal Constitucional, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva<sup>69</sup>.
137. En el presente caso, y sin perjuicio del posterior análisis de fondo, se verifica que la conducta imputada a las denunciadas, consistente en una estrategia de abuso de

---

<sup>69</sup> Ver Sentencias del Tribunal Constitucional del 30 de enero de 2003 (Exp. 2763-2002-AA/TC, fundamento jurídico 4) y del 14 de noviembre de 2005 (Exp. 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico 34).

procesos legales tiene naturaleza continuada, toda vez que las denunciadas mantuvieron el curso de las acciones legales interpuestas inicialmente, incluso con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034.

138. Efectivamente, y tal como se desarrollará en el acápite V.3. de la presente Resolución, se puede constatar que las denunciadas continuaron con la tramitación de diversas acciones legales con posterioridad al 25 de julio de 2008 (fecha en la que entró en vigencia el Decreto Legislativo 1034), como es el caso de la demanda contencioso administrativa interpuesta por Fetrans contra el otorgamiento del permiso de operación a Andean Railways, la demanda contencioso administrativa planteada por Fetrans contra la Resolución 1122, la demanda declarativa de Fetrans y la reconvenición de Perurail sobre el cumplimiento de la medida correctiva dictada por la Sala respecto al alquiler del material, el proceso de acción popular de Fetrans y el proceso de amparo de Peruval y sus dos (2) solicitudes de medidas cautelares contra la modificación del RNF, y el proceso contencioso administrativo incoado por Fetrans contra la modificación de su REA; varias de las cuales aún se mantienen vigentes en la actualidad.
139. Sin perjuicio de ello, las denunciadas no sólo mantuvieron en vigencia las acciones legales iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034, sino que también interpusieron nuevas acciones legales después de la mencionada fecha.
140. Es así que el 23 de enero de 2009, en el marco del proceso de amparo incoado por Peruval contra el MTC solicitando la inaplicación del Decreto Supremo 031-2007-MTC que modificó el RNF, la primera solicitó el dictado de una segunda medida cautelar que dispusiera 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 interpuso un recurso de apelación contra la Resolución N° 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 RNF<sup>70</sup>.
141. Del mismo modo, en el marco de la demanda contencioso administrativa interpuesta por Fetrans contra la Resolución 1122, el 5 de febrero de 2009, Fetrans 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.
142. Sobre este punto, Fetrans y Perurail alegan que la Secretaría Técnica incurrió en una contradicción al pretender efectuar, por un lado, un análisis conjunto de la naturaleza predatoria de todos los procesos investigados para determinar la existencia de un abuso de procesos legales, y por otro, realizar un análisis individual

---

<sup>70</sup> Mediante Resolución N° 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 N° 33 del 5 de octubre de 2009.

de cada acto procesal ocurrido en cada uno de los procesos para determinar la normativa aplicable.

143. Al respecto, debe tenerse presente que la consideración de las distintas acciones al interior de los procesos legales bajo análisis no supone la evaluación individual y pormenorizada de la legitimidad de cada uno de ellos. Contrariamente, esta Comisión ya ha descartado en el acápite precedente la posibilidad de revisar o evaluar tanto las decisiones de las autoridades administrativas y judiciales correspondientes como también el mérito de las solicitudes de los accionantes. Todas estas acciones o peticiones efectuadas al interior de los procesos legales investigados únicamente se toman en cuenta para dilucidar si las denunciadas han tenido una participación activa y continua en dichos procesos, que evidencie una actuación continuada en el tiempo del presunto abuso de procesos legales.
144. Consecuentemente, la Comisión estima que las nuevas acciones legales comprueban que las denunciadas habrían desarrollado y mantenido la conducta imputada de abuso de procesos legales, aun con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034, por lo que, al tratarse de una presunta infracción continuada, este último cuerpo normativo resulta aplicable al presente caso.
145. En relación con la naturaleza continuada de la conducta denunciada, Peruval argumentó que la infracción imputada no calificaba como continuada, debido a que no se cumplía con los requisitos del artículo 230.7 de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>71</sup>.
146. El dispositivo normativo al que hace referencia Peruval alude a la imposición de sanciones sucesivas por parte de una autoridad administrativa frente a infracciones también sucesivas. El supuesto de hecho es el de la reincidencia, en el cual un administrado es sancionado por cometer una infracción, a través de una decisión administrativa firme, y pese a ello, comete nuevamente la misma infracción. Es por

---

<sup>71</sup> **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

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

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.

ello que la Ley del Procedimiento Administrativo General exige que haya transcurrido treinta (30) días entre la imposición de la última sanción y la nueva, y que se le dé la oportunidad al administrado para probar que en el referido plazo ha cesado en la comisión de la conducta infractora.

147. En cambio, el supuesto de hecho en el presente caso es distinto, pues no se refiere al inicio de un nuevo procedimiento sancionador ni a la imposición de una nueva y segunda sanción a los administrados, sino que se trata de la constatación de una sola voluntad o resolución infractora<sup>72</sup> que se ha puesto de manifiesto a través de diversas actuaciones<sup>73</sup>, por lo que se entiende que se trata de una sola infracción continuada en el tiempo<sup>74</sup> y que será enjuiciada y, eventualmente, sancionada en un solo procedimiento.
148. En consecuencia, al no ser aplicable el artículo 230.7 de la Ley del Procedimiento Administrativo General al presente caso y al tratarse de una infracción continuada que se ha mantenido vigente incluso con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034, corresponde que el enjuiciamiento del abuso de procesos legales sea realizado bajo esta última norma. Ello, además, resulta acorde con la práctica jurisprudencial de la Comisión y la Sala que, frente a infracciones continuadas en materia de libre competencia, ha aplicado anteriormente la norma vigente al momento en que cesó la continuidad de la infracción y ésta quedó consumada<sup>75</sup>.
149. De otro lado, cabe resaltar que, aun cuando resultara aplicable el Decreto Legislativo 701 al presente caso, ello tampoco acarrearía – contrariamente a lo alegado por las denunciadas – un vicio del procedimiento por supuesta afectación al principio de tipicidad. Sobre el particular, Fetrans y Perurail sostienen que los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 no permiten inferir la sanción del abuso de procesos legales, puesto que los referidos dispositivos normativos se refieren a actos o conductas relacionados con actividades económicas, no siendo aplicables

---

<sup>72</sup> Ver Resolución 0026-2008/SC1-INDECOPI del 15 de octubre de 2008, en el procedimiento seguido por Hildebrando Palacios Berríos contra Philip Morris Perú S.A. (Exp. 059-2007/CCD). En dicho pronunciamiento, la Sala hizo referencia a la existencia de una relación de continuidad ilícita entre todas las acciones que configuran una infracción o delito continuado.

<sup>73</sup> Ver: BRAMONT-ARIAS, Luis. “Código Penal Concordado”, p. 235 y ss.

<sup>74</sup> “Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución”. Extraído del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Ver: [http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C.%5CCorteSuprema%5Ccij%5Cdocumentos%5CII\\_PLENO\\_JURISDICCIONAL\\_PENAL\\_1998.pdf](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/documentos/..%5C.%5CCorteSuprema%5Ccij%5Cdocumentos%5CII_PLENO_JURISDICCIONAL_PENAL_1998.pdf).

<sup>75</sup> “Para nuestro propósito, no debe perderse de vista que el delito continuado se considera una unidad de acción -esto es, como un solo delito-, y que tal unidad se verifica cuando cesa la continuidad y se consuma el delito (por ejemplo, cuando el agente cesa su accionar porque ha logrado su propósito o es detectado). De esta manera corresponde aplicar la ley vigente al momento de la consumación del acto (o del delito único), al igual que en el caso de cualquier otro hecho punible, tal como si se tratara de un delito instantáneo como el homicidio.” Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997, en el procedimiento iniciado de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura y otras (Exp. N° 029-96-CLC).

por tanto al caso del inicio de procesos legales, lo cual constituye un acto de derecho público. De la misma forma, sostienen que la frase “efecto equivalente” prevista en el literal “f” del artículo 5 sólo comprende conductas abusivas respecto de los consumidores o usuarios, y no al entorpecimiento a los competidores.

150. Sin embargo, de la revisión de reiterados y uniformes pronunciamientos del INDECOPI, se desprende que la Comisión ha investigado e incluso sancionado conductas anticompetitivas que no se encontraban expresamente descritas en el Decreto Legislativo 701, entendiéndose que sí estaban prohibidas por la cláusula general, rechazando de esta manera la hipótesis de que el referido cuerpo normativo presenta una lista cerrada de conductas anticompetitivas. Así, por ejemplo, la Comisión ha investigado prácticas como la adopción de precios predatorios<sup>76</sup>, el establecimiento de cláusulas de exclusividad y de fidelidad de clientes<sup>77</sup>, y el propio abuso de procesos legales.
151. En el mismo sentido, y contrariamente a lo alegado por las denunciadas, una lectura conjunta de los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 sí permite constatar que, tanto el abuso de procesos legales como cualquier otra conducta obstruccionista que incida, ya sea de manera mediata o inmediata, en actividades económicas, puede ser considerada como un supuesto de abuso de posición de dominio pasible de ser sancionado.
152. Por otra parte, el argumento de las denunciadas en el sentido de que las conductas de “efecto equivalente” a las que hace referencia el literal “f” del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 son aquellas prácticas que afectan a los consumidores y no a los competidores, carece de todo sustento, y es abiertamente contrario al Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por la Comisión de Libre Competencia mediante Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC<sup>78</sup>, que señaló que las

---

<sup>76</sup> Ver Resolución 070-96-INDECOPI-CLC del 17 de setiembre de 1996, en el procedimiento seguido por María del Carmen Molta Wendell y otros contra Productos Químicos S.A. (Exp. 047-95-CLC); 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. (Exp. 006-97-CLC); 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. (Exp. 013-2004/CLC).

<sup>77</sup> 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. (Exp. 001-2001-CLC y 002-2001-CLC - acumulados); y 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 (Exp. 005-2002/CLC).

<sup>78</sup> Ver Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007, en el procedimiento seguido por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Macchu Picchu – Consettur Macchu Picchu S.A.C. (Expediente N° 003-2005/CLC):

- (i) *El objetivo de la política de competencia es velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, eliminando a través de la ley de libre competencia todas aquellas conductas que lo distorsionen o afecten, mediante lo cual se procurará el bienestar de la sociedad y por ende, el mayor beneficio de los usuarios y consumidores que propugna el artículo 1 del Decreto Legislativo 701.*
- (ii) *El artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en concordancia con lo dispuesto en el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, impide a esta Comisión sancionar supuestos de precios “excesivos” o “abusivos”,*

conductas de abuso de posición de dominio previstas en el referido cuerpo normativo eran únicamente aquéllas que tuvieran un efecto exclusorio respecto de competidores en el mercado, como es precisamente una práctica predatoria como el abuso de procesos legales o cualquier otra conducta obstruccionista.

153. Asimismo, debe tenerse en consideración que, en sus descargos, las propias denunciadas han hecho alusión a los pronunciamientos previos de la Comisión en los casos *Lebar*<sup>79</sup> y *Pilot*<sup>80</sup>, para utilizarlos como argumentos de defensa, alegando que en el presente procedimiento no se presentaban las características y criterios desarrollados por la Comisión en los casos mencionados.
154. Con prescindencia de lo señalado en el párrafo precedente, queda claro que la jurisprudencia del INDECOPI ha sido uniforme en admitir la tipificación y sanción de conductas anticompetitivas que no se encontraban expresamente desarrolladas en el Decreto Legislativo 701, entre ellas, el abuso de procesos legales, conducta que ha sido investigada en dos (2) procedimientos y declarada ilícita en uno (1) de ellos.
155. Así también, el uso de cláusulas generales de tipificación de conductas anticompetitivas es una técnica utilizada de manera recurrente por la legislación comparada y validada por la doctrina extranjera<sup>81</sup>.
156. En efecto, las autoridades extranjeras de defensa de la competencia han investigado y sancionado la práctica del ejercicio abusivo de acciones legales, pese a que no estaba expresamente prevista en sus respectivas leyes de defensa de la competencia. Éste es el caso de las decisiones adoptadas por la Comisión Europea<sup>82</sup>, la FTC y diversas cortes judiciales de Estados Unidos<sup>83</sup> y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile<sup>84</sup>, entre otras autoridades.

---

*pues aquello implicaría atentar contra la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribe dicho dispositivo legal.*

(iii) *Según lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano y el objetivo de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición deben producir necesariamente un efecto de exclusión a competidores o impedir su ingreso al mercado y por lo tanto, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas infracciones sancionables por las normas de libre competencia.*

(iv) *En ese sentido, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio, deben presentarse los siguientes requisitos: la tenencia de posición de dominio; la actuación indebida que produce un efecto de exclusión y afecta actual o potencialmente la competencia; el fin de obtener beneficios; el fin de causar perjuicios; y, la imposibilidad de lograr el resultado obtenido de no existir posición de dominio.*

<sup>79</sup> Ver nota a pie de página 30.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Al respecto, ver numerales 237 a 247 del Informe Técnico.

<sup>82</sup> 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.

157. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Constitucional peruano no ha descartado en ningún caso la aplicación de las cláusulas generales previstas en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, por considerar que resultaban contrarias al principio de tipicidad.
158. En tal sentido, corresponde desestimar los argumentos de los denunciados y declarar infundada su solicitud de nulidad de la Resolución Admisoria y del presente procedimiento.

### **V.3 Análisis de las acciones legales investigadas**

159. Conforme a lo señalado en el acápite precedente, el análisis de una práctica de abuso de procesos legales debe tomar en consideración el conjunto de acciones legales que conformarían la estrategia predatoria. Sin embargo, por razones de orden expositivo, agruparemos las acciones legales objeto del presente procedimiento en razón de los asuntos a los que se encuentran vinculadas, siguiendo un orden cronológico. Al final de esta exposición, se hará un análisis conjunto de todas las acciones legales investigadas.

#### **A) Sobre la modificación del Contrato de Concesión del FC**

160. Conforme se ha señalado en los numerales 389 a 396 del Informe Técnico, las empresas denunciadas adoptaron ciertas acciones legales frente a la iniciativa de modificación del Contrato de Concesión del FC. Esta iniciativa de FVCA (marzo de 2004), concesionario del FC, y secundada por el Consejo Directivo de Ositran (julio de 2004), tenía por objeto la eliminación de la obligación de abstención de FVCA de participar como operador de otro ferrocarril, con lo cual podría ingresar libremente a competir en la prestación de servicios en el FS y el FSO.
161. Frente a ello, en noviembre de 2004, tanto Perurail como Fetrans interpusieron, de manera paralela, acciones judiciales solicitando que el MTC se abstenga de realizar dicha modificación, sin el consentimiento de las accionantes.
162. Así, por un lado, Fetrans inició un proceso de amparo contra el MTC solicitando que se declare nulo el procedimiento de modificación del Contrato de Concesión del FC en lo que respecta a las circulares 017 y 064 y la cláusula 12.2 del referido contrato, en la medida que no se permitió su participación en dicho procedimiento. En ese sentido, solicitó que se reinicie nuevamente dicho procedimiento con la intervención de Fetrans y que el MTC se abstenga de realizar cualquier acto que, por acción u

---

<sup>83</sup> Ver, entre otros, los casos *Noerr*, *Pennington*, *Walker Process*, *California Motor*, *Allied Tube*, *STCLA*, *PRE* y *USS-Posco*, comentados en los numerales 142-197 del Informe Técnico.

<sup>84</sup> 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).

omisión, configure la modificación de la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión del FC sin la participación de Fetrans.

163. Dicha demanda fue declarada fundada mediante Resolución 7 del 11 de abril de 2005 del Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, sin embargo, ésta fue revocada en segunda instancia por Resolución s/n del 3 de julio de 2006 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
164. Fetrans interpuso recurso de agravio constitucional contra esta última resolución. Al respecto, mediante Resolución del 16 de febrero de 2007, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de Fetrans, al considerar que la controversia se resolvía mediante la interpretación del Contrato de Concesión del FC, y no a partir de la interpretación de un derecho constitucional<sup>85</sup>.
165. Asimismo, en el marco de dicho proceso, Fetrans solicitó una medida cautelar con la finalidad de que se ordene al MTC suspender el procedimiento administrativo iniciado por FVCA que tenía por objeto la modificación de la cláusula 12.2 del Contrato de Concesión suscrito con el Estado Peruano, en tanto no se resuelva el proceso de amparo. Por otro lado, 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. Dicha solicitud fue declarada improcedente mediante Resolución 1 del 2 de diciembre de 2004.
166. De otro lado, Perurail solicitó una medida cautelar genérica fuera del proceso, consistente en que se prohíba al MTC y a FVCA la modificación del Contrato de Concesión del FC en lo que respecta a las circulares 017 y 064 y la cláusula 12.2 del referido contrato, alegando que tal modificación afectaba los derechos de Perurail en su calidad de legítimo y directo beneficiario de la obligación de no hacer (no competir) de FVCA. Asimismo, solicitó que se deje sin efecto cualquier modificación de las circulares 017 y 064 o de la cláusula 12.2 del Contrato, en la que no haya participado Perurail prestando su consentimiento.
167. Mediante Resolución 3 del 2 de diciembre de 2004, el Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa declaró improcedente la medida cautelar solicitada, sin embargo, concedió una medida cautelar en forma distinta a fin de evitar la vulneración del derecho de defensa y al debido procedimiento administrativo. En tal sentido, dispuso que Perurail intervenga en el procedimiento de modificación del Contrato de Concesión del FC. Por su parte, la Tercera Sala Civil del Corte Superior de Justicia de Arequipa confirmó mediante Resolución 8 del 31 de octubre de 2005 lo dispuesto en la Resolución 3.
168. Posteriormente, Perurail interpuso una demanda declarativa a fin de que se disponga que cualquier modificación de los citados dispositivos contractuales requería de su consentimiento y el de Fetrans, en sus calidades de operador y concesionario del FS y FSO, respectivamente. Al respecto, a pesar de los

---

<sup>85</sup> Ver Resolución del Tribunal Constitucional del 16 de febrero de 2007 (Exp. 00389-2007-PA/TC).

requerimientos de información formulados, no se cuenta con información sobre el estado y resultado de dicho proceso judicial.

169. Si bien es cierto que cualquier agente económico se encuentra facultado a reclamar el cumplimiento de las obligaciones que alega tener a su favor, esta Comisión coincide con el razonamiento expuesto en los numerales 397 a 405 del Informe Técnico, en el sentido de que existen ciertos elementos que podrían considerarse como una manifestación de un ejercicio abusivo del derecho de acción que le asiste a las denunciadas.
170. Así, en primer lugar, llama la atención que frente a una misma pretensión material (la inalterabilidad del contrato de concesión del FC), dos personas jurídicas que ostentan el mismo interés empresarial interpongan diversas acciones judiciales, en lugar de interponer una sola.
171. En efecto, de la revisión de los escritos de demanda y solicitudes de medida cautelar de Fetrans y Perurail, se desprende que dichas empresas sustentan su derecho a impedir la modificación del referido contrato en ciertas cláusulas contenidas en el Contrato de Concesión del FS y FSO, suscrito entre Fetrans y el Estado Peruano. En tal sentido, en la medida que se estaba demandando el cumplimiento de una misma obligación contractual, no resultaba razonable que dos personas jurídicas que alegan un mismo interés (el ser beneficiarios de una obligación de no-competir) interpusieran sendas acciones judiciales y solicitaran, cada una, el dictado de respectivas medidas cautelares.
172. En el caso bajo comentario, resulta evidente que existe una sola pretensión consistente en impedir la modificación del Contrato de Concesión del FC, y existe un solo interés consistente en el deseo de no enfrentar la posible competencia de FVCA. Frente a estos hechos, esta Comisión considera que el inicio de una pluralidad de acciones legales constituye un elemento indicador de que la voluntad de las denunciadas no era la de lograr un resultado favorable en cada proceso legal, sino la de incrementar el número de acciones legales con la finalidad de que el ingreso de un nuevo competidor, FVCA, no fuera seguro sino hasta que concluyeran todas las acciones legales iniciadas. Ello se ve reforzado con la naturaleza de las solicitudes de medida cautelar presentadas por Fetrans y Perurail que buscaban expresamente impedir la modificación del contrato de concesión del FC – y con ello el ingreso de FVCA – hasta la conclusión de los respectivos procesos legales.

#### **B) Sobre el procedimiento ante INDECOPI respecto del alquiler del material**

173. 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. (en adelante, Fersimsac), se debe recordar que las denunciadas también interpusieron diversas acciones judiciales destinadas a impedir que la Resolución 1122 surta efectos y, de este modo, impedir que Fetrans cumpla con la medida correctiva dictada por la Sala consistente en el cese de la negativa del alquiler del

material y el cumplimiento del deber de no discriminación, previsto en la cláusula 7.6 del Contrato de Concesión del FSO.

174. 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 Ositran contra la Resolución 064 que declaró infundada la denuncia contra Fetrans –, alegando que la Sala había infringido su derecho al debido proceso al conceder la impugnación interpuesta por Ositran 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. Asimismo, 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.
175. Al respecto, mediante Resolución 7 del 4 de abril de 2008, el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Perurail y, en consecuencia, declaró la nulidad de la Resolución 1825 y ordenó a INDECOP que se abstenga de dictar cualquier acto administrativo que tienda a desconocer la firmeza de la Resolución 064. Dicha resolución fue confirmada por la sentencia del 16 de noviembre de 2008 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
176. Por otra parte, 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 debido a que (i) se había interpretado de forma errada el Contrato de Concesión del FS y FSO, (ii) se había dictado una medida cautelar imprecisa y jurídicamente imposible, y (iii) la multa era arbitraria y desproporcionada. Asimismo, solicitaron que se declare que la Resolución 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.
177. Sobre el particular, mediante 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 del Procedimiento Administrativo General. Finalmente, 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).
178. Paralelamente, a raíz 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.

179. 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.
180. Por su parte, Perurail presentó una reconvencción 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.
181. Asimismo, 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.
182. Según la información aportada por las partes y la recabada por la Secretaria Técnica, el proceso declarativo iniciado por Fetrans y la reconvencción planteada por Perurail se encuentran pendientes de resolver en primera instancia.
183. En el siguiente cuadro se aprecian todas las acciones legales interpuestas por Fetrans y Perurail sobre la materia de este apartado:

**Cuadro 3**  
**Acciones legales interpuestas por las denunciadas en relación con el Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC (Acumulados)**

Accionante	Acción o Recurso Legal
Fetrans	a) Demanda contencioso administrativa
Perurail	e) Demanda de amparo f) Solicitud de medida cautelar
Fetrans	a) Demanda declarativa b) Solicitud de medida cautelar
Perurail	a) Reconvencción a demanda declarativa b) Solicitud de medida cautelar

Fuente: MTC, Fetrans, Perurail y Apofer.  
 Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

184. En relación con estos procesos legales, esta Comisión concuerda con lo expuesto en los numerales 318 a 328 del Informe Técnico, en el sentido que también existen elementos que reflejan que las denunciadas habrían ejercido de manera irregular el derecho de acción que les asiste, en particular, para cuestionar la Resolución 1122 y, consecuentemente, la medida correctiva ahí contenida.
185. A partir de la información que obra en el Expediente, esta Comisión constata que también existen pretensiones y argumentos comunes en las acciones legales entabladas por las denunciadas, que no justifican razonablemente el inicio de diversos procesos legales por parte de Fetrans y Perurail, cuando en realidad responderían a un solo interés.
186. En efecto, los argumentos utilizados en todos estos recursos legales resultan, en gran medida, coincidentes entre sí y vinculados principalmente a dos (2) aspectos: (i) la presunta admisión indebida de la apelación de Ositran, dispuesta por la Resolución 1825, que “revivió” el procedimiento administrativo sancionador seguido contra Fetrans, el cual había culminado en primera instancia con la Resolución 064, y (ii) las alegadas imprecisión e imposibilidad jurídica de cumplimiento de la medida correctiva dictada por la Resolución 1122.
187. El primer argumento sobre la firmeza de la Resolución 064 ha sido utilizado por Fetrans y Perurail para sustentar sus pretensiones tanto en la demanda contencioso-administrativa interpuesta por la primera, como en la demanda de amparo y consecuente solicitud de medida cautelar interpuestas por la segunda. Por su parte, el cuestionamiento a la medida correctiva dispuesta mediante Resolución 1122 ha sido el sustento común de la demanda contencioso administrativa, la demanda declarativa y consecuente solicitud de medida cautelar presentadas por Fetrans, y de la reconvenición a la demanda declarativa y subsiguiente medida cautelar interpuestas por Perurail. Es decir, el primer argumento se repite en un total de tres (3) acciones legales mientras que el segundo coincide en otras cinco (5), lo que evidencia claramente esta estrategia de efectuar un mismo cuestionamiento a través de varias vías legales.
188. El siguiente cuadro, incorporado también en el Informe Técnico, resulta ilustrativo para reflejar la existencia de argumentos comunes y paralelos en las diversas acciones legales planteadas por las denunciadas:

**Cuadro 4**  
**Acciones legales interpuestas y fundamentos en relación con el Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC (Acumulados)**

Accionante	Acción o Recurso Legal	Fundamento	Judicatura
Fetrans	Demanda contencioso administrativa contra la Resolución 1122.	<p>Se ha admitido el recurso de apelación de Ositran pese a que no era parte y ya había una decisión firme; y la Sala no se pronunció sobre dicho argumento expuesto por Perurail.</p> <p><b>Se ha dictado una medida correctiva imprecisa y jurídicamente imposible.</b></p> <p>Se ha interpretado de manera errada el Contrato de Concesión del FSO.</p> <p>Se ha impuesto una multa arbitraria y desproporcionada.</p>	4ta. Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la C.S.J.Lima  Corte Suprema de Justicia
Perurail	<p>a) Demanda de amparo contra la Resolución 1825 que declaró fundada la queja interpuesta por Ositran y admitió su recurso de apelación.</p> <p>b) Solicitud de medida cautelar para suspender efectos de Resolución 1825 y, consecuentemente, Resolución 1122.</p>	<p>a) Resolución 1825 revivió el procedimiento seguido contra Fetrans al admitir la apelación de Ositran pese a que no era parte.</p> <p><b>b) Existe el peligro de que un operador ferroviario distinto a Perurail solicite a Fetrans el arrendamiento del material,</b></p>	<p>a.1) Noveno Juzgado Civil de Lima.</p> <p>a.2) Primera Sala Civil de la C.S.J.Lima</p> <p>b) Noveno Juzgado Civil de Lima.</p>

Fetrans		requiriendo la devolución de Perurail.	
	<p>d) Demanda declarativa para resolver incertidumbre jurídica sobre cómo dar cumplimiento a la medida correctiva. dictada por Resolución 1122.</p> <p>e) Solicitud de medida cautelar para suspender todo trámite de solicitud de material.</p>	<p>a) Existe una incertidumbre jurídica sobre cómo cumplir con la medida correctiva dictada por la Resolución 1122.</p> <p>b) No se precisa cómo debe implementarse el cese de la negativa injustificada de arrendamiento de material.</p> <p>La decisión individual de Fetrans podría considerarse como un incumplimiento de la medida e incluso causal de caducidad de la Concesión del FSO.</p>	<p>a) - Juzgado Mixto de Wanchaq.</p> <p>b) - Juzgado Mixto de Wanchaq. - Primera Sala Civil de la C.S.J.Cuzco.</p>
Perurail	<p>c) Reconvencción a demanda declarativa interpuesta por Fetrans, solicitando que Fetrans se abstenga de requerir la devolución del material.</p> <p>d) Solicitud de medida cautelar para mantenerse en posesión del material y que Fetrans se abstenga de arrendario.</p>	<p>a) Fetrans no puede dejar de cumplir el contrato de arrendamiento de material celebrado con Perurail.</p>	<p>a) Juzgado Mixto de Wanchaq.</p> <p>b) - Juzgado Mixto de Wanchaq. - Primera Sala Civil de la C.S.J.Cuzco.</p>

Fuente: MTC, Fetrans, Perurail y Apofer.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

189. Esta estrategia de iniciar en paralelo varios procesos legales de diversa índole que comparten argumentos y objetivos comunes, constituye un indicador de una intención de las denunciadas de incrementar el número de acciones judiciales pendientes, con lo cual, la eficacia de la medida correctiva dictada por Resolución 1122 y la posibilidad de que algún operador pueda requerir el alquiler del material otorgado en concesión a Fetrans, estaría en cuestionamiento hasta el fin de cada uno de los procesos legales.
190. La Comisión coincide con el Informe Técnico en el sentido que el ejercicio válido del derecho de acción implicaría la incoación de un proceso legal con el objetivo real y legítimo de obtener un resultado favorable en el mismo. Sin embargo, en el presente caso, dado que existe coincidencia entre pretensiones y argumentos, no resulta razonable sostener que las denunciadas pretendían alcanzar un pronunciamiento favorable en cada uno de los procesos legales iniciados, sino únicamente lograr una pluralidad de acciones legales para que todas o alguna de ellas representen, en mayor o menor medida, barreras legales que impidan la competencia en el mercado de transporte ferroviario en el FSO.
191. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que el análisis que efectúa la Comisión en este apartado no implica, en modo alguno y contrariamente a lo argumentado por las denunciadas, una revisión, ni mucho menos un desacato de los pronunciamientos judiciales sobre esta materia. En efecto, el pronunciamiento de la Comisión en el presente caso no tiene ningún efecto sobre el procedimiento administrativo que se siguió ante INDECOPI por la negativa de Fetrans de alquilar el material que le fue otorgado en Concesión, y que según lo dispuesto por el Poder Judicial, culminó con la Resolución 064 que adquirió firmeza. En el presente procedimiento, el objeto de análisis es la forma en que Fetrans y Perurail han puesto en práctica su derecho de acción para cuestionar el trámite del procedimiento administrativo seguido ante INDECOPI y el pronunciamiento final de la Sala, forma que, a criterio de la Comisión, resulta un ejercicio ilegítimo, con prescindencia del resultado final de cada una de sus acciones legales.
192. En ese sentido, si bien la Comisión reconoce que puede haber un interés concreto subyacente al cuestionamiento de la Resolución 1122 en la medida que éste fue desfavorable para las denunciadas, ello no justifica la estrategia adoptada por éstas consistente en entablar diversos procesos ante diversas jurisdicciones que provoquen el establecimiento de sendas barreras judiciales que impidan que la referida Resolución 1122 surta efectos o, por lo menos, retrasen o generen incertidumbre respecto de su vigencia, con lo cual se podría excluir a potenciales competidores de Perurail del acceso al material otorgado en concesión a Fetrans.

### **C) Sobre los permisos de operación del servicio de transporte ferroviario**

193. En lo que concierne a los procedimientos para la obtención del permiso de operación de eficacia restringida para prestar el servicio de transporte ferroviario en el FSO, a partir de la información que obra en el Expediente, se puede apreciar que Fetrans, con la participación de PTR, interpusieron diversos recursos dirigidos a

cuestionar los permisos de operación solicitados por nuevos entrantes (Andean Railways, Wyoming Railways e Inca Rail) y a solicitar la suspensión de su eficacia.

194. En el caso de **Andean Railways**, se tiene que frente a su solicitud del 12 de abril de 2007, PTR presentó unos 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.
195. 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.
196. 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 Reglamento, para lo cual reiteró y amplió los argumentos expuestos por PTR.
197. Mediante Resolución 526-2007-MTC/02 del 13 de agosto de 2007, el Viceministerio de Transportes declaró fundado el recurso de apelación 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.
198. 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.
199. Al respecto, 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.
200. 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.
201. No obstante, el 21 de marzo de 2008, Fetrans interpuso una demanda contenciosa administrativa contra la Resolución 1040-2007-MTC/02, con la finalidad de que se declare su nulidad. Según la información aportada por las denunciadas, dicho proceso se encuentra en primera instancia, pendiente de resolver.
202. Un caso similar ocurrió con el permiso de operación solicitado el 10 de mayo de 2007 por **Wyoming Railways**, el cual fue concedido por Resolución Directoral 037-2007-MTC/14<sup>86</sup> del 13 de junio de 2007.
203. Al respecto, 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.

---

<sup>86</sup> Cabe señalar que la primera solicitud presentada por Wyoming Railways el 8 de enero de 2007 fue denegada mediante Resolución 009-2007-MTC/14 del 27 de febrero de 2007, al no haberse subsanado las observaciones realizadas por la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC.

204. 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.
205. 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.
206. Frente a ello, 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 del Procedimiento Administrativo General. 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: (i) identificar a sus accionistas, (ii) presentar los documentos que acreditaban su experiencia en la prestación de servicios de transporte ferroviario, y (iii) presentar la relación de su personal clave.
207. Ante ello, el 12 de febrero de 2008, Fetrans interpuso recurso de apelación contra la Resolución 068-2007-MTC/14, el cual fue desestimado 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.
208. Finalmente, en el caso de **Inca Rail**, mediante Resolución 078-2007-MTC/14 del 30 de setiembre de 2007<sup>87</sup>, la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC accedió a su solicitud de permiso de operación del 18 de setiembre de 2007.
209. 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 del Procedimiento Administrativo General, 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.
210. Al respecto, esta oposición fue desestimada por la propia Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC mediante Informe 005-2008-MTC/14.08, dado que

---

<sup>87</sup> Cabe señalar que la primera solicitud presentada por Inca Rail el 3 de agosto de 2007 fue denegada mediante Resolución 052-2007-MTC/14 del 29 de agosto de 2007, al no haberse cumplido con todos los requisitos previstos en el artículo 106 del RNF.

Inca Rail cumplió con: (i) sustentar la experiencia ferroviaria de la empresa gestora, Turistren; y, (ii) 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.

211. Ante ello, 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.
212. En relación con estos procedimientos, esta Comisión considera relevante resaltar la insistencia con la que han actuado Fetrans y PTR para cuestionar los permisos de operación solicitados por nuevas empresas de transporte ferroviario interesadas en ingresar al FSO, y limitar la vigencia de dichos permisos, pudiéndose apreciar hasta diez (10) recursos interpuestos por dichas empresas:

**Cuadro 5**  
**Número y tipo de recursos legales interpuestos por las denunciadas según solicitante de permiso de operación**

Empresa solicitante	Número de recursos en su contra	Detalle
Andean Railways	4	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Oposición a la solicitud de permiso de operación.</li> <li>- Apelación contra la R.D. que otorgó el primer permiso de operación.</li> <li>- Apelación contra la R.D. que otorgó el segundo permiso de operación.</li> <li>- Demanda contencioso administrativa contra la R.V.M. que declaró infundada su apelación contra el segundo permiso de operación.</li> </ul>
Wyoming Railways	4	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Suspensión de la vigencia de la R.D. que otorgó el primer permiso de operación.</li> <li>- Apelación contra la R.D. que otorgó el primer permiso de operación.</li> <li>- Denuncia y oposición a la R.D. que otorgó el segundo permiso de operación.</li> <li>- Apelación contra la decisión de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles del MTC que declaró infundada su oposición.</li> </ul>
Inca Rail	2	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Denuncia y oposición a la R.D. que otorgó el permiso de operación.</li> <li>- Apelación contra la R.D. que otorgó el permiso de operación.</li> </ul>

Fuente: MTC, Fetrans y Apofer.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

213. En relación con la actuación de Fetrans, que presentó la mayoría de los diversos recursos de oposición y apelación, dicha empresa sustentó contar con un legítimo interés para intervenir en los procedimientos para obtener el permiso de operación correspondiente, en el hecho de que las solicitantes no habrían cumplido con los requisitos legales establecidos en el artículo 106 del RNF. Dicho incumplimiento, según Fetrans, la perjudicaría puesto que, según los artículos 7.7 y 12.2 del Contrato de Concesión, sería responsable solidaria frente a cualquier incumplimiento o daño realizado por los operadores ferroviarios, por lo que sólo debería permitirse el acceso a las vías férreas a los operadores que cumplieran con el marco legal.
214. Sobre el particular, esta Comisión coincide con lo señalado en los numerales 278 a 293 del Informe Técnico, puesto que el propio Contrato de Concesión contempla los mecanismos adecuados para que (i) el Concesionario resguarde el acceso a las vías férreas, permitiéndolo únicamente a aquellos operadores que cumplan con las normas técnicas de seguridad; y, (ii) se tutele su patrimonio derivado de un eventual daño que produzcan los operadores ferroviarios, al exigirse que estos cuenten con las pólizas de seguro para cubrir los posibles daños que se produzcan durante el desarrollo de sus actividades.
215. Las denunciadas han argumentado en sus alegaciones al Informe Técnico y en la audiencia de informe oral que las medidas previstas en el Contrato de Concesión no resultan suficientes para garantizar eventuales pérdidas patrimoniales que podrían generarse como consecuencia de la actividad de los nuevos operadores ferroviarios. No obstante, las denunciadas no han probado fehacientemente que la naturaleza de los daños eventualmente ocasionados por los nuevos operadores y que pueda motivar la responsabilidad solidaria de Fetrans, pueda exceder la cobertura otorgada por los seguros exigibles a los operadores, siendo que la experiencia en el FSO tampoco permite constatar la afirmación de las denunciadas.
216. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en consideración que los mecanismos habilitados a Fetrans para el control del cumplimiento de las normas de seguridad y estándares técnicos en la prestación del servicio de transporte ferroviario, y de la cobertura de daños por parte de los operadores ferroviarios, se encuentran previstos en el propio Contrato de Concesión que ha sido suscrito, en señal de aceptación, por el concesionario. Así, los procedimientos administrativos para verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 106 del RNF a efectos de otorgar un permiso de operación no constituyen el escenario propio para que el Concesionario pueda tutelar sus alegados intereses económicos particulares, sino que se trata de una tarea de control estatal, en la que no intervienen los intereses privados del concesionario, quien, como ya se ha señalado, cuenta con distintas vías pertinentes para tutelarlos.
217. De este modo, la Comisión considera, en sintonía con lo expuesto en el Informe Técnico, que existen elementos indicadores que permiten inferir que los diversos recursos interpuestos por las denunciadas no tendrían realmente por finalidad evitar una eventual responsabilidad solidaria de Fetrans, 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.

218. En tal sentido, todas las acciones legales interpuestas por las denunciadas no le otorgarían a Fetrans ningún beneficio económico adicional al que ya le garantizaban los mecanismos de control previstos en el Contrato de Concesión, siendo que, por el contrario, un litigante razonable no hubiera asumido el costo de estos procesos, a no ser que mediara un beneficio ulterior, como el de excluir a los competidores del mercado.
219. Ello se observa más claramente en el caso de PTR que, sin ser accionista directo de Fetrans – el supuesto eventual afectado por el incumplimiento de los nuevos operadores ferroviarios de las exigencias del RNF – remitió dos escritos al MTC, oponiéndose al otorgamiento del permiso de operación solicitado por Andean Railways, a pesar de que ello no le generaría ningún beneficio económico directo.
220. Asimismo, la Comisión, en concordancia con el Informe Técnico, también tiene en consideración el contenido y la similitud de los fundamentos utilizados en los diferentes recursos planteados por las denunciadas respecto de las solicitudes presentadas por Andean Railways, Wyoming Railways e Inca Rail, que a modo de resumen se pueden apreciar en el siguiente cuadro:

**Cuadro 6  
Fundamentos de los recursos interpuestos por las denuncias contra las solicitudes de permiso de operación**

Solicitante	Permiso de Operación	Recurso	Fecha	Accionante	Interés	Fundamento	Resolución
ANDREAN RAILWAYS	Res. 033-2007 MTC/14	Oposición	2007-06-30	Peruvian Trains Railways	Derecho a formular oposición	<ol style="list-style-type: none"> <li>Solicitante oculta información sobre accionistas que estarían vinculadas con el operador del FC.</li> <li>Falta de experiencia en transporte ferroviario. No se ha acreditado 5 años de experiencia en transporte ferroviario de pasajeros.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>No se cumplió con presentar los estados financieros</li> <li>No se ha acreditado incumplimiento. Hay una declaración jurada indicando que no hay vinculación con otro</li> <li>No se ha acreditado vinculación del Sr. Robertson con FVCA y FCA al momento de solicitar el permiso de operación.</li> <li>No se cumplió con presentar estados financieros completos</li> <li>No se ha incumplido el requisito de designar el personal clave</li> <li>Se ha presentado declaración jurada que compromete la vigencia del Contrato</li> </ol>
		Apelación	2007-07-02	Fetrans	<ol style="list-style-type: none"> <li>El Concesionario solo debe permitir el acceso a la vía férrea si el operador cumple con el marco legal.</li> <li>Responsabilidad Solidaria (cláusula 7.7 del Contrato de Concesión)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>Falta copia de los estados financieros de los 5 últimos años. Se necesita solvencia para la responsabilidad solidaria</li> <li>No identifica a sus verdaderos accionistas ni señala monto del capital social</li> <li>Sr. Robertson (personal clave de Andean) tiene vinculación con FVCA y FCA al desempeñarse como Director Ejecutivo, y FVCA está obligado a no operar en transporte ferroviario de pasajeros.</li> <li>Falta certificado de autoridad competente que acredite experiencia en transporte ferroviario. No se ha acreditado 5 años de experiencia en transporte ferroviario de pasajeros</li> <li>Se designa a una sola persona como personal clave</li> <li>Deficiencias en el contrato de gestión presentado.</li> </ol>	
	Res. 068-2007 MTC/14	Apelación	2007-10-11	Fetrans	<ol style="list-style-type: none"> <li>El Concesionario solo debe permitir el acceso a la vía férrea si el operador cumple con el marco legal.</li> <li>Responsabilidad Solidaria (cláusula 7.7 del Contrato de Concesión)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>No identifica a sus verdaderos accionistas ni señala monto del capital social</li> <li>Falta certificado de autoridad competente que acredite experiencia en transporte ferroviario. No se ha acreditado 5 años de experiencia en transporte ferroviario de pasajeros</li> <li>Deficiencias en el contrato de gestión presentado.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>No se ha acreditado incumplimiento. Hay una declaración jurada indicando que no hay vinculación con otro concesionario</li> <li>Si se cumple con acreditar experiencia en transporte ferroviario</li> <li>No se han verificados problemas con el contrato de gestión.</li> </ol>
		Demanda Contencioso Administrativa	2008-03-21	Fetrans		<ol style="list-style-type: none"> <li>No identifica a sus verdaderos accionistas ni señala monto del capital social</li> <li>Falta certificado de autoridad competente que acredite experiencia en transporte ferroviario. No se ha acreditado 5 años de experiencia en transporte ferroviario de pasajeros.</li> </ol>	
		Suspensión	2007-07-04	Fetrans	Derecho de petición	<ol style="list-style-type: none"> <li>El Concesionario solo debe permitir el acceso a la vía férrea si el operador cumple con el marco legal.</li> <li>Responsabilidad Solidaria (cláusula 7.7 del Contrato de Concesión)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>No se ha acreditado incumplimiento. Hay una declaración jurada indicando que no hay vinculación con otro concesionario</li> <li>Si se cumple con acreditar experiencia en transporte ferroviario</li> <li>No se han verificados problemas con el contrato de gestión.</li> </ol>
		Apelación	2007-07-11	Fetrans		<ol style="list-style-type: none"> <li>El Concesionario solo debe permitir el acceso a la vía férrea si el operador cumple con el marco legal.</li> <li>Responsabilidad Solidaria (cláusula 7.7 del Contrato de Concesión)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>Falta copia de los estados financieros de los 5 últimos años. Se necesita solvencia para la responsabilidad solidaria</li> <li>Falta certificado de autoridad competente que acredite experiencia en transporte ferroviario. No se ha acreditado 5 años de experiencia en transporte ferroviario de pasajeros.</li> <li>Se designa solo a dos personas como personal clave.</li> <li>Deficiencias en el contrato de gestión presentado.</li> </ol>
WYOMING RAILWAYS	Res. 068-2007 MTC/14	Oposición	2007-11-23	Fetrans	<ol style="list-style-type: none"> <li>Derecho de formular denuncias</li> <li>Responsabilidad Solidaria (cláusula 7.7 del Contrato de Concesión)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>No identifica a los accionistas de las empresas que la conforman y ha presentado información contradictoria con la que obra en Registros Públicos.</li> <li>Falta de experiencia en transporte ferroviario. No se ha acreditado 5 años de experiencia en transporte ferroviario de pasajeros.</li> <li>Se designa solo a dos personas como personal clave.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>Oficio 0053-2008-MTC/14 adjunta Informe 004-2008-MTC/14.08 de la Dirección General de Caminos y Ferrocarriles: INFUNDADA la Oposición.</li> </ol>
		Apelación	2008-02-11	Fetrans		<ol style="list-style-type: none"> <li>Wyoming no identifica a sus accionistas ni se ha desvirtuado la información contradictoria sobre sus accionistas.</li> <li>Falta certificado de autoridad competente que acredite experiencia en transporte ferroviario. No se ha acreditado 5 años de experiencia en transporte ferroviario de pasajeros.</li> <li>No se acredita el vínculo laboral existente con las personas designadas como personal clave.</li> <li>No se acredita experiencia de transporte de pasajeros en los últimos 5 años</li> <li>Deficiencias en el contrato de gestión presentado.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>Informe 048-2008-MTC/14.08: La Apelación carece de fundamentos.</li> </ol>
	Oposición	2007-11-27	Fetrans	<ol style="list-style-type: none"> <li>Derecho de formular denuncias</li> <li>Responsabilidad Solidaria (cláusula 7.7 del Contrato de Concesión)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>No se cuenta con certificación de experiencia</li> <li>No se han verificados problemas con el contrato de gestión.</li> </ol>		

Fuente: MTC y Apófer.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

221. Sobre el particular, se pueden distinguir dos (2) momentos en torno a las acciones legales interpuestas por Fetrans en los procedimientos de solicitud de permisos de operación: (i) las acciones realizadas contra los primeros permisos de operación otorgados a Andean Railways (la oposición y la apelación contra la Resolución 033-2007-MTC/14) y a Wyoming Railways (la oposición y la apelación contra la Resolución 037-2007-MTC/14); y, (ii) las acciones realizadas contra los segundos permisos de operación otorgados a Andean Railways (la apelación y la demanda contencioso administrativa contra la Resolución 058-2007-MTC/14) y a Wyoming Railways (la oposición y la apelación contra la Resolución 068-2007-MTC/14), y contra el permiso de operación otorgado a Inca Rail (apelación contra la Resolución 078-2007-MTC/14).
222. Un factor relevante que motiva la distinción entre estos dos (2) momentos consiste en la modificación del artículo 106 del RNF. Efectivamente, entre ambas etapas se emitió y entró en vigencia el Decreto Supremo 031-2007-MTC, que modificó el mencionado dispositivo normativo.
223. Como se puede apreciar en el Cuadro 6, durante la primera etapa, las denunciadas alegaban, entre otras cosas, que las empresas solicitantes no habían cumplido con dos (2) de los requisitos establecidos en el artículo 106 del RNF: (i) presentar la copia 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. Mediante resoluciones de segunda instancia, el Viceministerio de Transportes del MTC declaró fundadas las apelaciones, exclusivamente en estos extremos y, en consecuencia, declaró la nulidad de las resoluciones que concedieron los permisos de operación.
224. Sin embargo, posteriormente, las autoridades competentes dispusieron la modificación del artículo 106 del RNF, lo que abarcó, entre otras cosas, la eliminación de los mencionados dos (2) requisitos para la obtención de un permiso de operación.
225. En este contexto, durante la segunda etapa, las empresas Andean Railways, Wyoming Railways, nuevamente, e Inca Rail, por primera vez, solicitaron el otorgamiento de un permiso de operación. En estos procedimientos, Fetrans interpuso recursos de oposición y apelación contra el otorgamiento de los permisos de operación solicitados. Para fundamentar sus recursos, la empresa denunciada reiteró algunos de los mismos argumentos que había utilizado en los recursos interpuestos en la primera etapa, en particular: (i) la no identificación de sus verdaderos accionistas; (ii) las deficiencias existentes en el contrato de gestión presentado; y (iii) el no cumplir con presentar la relación del personal clave.
226. Los recursos legales de Fetrans fueron interpuestos pese a que estos alegatos habían sido desestimados en los procedimientos sobre solicitudes de permiso de operación correspondientes a lo que hemos identificado como la primera etapa. Así, considerando que se había modificado el artículo 106 de la RNF y que los cuestionamientos que había realizado en un primer momento habían sido desestimados, era previsible para Fetrans esperar que los recursos legales interpuestos no tendrían éxito en el fondo, presunción que efectivamente se

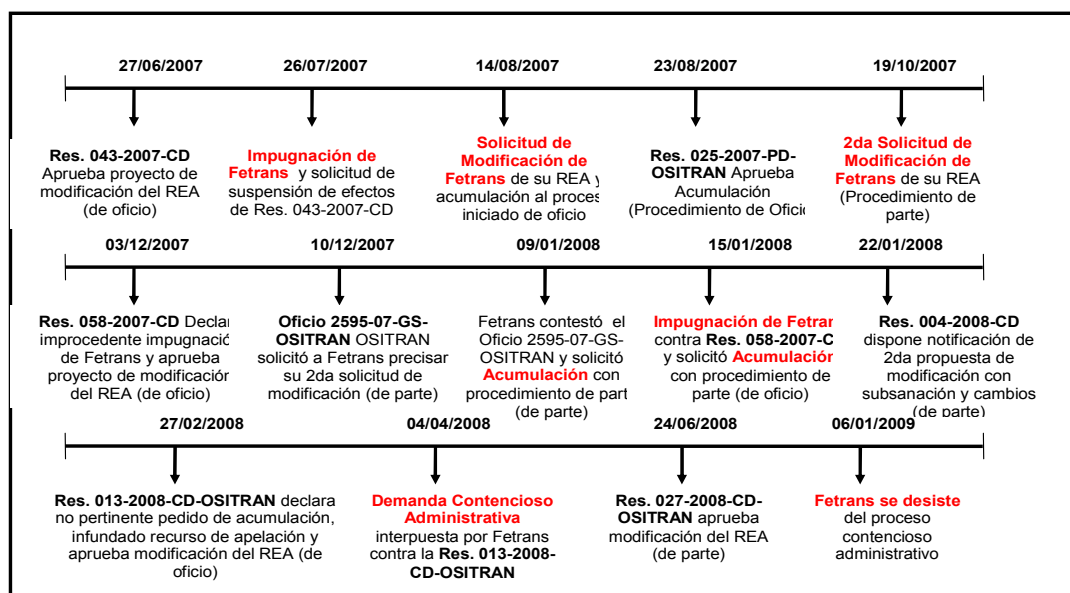
confirmó con los pronunciamientos del MTC que desestimaron todos los recursos que interpuso Fetrans en esta segunda etapa (la apelación contra la Resolución 058-2007-MTC/14, la oposición y la apelación contra la Resolución 068-2007-MTC/14, y la oposición contra la Resolución 078-2007-MTC/14).

227. De este modo, a partir del contenido y fundamentos de los recursos interpuestos por Fetrans en esta segunda etapa, se puede concluir que estas acciones no respondían a un interés de la denunciada de obtener un resultado favorable sino que tenían por finalidad mantener en vigencia los referidos procedimientos, con lo cual, la eficacia de los permisos de operación de los nuevos entrantes quedaría bajo cuestionamiento, lo que pondría en riesgo su ingreso al mercado y su inversión.
228. Todos estos elementos constituyen, a criterio de esta Comisión, indicadores relevantes de que las acciones legales interpuestas por Fetrans y PTR no constituirían un ejercicio legítimo de sus derechos de petición y acción sino que, por el contrario, tenían por objeto desincentivar, retrasar o poner en riesgo el ingreso de nuevos operadores al mercado de transporte ferroviario en el FSO.

#### D) Sobre el REA de Fetrans

229. Respecto de la modificación del REA de Fetrans, esta Comisión constata, a partir de la información que obra en el Expediente, que Fetrans efectuó diversas solicitudes cuyo efecto fue el de dilatar el procedimiento de modificación.
230. Sobre el referido procedimiento y el detalle de las actuaciones realizadas por Fetrans, esta Comisión se remite a lo expuesto en los numerales 356 a 366 del Informe Técnico, que pueden ser resumidos en el siguiente gráfico:

Gráfico 2



Fuente: Ositran y Fetrans.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

231. Como se puede apreciar, a la fecha se han tramitado de forma paralela dos (2) procedimientos ante Ositran con la finalidad de modificar el REA de Fetrans:
- a) Procedimiento iniciado de oficio por Ositran y acumulado con la primera solicitud de Fetrans de modificación del REA; y,
  - b) Procedimiento iniciado por la segunda solicitud de Fetrans de modificación del REA.
232. En relación con la oposición de Fetrans a la Resolución 043-2007-CD-OSITRAN y el resto de recursos presentados por esta empresa para impugnar las resoluciones que confirman la Resolución 043-2007-CD-OSITRAN, se puede observar que todos estos recursos tienen en común dos (2) grandes objetivos: (i) cuestionar la interpretación realizada por Ositran para determinar quién o quiénes tenían la titularidad para solicitar o proponer modificaciones al REA de una entidad prestadora, de acuerdo a lo dispuesto por el el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público de Ositran (en adelante, el REMA); y, (ii) detallar las razones por las que no están de acuerdo con las modificaciones señaladas.
233. Por otra parte, respecto de la primera solicitud de modificación, Fetrans señaló, entre otras cosas, su desacuerdo con el sentido de las modificaciones planteadas por Ositran en la Resolución 043-2007-CD-OSITRAN. Sin embargo, reconoció la necesidad de modificar los aspectos relacionados con los montos establecidos para la contratación de las pólizas de seguro y la carta fianza, y por ello planteó su propia propuesta. Asimismo, propuso incorporar un régimen de infracciones y sanciones.
234. Al respecto, en concordancia con el Informe Técnico, esta Comisión considera que, con prescindencia del resultado desfavorable para Fetrans, los recursos interpuestos por ella efectivamente tuvieron como finalidad proteger un interés legítimo, consistente en determinar la titularidad para proponer la modificación de su REA, y cuestionar las modificaciones a los requisitos para acceder al FSO dispuesto en su REA, establecidos con la finalidad de asegurar que los operadores que ingresen a prestar el servicio de transporte en el FSO cumplan con ciertas condiciones necesarias para resguardar la integridad y seguridad de la infraestructura, así como de las operaciones ferroviarias.
235. No obstante, la actuación de Fetrans consistente en presentar nuevas solicitudes de modificación de su REA y pedir la acumulación de estas nuevas solicitudes con el primer procedimiento iniciado de oficio, constituye un fuerte elemento indicador de una estrategia dirigida a retrasar el procedimiento de modificación de su propio REA.
236. Si bien Fetrans tiene el derecho de proponer la modificación de su REA, de considerarlo necesario, el ejercicio de este derecho no debe ser abusivo. Así, Fetrans presentó una primera solicitud de modificación de su REA el 14 de agosto de 2007. Luego, presentó una segunda solicitud de modificación el 19 de octubre de 2007, la misma que incluso fue modificada por tercera vez, el 9 de enero de 2008 al absolver el requerimiento de Ositran formulado mediante Oficio

2595-07-GS-OSITRAN del 10 de diciembre de 2007. Estas continuas y distintas propuestas de modificación de su REA – que además reiteraban fundamentos y versaban sobre el monto de las pólizas de seguros y la carta fianza, aspectos que fueron previamente incluidos en la primera solicitud de modificación – tuvieron por efecto el aplazamiento del proceso de modificación del REA de Fetrans.

237. Considerando el procedimiento previsto en el REMA para la modificación del Reglamento de Acceso de una entidad prestadora, dicho procedimiento podría tener una duración aproximada de treinta y cinco (35) días hábiles. Empero, el procedimiento de oficio de modificación del REA de Fetrans tuvo una duración de ocho (8) meses; mientras que el procedimiento de parte tuvo una duración de ocho (8) meses y cinco (5) días. Ello se debió en gran medida a las nuevas solicitudes de modificación de Fetrans, que ocasionaban en la práctica que el procedimiento de modificación del REA volviera a una etapa inicial.
238. Además, debe tenerse en cuenta que Fetrans presentó nuevas propuestas de modificaciones a su REA el 19 de octubre de 2007 y el 9 de enero de 2008, esto es, aproximadamente cuatro (4) y seis (6) meses después del inicio del procedimiento de modificación dispuesto mediante Resolución 043-2007-CD-OSITRAN y dos (2) y cuatro (4) meses después de que se admitiera a trámite su primera solicitud de modificación mediante Resolución 025-2007-PD, respectivamente.
239. La conducta dilatoria de Fetrans y reñida con un ejercicio legítimo de su derecho de petición fue advertida por el propio Ositran, entidad que señaló expresamente en la Resolución 013-2008-CD-OSITRAN<sup>88</sup>:

*“(…) 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)

240. A ello debe añadirse las solicitudes de Fetrans de acumulación de sus nuevos pedidos con el procedimiento iniciado de oficio mediante Resolución 043-2007-CD-OSITRAN, que aplazarían el final de este último al tener que retrotraerlo a las etapas iniciales de los nuevos procedimientos.
241. Estas dos acciones conjuntas (reiteradas solicitudes de modificación del REA y de acumulación de procesos), interpuestas cuando ya se encontraba en trámite y próximo a resolver el primer procedimiento de modificación del REA, constituyen, a criterio de esta Comisión, fuertes elementos indicadores de un ejercicio abusivo del derecho de petición de Fetrans, a efectos de retrasar el momento de entrada

---

<sup>88</sup> Resolución 013-2008-CD-OSITRAN del 27 de febrero del 2008.

en vigencia del nuevo REA, que permitiría el ingreso de nuevos operadores ferroviarios al FSO.

**E) Sobre la modificación del RNF**

242. Tal como se ha desarrollado en el Informe Técnico, las denunciadas también interpusieron acciones judiciales frente a la modificación del artículo 106 del RNF, aprobada mediante Decreto Supremo 031-2007-MTC, que significó el cambio y la reducción de algunos de los requisitos exigidos para la obtención de los permisos de operación de transporte ferroviario.
243. Frente a esta modificación, obra en el Expediente la información sobre las acciones legales interpuestas por las denunciadas, dirigidas esencialmente a cuestionar su eficacia y aplicación:

**Cuadro 7  
Acciones legales contra la modificación del RNF**

<b>Demandante</b>	<b>Recurso o Acción</b>	<b>Judicatura</b>
Fetrans	- Acción Popular contra el Decreto Supremo 031-2007-MTC por considerar ilegal e inconstitucional la modificación del RNF.	Corte Superior de Justicia de Lima
Peruval	- Demanda de Amparo a fin de que se declare inaplicable a Fetrans el Decreto Supremo 031-2007-MTC  - Medida Cautelar contra el MTC para que se suspendan los efectos de la modificación del RNF respecto de Peruval y Fetrans.  - Segunda Medida Cautelar contra el MTC para que se suspendan los efectos de la modificación del RNF respecto de Peruval y Fetrans.	Juzgado Mixto de Wanchaq  Juzgado Mixto de Wanchaq  Juzgado Mixto de Wanchaq

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

244. En primer lugar, 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; ello como consecuencia de la flexibilización de los requisitos para obtener un permiso de operación que – según la denunciada – generaría un mayor riesgo para Fetrans, considerando que según el Contrato de Concesión, dicha empresa sería responsable solidaria conjuntamente con los nuevos operadores por los daños que se generen en la prestación de los servicios de transporte ferroviario. En razón de ello, solicitó que se declare inaplicable el Decreto Supremo 031-2007-MTC respecto de Fetrans.
245. Dicha demanda fue declarada fundada por Resolución 28 del Juzgado Mixto de Wanchaq. Sin embargo, en segunda instancia fue revocada por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco mediante Resolución 56 del 31 de marzo de 2009. Ante ello, Peruval interpuso recurso de agravio constitucional, frente a lo cual, el 6 de abril de 2010, el Tribunal Constitucional declaró, por

decisión en mayoría, la nulidad de lo actuado en el proceso y la devolución del expediente a primera instancia para que se cumpla con notificar la sentencia de primera instancia al titular y representante legal del MTC, y verificar si el Viceministro de Transportes del MTC contaba con facultades de representación de dicha entidad<sup>89</sup>.

246. Asimismo, en dicho proceso, el 17 de diciembre de 2007, Peruval solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar a efectos de que, provisionalmente y mientras dure el trámite del proceso de amparo, se suspendan para Peruval y Fetrans, los efectos del Decreto Supremo 031-2007-MTC. Al respecto, mediante Resoluciones 1 y 2 del Juzgado Mixto de Wanchaq del 28 de diciembre de 2007 y 12 de junio de 2008, respectivamente, se concedió dicha medida. Sin embargo, mediante Resolución 2 del 23 de setiembre de 2008 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco se revocó la medida.
247. Posteriormente, el 23 de enero de 2009, Peruval solicitó nuevamente una medida cautelar bajo los mismos términos que la anterior, la cual fue concedida en primera instancia por el Juzgado Mixto de Wanchaq mediante Resolución 2 del 28 de enero de 2009, y posteriormente revocada por Resolución 18 del 2 de junio de 2009 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.
248. Fetrans, por su parte, interpuso una demanda de acción popular con la finalidad de que se declare que el artículo 1 del Decreto Supremo 031-2007-MTC – artículo que modificó el artículo 106 del RNF – es nulo por resultar contrario a la Constitución Política y al ordenamiento aplicable en materia de concesiones de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, por: (i) haberse dictado en contravención del artículo 103 de la Constitución, norma que prohíbe legislar en razón de las diferencias de las personas, y (ii) vulnerar la garantía de estabilidad contractual. Dicha demanda fue declarada infundada por Resolución 53 del 5 de octubre de 2009 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, pronunciamiento que ha sido apelado por Fetrans y que actualmente se encuentra en trámite ante la Corte Suprema.
249. Como se puede apreciar, una vez más, las denunciadas iniciaron procesos judiciales de manera paralela, a través de los cuales, se presentaba una misma pretensión de fondo, la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma reglamentaria, el Decreto Supremo 031-2007-MTC, a favor de Fetrans. Asimismo, ambas demandas judiciales comparten un mismo fundamento: la alegada alteración al Contrato de Concesión suscrito por Fetrans, en la medida que no se estarían respetando las condiciones preexistentes para operar en el FSO que sí fueron exigidas a Fetrans en su momento. Ello, a entender de las accionantes, perjudicaría a Fetrans, en particular, considerando la responsabilidad solidaria que tiene junto con los operadores ferroviarios.
250. Las ideas precedentes se ven reforzadas con la revisión de los términos de la demanda de Peruval, que solicita expresamente que la acción de amparo favorezca a Fetrans:

---

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de abril de 2010 (Exp. N.º 02757-2009-PA/TC), aprobada en mayoría con el voto de 4 magistrados. Los otros 3 magistrados, en minoría, se pronunciaron a favor de declarar improcedente la demanda de amparo de Peruval.

*“(…) Es así que el Decreto Supremo 031-2007-MTC amenaza con violar la seguridad jurídica de la recurrente y con ello viola nuestro ordenamiento constitucional por lo que su aplicación debe ser suspendida en lo que respecta a Fetrans”<sup>90</sup>.*

251. A criterio de esta Comisión, la incoación en paralelo de dos (2) procesos constitucionales, que en la práctica persiguen una misma finalidad para los accionantes, constituye un elemento indicador de que estas acciones no respondían al objetivo de alcanzar un resultado favorable en ambos procesos. Por el contrario, una vez más, la estrategia subyacente a esta actuación procesal sería la de incrementar el número de acciones legales, con lo cual, no sólo la validez y vigencia del RNF modificado estaría bajo cuestionamiento, sino también los permisos de operación obtenidos por los nuevos entrantes al mercado y, consecuentemente, su inversión.
252. Efectivamente, la finalidad ulterior de conseguir la ineficacia o suspensión de los permisos de operación de los nuevos entrantes (y, con ello, impedir o retrasar la competencia en el transporte ferroviario en el FSO) se constata con las solicitudes de Peruval de dos (2) medidas cautelares de similar naturaleza. En ambas acciones legales, Peruval solicitó la inaplicación provisional del Decreto Supremo 031-2007-MTC, con la finalidad de suspender los permisos de operación obtenidos al amparo de la referida norma. Estas 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.
253. En virtud de lo expuesto en el presente acápite, esta Comisión también considera que las acciones legales interpuestas paralelamente por Fetrans y Peruval, constituyen elementos indicadores de un ejercicio abusivo del derecho de acción de las denunciadas, con el objeto de incrementar el número de acciones legales para impedir, retrasar o poner en riesgo la competencia de nuevos operadores en el mercado de transporte ferroviario en el FSO.

#### **F) Análisis conjunto de las acciones legales interpuestas**

254. En los acápites precedentes se ha hecho una revisión de los procesos legales entablados por las denunciadas, y se ha podido extraer algunos elementos indicadores de que el objetivo real o ulterior de la incoación de dichas acciones legales no sería precisamente la tutela de sus derechos en cada uno de estos procesos.
255. En efecto, esta Comisión coincide con el análisis global de estos procesos legales expuesto en el Informe Técnico, en el sentido que se verifica que estas acciones legales no tenían por objeto la protección de los intereses económicos de las denunciadas, que se condiga con un ejercicio razonable de sus derechos de acción y petición.

---

<sup>90</sup> Demanda de amparo interpuesta por Peruval, que obra a fojas 1657-1667 del Expediente.

256. Así, en la actuación de las denunciadas se encuentra un patrón común de entablar procesos legales en paralelo que compartían las mismas pretensiones materiales y fundamentos (los procesos iniciados por Fetrans y Perurail respecto al procedimiento seguido ante INDECOPI por la negativa de Fetrans a alquilar el material, los procesos iniciados por Fetrans y Perurail oponiéndose a la modificación del Contrato de Concesión del FC, y los procesos iniciados por Fetrans y Peruval cuestionando la modificación del RNF). La pluralidad de acciones en este caso no otorgaba un valor adicional a las denunciadas, toda vez que, al tratarse materialmente de una misma pretensión, uno o más resultados favorables le otorgarían el mismo beneficio; de lo que se concluye que su objetivo al iniciar estas acciones legales no era la obtención de un resultado favorable en cada una de ellas.
257. Por otra parte, también se puede constatar que las denunciadas carecían de un verdadero interés en la obtención de un resultado favorable y que, más bien, se encontraban motivadas por el objetivo de retrasar o poner en riesgo el ingreso de nuevos competidores al mercado de transporte ferroviario en el FSO. Ello se puede apreciar en el hecho de que diversas acciones legales no contaban con una expectativa razonable de éxito, al haberse desestimado previamente sus fundamentos (las oposiciones de Fetrans a los permisos de operación en la denominada “segunda etapa”).
258. Asimismo, el hecho de que estas acciones legales hayan sido interpuestas por más de una de las denunciadas, aun cuando (como se ha visto en el acápite IV.1.) compartían un mismo interés, evidencia también la estrategia dirigida a incrementar el número de procesos legales que pudieran representar barreras legales de acceso al mercado.
259. En este sentido, al incrementar el número de acciones legales, las denunciadas conseguían diversos efectos negativos para la competencia. Así, en primer lugar, se incrementaban los costos de litigación para los nuevos competidores o para las entidades públicas demandadas.
260. Al respecto, la literatura económica indica que un conjunto de acciones legales puede constituir una estrategia predatoria<sup>91</sup> que tendría efectos similares a los de una predación de precios<sup>92</sup>. Así, una serie de acciones legales incrementaría los costos de entrada de un nuevo competidor, que deberá incurrir en los costos asociados a los litigios<sup>93</sup>. Las acciones legales implican una serie de costos para la empresa predatoria, costos que no están relacionados con el nivel de ventas en el mercado relevante. Por ello, una empresa predatoria con una alta

---

<sup>91</sup> Una empresa sigue una estrategia predatoria de precios si establece un precio tal que implica sacrificar beneficios de corto plazo con el objetivo de eliminar la competencia y obtener grandes beneficios en el largo plazo. MOTTA, Massimo. *Competition Policy Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004, p. 412.

<sup>92</sup> Se distingue entre estrategias predatorias de precios y otros tipos de estrategias. La litigación predatoria pertenecería al segundo tipo.

<sup>93</sup> Las estrategias distintas a la predación de precios se pueden clasificar, a su vez, en dos tipos: las que involucran incrementar los costos de los rivales y las que incrementan el costo de entrada pero sin afectar el costo de producción luego de la entrada. Dentro de este segundo tipo se encontraría la litigación predatoria. KLEIN, Christopher. *The economics of sham litigation: Theory, cases and policy*. Bureau of Economics Staff. Report to the Federal Trade Commission, Mayo 1989, p. 12-13.

participación en el mercado relevante tiene fuertes incentivos para implementar este tipo de estrategias, ya que espera obtener grandes beneficios de la misma<sup>94</sup>.

261. Los costos de litigación que debían afrontar los nuevos entrantes implican una inversión adicional y no presupuestada que puede resultar perjudicial, en la medida que estos costos pueden hacer menos rentable el proyecto o la inversión de los nuevos entrantes. Del mismo modo, estos costos también pueden desmejorar su posición competitiva, puesto que los nuevos competidores podrían verse obligados a subir sus precios para afrontar estos costos o el retraso en la obtención de rentas derivadas de su inversión.
262. En esta línea de argumentación, señala Coloma que:

*“(...) en muchos casos incrementar los costos de los rivales puede ser rentable aunque dichos rivales permanezcan en el mercado. Esto sucede, por ejemplo, cuando la respuesta esperada de los competidores a los que les aumentan los costos es reducir su oferta o incrementar sus precios, y dicha reacción puede ser aprovechada por la empresa responsable de la práctica (que logra incrementar sus beneficios aumentando su participación de mercado o sus propios precios)”<sup>95</sup>.*

263. De esta forma, la conducta de las denunciadas aun cuando no haya impedido definitivamente la entrada de competidores al mercado, sí tuvo un impacto negativo en la competencia, no sólo al poner en riesgo el ingreso de la competencia sino al retrasarlo. En otras palabras, la conducta investigada generó barreras a la entrada<sup>96</sup> a partir de los procesos legales que inició.
264. De otro lado, enfrentar numerosas acciones legales que impiden o ponen en riesgo el ingreso al mercado, también puede desincentivar la entrada de nuevos competidores al mercado o la introducción de políticas de apertura a la competencia por parte del Estado.
265. Asimismo, una estrategia de litigación predatoria puede generar inseguridad respecto del acceso de nuevos competidores al mercado, quienes verían su entrada al mercado y su inversión en riesgo al estar pendientes procesos legales que podrían impedir o retrasar su ingreso.
266. Los elementos considerados anteriormente demuestran fehacientemente, que el objetivo ulterior de las acciones legales entabladas por las denunciadas no era la

---

<sup>94</sup> Las estrategias predatorias de precios serían menos beneficiosas que otros tipos de predación. Mientras que los beneficios de ambos tipos de estrategias predatorias son los mismos para la empresa: impedir o retrasar la competencia, los costos de las estrategias que no involucran predación de precios son menores. KLEIN, Christopher. Op. Cit., p. 12.

<sup>95</sup> COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Análisis Económico Comparado. Ciudad Argentina - Editorial de Ciencia y Cultura: Buenos Aires – Madrid, 2003, p. 139.

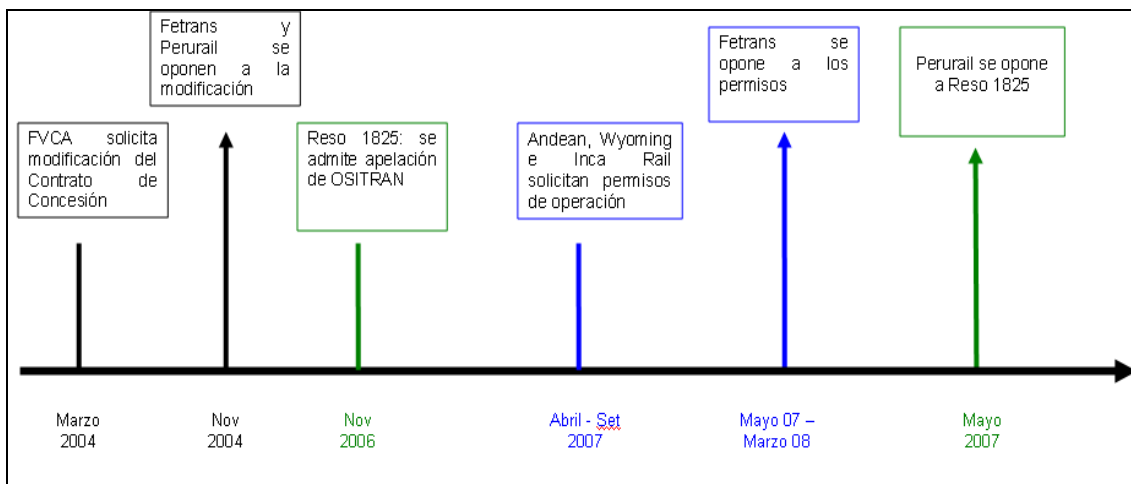
<sup>96</sup> MCAFEE, R. Preston, MIALON Hugo M. y WILLIAMS, Michael A., *What is a barrier to entry?*, American Economic Review, Mayo 2004, Vol. 94, P. 461-465.

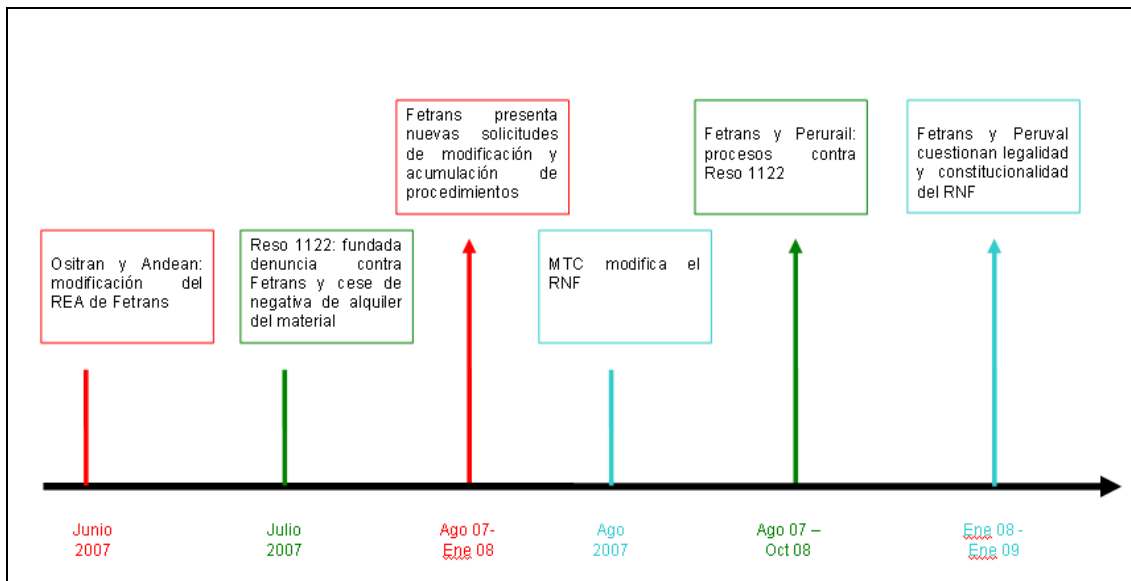
protección de sus intereses económicos de manera directa, sino “indirectamente” a través de un propósito ilícito de obstaculización, desincentivación o retraso de la competencia que significaría el ingreso de nuevos operadores de transporte ferroviario al FSO. En tal sentido, esta Comisión considera que el ejercicio de los derechos de petición y acción de las denunciadas no ha sido legítimo y puede ser calificado como un abuso de procesos legales.

267. Adicionalmente, el análisis conjunto de las acciones legales interpuestas y el contexto en que éstas se dieron también reflejan claramente la intención anticompetitiva de las denunciadas.

268. El siguiente gráfico permite ilustrar adecuadamente la reacción en el tiempo que tuvieron las denunciadas, a través de acciones legales, frente a las actuaciones privadas o estatales que representaban la introducción de competencia en el mercado de transporte ferroviario:

**Gráfico 3**  
**Línea de tiempo de todos los procesos legales investigados**

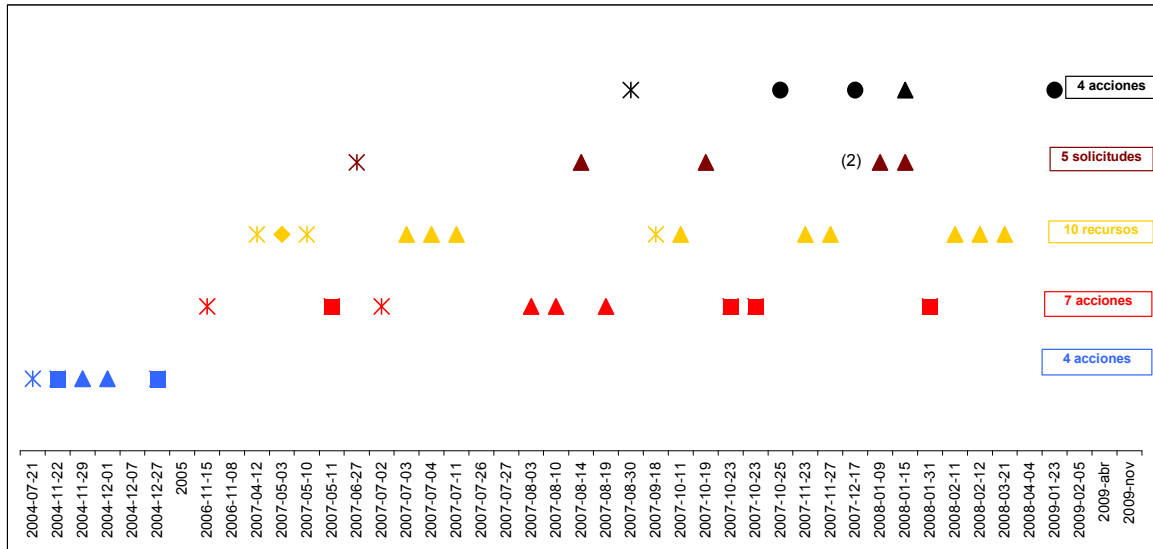




Fuente: MTC, Ositrán, Fetrans, Perurail, Peruval y Apofer.  
Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

269. Como se puede apreciar, cada vez que se evidenciaba la intención de un operador privado de ingresar al mercado de transporte ferroviario en el FSO (la intención de FVCA de levantar la prohibición de operar en el FSO, la voluntad de Fersimsac de arrendar el material en posesión de Fetrans, las solicitudes de Andean Railways, Wyoming Railways e Inca Rail de los respectivos permisos de operación), o cuando alguna entidad gubernamental adoptaba alguna acción para propiciar la competencia en el FSO (la modificación del Contrato de Concesión del FC, la modificación del REA de Fetrans, la modificación del RNF), las denuncias reaccionaban mediante la interposición de acciones legales que pudieran retrasar el ingreso de la competencia en el mercado o ponerla en incertidumbre hasta la culminación de dichos procesos.
270. El siguiente gráfico permite apreciar, a través del tiempo, el gran número de acciones legales interpuestas por las denunciadas, en respuesta al posible ingreso de competencia en el mercado de transporte ferroviario en el FSO, lo que refleja un comportamiento secuencial y estratégico dirigido a bloquear, a través de acciones legales, la introducción de la competencia en el mercado:

**Gráfico 4**  
**Número de acciones legales que constituyen abuso de procesos legales**



Leyenda

**Procesos**

Modificación del Contrato de Concesión del FC  
 Procedimiento ante INDECOPI sobre alquiler del material  
 Permisos de Operación  
 Modificación del REA de Fetrans  
 Modificación del RNF



**Empresas**

Perurail  
 Fetrans  
 PTR  
 Peruval



Fuente: MTC, Ositran, Fetrans, Perurail, Peruval y Apofer.  
 Elaboración: ST-CLC/INDECOPI.

\* Nota: Ver Anexo 1. Detalle de procesos legales

271. En efecto, todas las acciones legales incoadas se encontraban relacionadas con requisitos y exigencias técnico-económicas y legales para prestar el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, y éstas fueron interpuestas en un contexto similar: el eventual ingreso de un nuevo competidor al mercado, teniendo como consecuencia, el impedimento, retraso o la puesta en riesgo de la aparición de competencia en el mercado, considerando la duración de los procesos legales. Para ello, no sólo se interpusieron acciones legales directamente contra los potenciales competidores, sino también de manera indirecta, a través de la interposición de numerosas acciones legales contra el titular del sector, el MTC (procesos vinculados con la modificación del Contrato de Concesión del FC, los permisos de operación solicitados por los nuevos entrantes y la modificación del RNF), el organismo regulador, Ositran (respecto a la modificación del REA de Fetrans), y contra la propia agencia de competencia, INDECOPI (procesos vinculados con el procedimiento seguido ante INDECOPI por la negativa de alquiler del material).

272. Asimismo, se ha podido constatar un número inusual de acciones legales que fueron interpuestas de manera reiterada frente a la amenaza de ingreso de un nuevo competidor, lo que no sólo tenía como efecto la restricción o el retraso de la competencia en el mercado, sino también el incremento de los costos que tendrían que asumir los potenciales entrantes, al enfrentar la tramitación de los

mencionados procesos legales o encontrar en peligro su ingreso al mercado. Estos indicadores permiten concluir la intención predatoria y restrictiva de la competencia por parte de las denunciadas.

273. La participación de Fetrans, Perurail, Peruval e incluso PTR como co-autores directos de la conducta anticompetitiva imputada ha quedado plenamente evidenciada, al intervenir dichas empresas como accionantes en diversos procedimientos administrativos y procesos judiciales, que formaban parte de una estrategia de abuso de procesos legales.
274. En consecuencia, esta Comisión concluye que las acciones legales interpuestas por Fetrans, Perurail, Peruval y PTR, consideradas en su conjunto, no configuran un ejercicio válido de los derechos de acción y petición, sino que reflejan una estrategia de abuso de procesos legales, con el objeto de restringir, desincentivar o dilatar el ingreso de competidores al mercado de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, por lo que corresponde declarar fundada la denuncia por abuso de posición de dominio, en la modalidad de abuso de procesos legales, conducta prohibida y tipificada en el artículo 1 y el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, y ordenar a las denunciadas, en calidad de medida correctiva, el cese del abuso de posición de dominio a través de una estrategia de abuso de procesos legales<sup>97</sup>.

## VI. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

### VI.1. Reglas para la graduación de la sanción

275. La Ley del Procedimiento Administrativo General regula el régimen de los procedimientos administrativos sancionadores, estableciendo los principios que las autoridades administrativas deben seguir en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado. Dentro de tales principios se encuentra el de razonabilidad, que establece lo siguiente:

**Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

(...)

**3. Razonabilidad.-** *Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento*

<sup>97</sup> Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas  
Artículo 46.- Medidas correctivas.-

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

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

(...)

*calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:*

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.*
- b) El perjuicio económico causado.*
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.*
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción.*
- e) El beneficio ilegalmente obtenido.*
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.*

276. De acuerdo al principio de razonabilidad, el beneficio producido por la infracción no debe ser mayor que la sanción, puesto que, de ser así, existirían incentivos para cometer la infracción<sup>98</sup>.

277. De otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034, los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, son los siguientes:

- El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- La dimensión del mercado afectado;
- La cuota de mercado del infractor;
- El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- La duración de la restricción de la competencia;
- La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- La actuación procesal de la parte.

278. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, responden al principio de razonabilidad. En efecto, dado que la sanción debe cumplir una función desincentivadora, debe procurarse

---

<sup>98</sup> Para que los administrados adecuen sus conductas al ordenamiento jurídico, el beneficio esperado de no cumplir la ley debe ser menor o igual al beneficio esperado de cumplirla. De lo contrario, el beneficio (privado) obtenido de incumplir la ley sería mayor que el beneficio obtenido de cumplirla, razón por la que los administrados podrían optar por cometer la infracción. Es por ello que el artículo 230 de la Ley 27444, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio extraordinario obtenido por el infractor a partir de la trasgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la probabilidad de detección de la infracción. En efecto, en el caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio extraordinario no supera a la sanción aplicada, le conviene infringir la norma si no existe mayor probabilidad de que sea detectado. Por lo tanto, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que sean conscientes de que, si bien puede ser difícil que su infracción sea detectada, en caso de que ello ocurra, recibirán una sanción significativa.

En ese sentido, la multa deberá ser mayor o por lo menos igual al beneficio extraordinario dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo.

que sea mayor que los beneficios que el infractor esperaba obtener como consecuencia de su conducta ilícita.

279. Así, estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en cumplimiento del principio de razonabilidad, garantice la función desincentivadora de la sanción.
280. No obstante, también deben considerarse otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad<sup>99</sup>.
281. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales generados sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.

## **VI.2. Gravedad de la infracción**

### **A) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia**

282. La conducta anticompetitiva detectada consiste en un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, tipificado en el artículo 1 y el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 como una conducta sujeta a una prohibición relativa, esto es, que no resulta *per se* ilícita.
283. La restricción a la competencia, de otro lado, tuvo un alcance importante, puesto que los potenciales entrantes vieron retrasadas sus posibilidades de ingreso al mercado de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO. Este hecho ha causado que los usuarios de dicho servicio hayan visto limitada su capacidad de elegir con qué empresa contratar.
284. La existencia de un solo agente económico dentro de un mercado puede causar que dicha empresa genere ineficiencias asignativas, al disociar los precios de los costos, produciéndose pérdidas en el bienestar social. Adicionalmente, la literatura económica señala otro tipo de ineficiencias tales como la llamada “ineficiencia X” de Leibenstein que surge cuando las firmas simplemente no minimizan costos<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> *“En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...).”* Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA /TC.

<sup>100</sup> TAVARÁ, José. Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: el caso de los monopolios naturales (1999) Documento de Trabajo 164, p. 7-8.  
ver: [http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios\\_Economicos/Disyuntiva\\_normativa\\_regulacion.pdf](http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/Estudios_Economicos/Disyuntiva_normativa_regulacion.pdf)  
(página Web visitada el 6 de enero de 2010)

## **B) La cuota de mercado de las empresas infractoras**

285. Dentro del periodo investigado, Fetrans y Perurail eran las únicas empresas en sus respectivos mercados. Es decir, Fetrans, dada las características propias de este tipo de mercado, así como las condiciones legales existentes, era la única empresa que participaba en la prestación del servicio de administración de la vía férrea del FSO. Del mismo modo, para el caso del servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, Perurail era la única empresa que participaba en el mercado.

## **C) La dimensión del mercado afectado y el efecto sobre los competidores efectivos o potenciales, otras partes en el proceso económico y los consumidores**

286. El mercado afectado está conformado por el servicio de transporte ferroviario de pasajeros en el FSO, y son los usuarios de este servicio los que se vieron afectados de manera directa por la conducta anticompetitiva realizada. Perurail era la única empresa que prestaba dicho servicio, por lo que tenía incentivos para comportarse como un agente monopólico, incrementando sus precios en detrimento de los usuarios, hecho que, como se ha mencionado en los numerales 131 a 135 del Informe Técnico, se ha venido observando durante el periodo investigado.

287. Respecto a los efectos sobre los competidores, se debe señalar que la adopción de la práctica anticompetitiva generó que ninguna empresa haya podido ingresar al mercado durante el periodo investigado.

## **D) La duración de la restricción de la competencia**

288. Se ha considerado que la conducta anticompetitiva tiene como fecha de inicio la primera acción legal planteada por las denunciadas en contra del ingreso de potenciales competidores, esto es, en el mes de noviembre de 2004. Para la fecha de finalización de la práctica anticompetitiva, se consideraría, en principio, la fecha en que se realizó la primera operación comercial por parte de la primera empresa entrante, Inca Rail, esto es, en el mes de setiembre de 2009. En tal sentido, los efectos del abuso de procesos legales se habrían mantenido por cincuenta y nueve (59) meses (desde noviembre de 2004 a setiembre de 2009). Sin embargo, aun cuando las acciones legales de las denunciadas retrasó el ingreso de competidores al mercado, no se puede concluir que el periodo de cincuenta y nueve (59) meses que tomó que una entrante ingresara al mercado es enteramente atribuible a la conducta anticompetitiva de las infractoras.

289. El ingreso de una empresa al mercado no se da de manera inmediata, por lo que a la estimación inicial debe restarse el tiempo que demora normalmente (en condiciones en las que no se haya demostrado la realización de una práctica anticompetitiva) el ingreso de una nueva empresa. Para tales efectos, tomaremos como referencia el caso de la única empresa competidora que ya ha iniciado operaciones comerciales, Inca Rail, que comenzó sus actividades el 1 de

octubre de 2009<sup>101</sup>. Considerando que dicha empresa se encontraba habilitada para solicitar el acceso a la vía férrea del FSO, a partir del momento en que culminó el proceso de modificación del REA de Fetrans – en el que esta última adoptó acciones legales dirigidas a retrasar dicho proceso –, esto es, el 24 de junio de 2008; el periodo que demoró el ingreso de Inca Rail al mercado y que no sería imputable a las denunciadas<sup>102</sup> fue de 464 días, esto es, aproximadamente 16 meses<sup>103</sup>.

290. Por ello, a los cincuenta y nueve (59) meses calculados inicialmente se le ha restado los dieciséis (16) meses que demoraría una empresa en ingresar al mercado de transporte ferroviario de pasajeros. De esta forma, el periodo de la restricción anticompetitiva sería de cuarenta y tres (43) meses.
291. En consecuencia, evaluando los criterios expuestos de manera conjunta, en especial, el alcance y la duración de la restricción a la competencia, que impidió el ingreso de nuevos competidores al mercado por un espacio temporal no menor de tres (3) años y medio, esta Comisión considera que la infracción cometida por Fetrans, Perurail, Peruval y PTR debe ser calificada como grave.

### **VI.3. Cálculo de la multa y proporcionalidad de la sanción**

292. Para el cálculo de la multa base, se ha considerado el beneficio ilícito derivado de la infracción y su probabilidad de detección. Esta Comisión considera que el beneficio ilícito de las infractoras se encuentra en las ganancias que Perurail ha conseguido o logrado mantener al retrasar el ingreso de potenciales competidores al mercado de transporte ferroviario en el FSO. Este retraso en la competencia generó que la incumbente mantenga el monopolio en la prestación del servicio y, de esta forma, conserve ingresos monopólicos que, de existir más de un competidor en el mercado, no hubiera podido percibir.
293. Al respecto, el entrante puede ingresar al mercado ofreciendo el mismo servicio que el incumbente y/o un servicio que tenga cierto grado de diferenciación, respecto a las prestaciones que brinda<sup>104</sup>. Luego de la entrada de un nuevo competidor al mercado, pueden existir una serie de servicios con distintos atributos pero que son intercambiables desde el punto de vista del consumidor ya

---

<sup>101</sup> Según la información proporcionada por la propia Inca Rail. Ver escrito de Inca Rail, a fojas 5530-5538 del Expediente.

<sup>102</sup> Ello, asumiendo que los procesos legales investigados que se encontraban vigentes, como el vinculado con el procedimiento seguido ante Indecopi respecto del material y los procesos constitucionales contra la modificación del RNF, no hubieran generado efectivas barreras legales que impidieran o retrasaran el ingreso de Inca Rail al mercado. Asimismo, también se está asumiendo que durante el referido periodo no se adoptaron otro tipo de prácticas anticompetitivas que dilataran o prohibieran el ingreso de Inca Rail al mercado.

<sup>103</sup> Tomando en consideración un periodo de 30 días por mes.

<sup>104</sup> La teoría económica señala que la diferenciación de productos puede ser horizontal o vertical. La diferenciación horizontal se da cuando los consumidores tienen preferencias distintas respecto a un conjunto de atributos de los productos (un producto con un conjunto de atributos particulares puede ser considerado una marca), y entre los consumidores no hay un consenso sobre qué producto o marca es la mejor. La diferenciación vertical ocurre cuando los consumidores están de acuerdo respecto a qué producto o marca es preferido. Una forma de diferenciación vertical sería dos productos con diferente calidad. CHURCH, Jeffrey y Roger WARE. Industrial Organization. A Strategic Approach. The McGraw-Hill, 2000, p. 369.

que su propósito o uso es el mismo, es decir, son servicios sustitutos imperfectos. Al respecto, corresponde hacer un análisis de las características de los servicios que brindan Perurail e Inca Rail.

294. Los servicios “Vistadome” y “Ejecutivo” tienen características similares en términos de la ruta que efectúan, capacidad de los vagones, entre otros atributos. Los servicios “Vistadome” y “Ejecutivo” se prestan en la ruta Ollantaytambo-Aguas Calientes<sup>105</sup>. El servicio “Vistadome” se presta en vagones con capacidad de sesenta y cuatro (64) asientos por vagón, mientras que la capacidad de los vagones del servicio “Ejecutivo” es de cincuenta (50) asientos en promedio<sup>106</sup>. Los vagones en los que se prestan ambos servicios permiten que el pasajero tenga una vista panorámica durante su viaje<sup>107</sup>. Adicionalmente, en el recorrido ambos servicios ofrecen alimentos sólidos y bebidas<sup>108</sup>.
295. El servicio “Primera Clase” se presta en la ruta Ollantaytambo-Aguas Calientes y tiene las mismas características que el servicio “Ejecutivo” con la diferencia de que los vagones que se utiliza para prestar el servicio tienen una capacidad de treinta (30) asientos, otorgando mayor comodidad a los pasajeros<sup>109</sup>.
296. De este modo, los servicios “Vistadome”, “Ejecutivo” y “Primera Clase” son similares respecto a sus características. Desde el punto de vista del consumidor, los servicios considerados serían sustitutos ya que se utilizan para un mismo fin, el transporte turístico para la ruta Ollantaytambo-Aguas Calientes. Luego, los diferenciales a considerar para el cálculo de la multa resultarán de comparar el servicio “Vistadome” (Perurail) y los servicios “Ejecutivo” y “Primera Clase” (Inca Rail).
297. Cabe señalar que en el Informe Técnico se consideró también el servicio “Hiram Bingham” de Perurail, comparándolo con el servicio “Primera Clase” de Inca Rail<sup>110</sup>. Si bien es razonable pensar que los servicios “Hiram Bingham” y “Primera Clase” podrían ser comparables debido a que son servicios de lujo, esta Comisión considera que el servicio “Hiram Bingham” ofrece una serie de características que lo distancia de los servicios que ofrece el servicio “Primera Clase”; entre ellas se encuentran: el traslado en bus desde Aguas Calientes al

---

<sup>105</sup> El servicio “Vistadome” se presta también en otras rutas, sin embargo, la ruta Ollantaytambo-Aguas Calientes es la más importante en términos de pasajeros e ingresos.

<sup>106</sup> Escrito de Inca Rail del 6 de enero de 2010, a fojas 5532 del Expediente.

<sup>107</sup> Los vagones donde se prestan los servicios “Ejecutivo” y “Vistadome” cuentan con ventanas panorámicas. Para mayor detalle véase las páginas web de Inca Rail (<http://www.incarail.com.pe/Servicios.html>) y Perurail (<http://www.perurail.com/web/tper/vistadome.html>), respectivamente (páginas web visitadas el 28 de abril de 2010).

<sup>108</sup> Escrito de Inca Rail del 6 de enero de 2010, a fojas 5532 del Expediente.

<sup>109</sup> Al respecto Inca Rail señala que: “*El servicio de Primera Clase es similar al de Ejecutivo con la diferencia que sólo hay alrededor de 30 asientos, lo que nos ha permitido emplear asientos más cómodos y brindarle mayor espacio a cada pasajero.*” Escrito de Inca Rail del 6 de enero de 2010, a fojas 5531 del Expediente.

<sup>110</sup> Para tal fin, en el Informe Técnico se realiza un ajuste al precio promedio del servicio “Hiram Bingham” en términos de kilómetros ya que el servicio “Hiram Bingham” cubre la ruta Cuzco-Aguas Calientes/Machu Picchu mientras que el servicio “Primera Clase” se ofrece en la ruta Ollantaytambo-Aguas Calientes. Ver Informe Técnico, numeral 423, nota a pie de página 159.

Santuario de Machu Picchu, la entrada al Santuario, el servicio de guías turísticos, entre otros<sup>111</sup>. Por lo señalado, con el objetivo de tener un cálculo más objetivo y certero, esta Comisión no tomará en cuenta para la comparación el servicio “Hiram Bingham”.

298. Se puede considerar que los consumidores son heterogéneos, es decir, que tienen gustos o preferencias distintas por los servicios. Así, las empresas buscarán diferenciar sus servicios atendiendo las distintas preferencias de los consumidores<sup>112</sup>. Hay en el presente caso dos grupos de consumidores: un grupo que considera sustitutos los servicios “Ejecutivo” y “Vistadome” y otro que considera sustitutos los servicios “Primera Clase” y “Vistadome”. La oferta de los servicios tomaría en cuenta este hecho.
299. El servicio “Ejecutivo” competiría con el servicio “Vistadome” ya que ambos tienen características similares. Por otro lado, se podría considerar que el servicio “Primera Clase” se diferencia del “Vistadome” en algunas características, sin embargo, serían sustitutos para aquellos consumidores cuyas preferencias están cercanas a los atributos de ambos servicios.
300. Dado que los servicios “Ejecutivo” y “Vistadome” serían sustitutos para un grupo de consumidores, la conducta infractora permitió a Perurail obtener beneficios ilícitos al impedir la entrada del servicio “Ejecutivo” de Inca Rail. Esta Comisión considera que los beneficios ilícitos esperados derivados de esta restricción serían iguales a la diferencia entre el precio del servicio “Vistadome” (precio monopólico)<sup>113</sup> y el precio del servicio “Ejecutivo” (precio competitivo)<sup>114</sup>,

---

<sup>111</sup> El servicio “Hiram Bingham” cuenta con dos vagones para ochenta y cuatro (84) pasajeros, un vagón cocina y un vagón que sirve de observatorio. El servicio incluye el costo del traslado en bus desde Aguas Calientes al Santuario Machu Picchu, la entrada al Santuario de Machu Picchu, guías turísticos, alimentos sólidos y bebidas a bordo (en el viaje de ida se ofrece una comida intermedia entre el desayuno y el almuerzo y en el viaje de regreso una serie de aperitivos previos a la cena), entre otros atributos. Ver página web de Perurail [http://www.perurail.com/web/tper/tper\\_luxurytravel\\_questions.html](http://www.perurail.com/web/tper/tper_luxurytravel_questions.html) (página web visitada el 29 de abril de 2010).

<sup>112</sup> Una forma sencilla de considerar la diferenciación es partiendo del modelo de localización ciudad lineal de *Hotelling*. En dicho modelo, las firmas venden un producto idéntico excepto por una característica: la localización del mismo. La localización se puede interpretar de dos formas: (i) la localización física de un consumidor particular, y (ii) la distancia entre las características del producto que un consumidor desea (producto o servicio ideal) y el producto que actualmente compra. Ver SHY, Oz. *Industrial Organization Theory and Applications*, The MIT Press, 1995, p. 174. Las empresas se localizarán en la ciudad lineal. Dependiendo de los costos de transporte y el precio de los productos, los consumidores elegirán el producto que ofrece una empresa o el que ofrece la otra. Ver TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*, The MIT Press, 1988, p. 279-282.

<sup>113</sup> El precio anticompetitivo es aquel precio que busca garantizar la práctica anticompetitiva realizada. En tal sentido, el precio anticompetitivo será el precio establecido por Perurail durante el periodo en el cual era la única empresa en el mercado de transporte ferroviario de pasajeros, ya que el objetivo de la estrategia legal era impedir o retrasar el ingreso de cualquier empresa al mercado, de forma tal que la incumbente continuara siendo la única empresa en dicho mercado y pudiera mantener precios monopólicos.

<sup>114</sup> Para el caso del precio de competencia se va a tomar en cuenta el precio de la empresa entrante, Inca Rail. La teoría de mercados contestables asume que un potencial entrante es un tomador de precios, es decir, optimiza sus rentabilidades asumiendo los precios del mercado como dados. Sin embargo, este comportamiento es posible en mercados en los cuales existen muchos vendedores y compradores. En casos en los que se observa un número reducido de participantes (en el caso extremo, una sola empresa) esta hipótesis no presenta igual validez, puesto que los nuevos entrantes pueden ingresar al mercado con precios inferiores a los del incumbente y, de esta forma, captar parte del mercado. En tal sentido, dado que en nuestro caso el mercado presenta una sola empresa incumbente, es factible tomar como un precio de competencia el precio de la empresa entrante toda vez que éste estaría más próximo a un precio de equilibrio competitivo. Ver MARTIN, Stephen. *The Theory of Contestable Markets*. Department of Economics Purdue University, 2000, p. 10-12.

multiplicado por el número de pasajeros que hubieran utilizado este último servicio durante el tiempo de duración de la restricción de la competencia, y dividido por la probabilidad de detección de la infracción, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

**Fórmula del beneficio ilícito esperado (servicio “Ejecutivo”)**

$$B_{VD} = \frac{(P_{VD} - P_E) * Q}{Pr_d}$$

Donde:

- $P_{VD}$  : Precio de “Vistadome” (escenario anticompetitivo)
- $P_E$  : Precio de “Ejecutivo” (escenario de competencia)
- $Q_t$  : Cantidad de pasajeros que habrían utilizado “Ejecutivo”.
- $Pr_d$  : Probabilidad de Detección

301. Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que la empresa infractora limitó la competencia en el mercado, disminuyendo el número de empresas ofertantes y la gama de servicios que pudieron estar al alcance del consumidor. Las denunciadas, al implementar la estrategia de litigación predatoria, retrasaron la entrada de Inca Rail impidiendo que el consumidor pueda acceder a una mayor variedad de servicios. En efecto, con sus acciones legales, las denunciadas impidieron que los consumidores puedan elegir el servicio “Primera Clase” que brinda ciertos atributos de mayor lujo a los pasajeros, en comparación con el servicio “Vistadome”.
302. De este modo, Perurail obtuvo un beneficio ilícito al impedir que Inca Rail ingrese al mercado y preste el servicio “Primera Clase”, considerando la sustituibilidad relativa con el servicio “Vistadome”. De esta forma, esta Comisión considera que los beneficios ilícitos derivados de restringir la entrada del servicio “Primera Clase” se encuentran en las ganancias que Perurail ha conseguido o logrado mantener al retrasar el ingreso de Inca Rail. Es así que el beneficio ilícito puede ser calculado a partir de los ingresos que perdió la empresa infractora. Es decir, el beneficio ilícito esperado estaría plasmado por la siguiente formula:

**Fórmula del beneficio ilícito esperado (servicio “Primera Clase”)**

$$B_{PC} = \frac{P_{VD} \times Q_{VD} (S_{PM} - S_{PC})}{Pr_d}$$

---

De otro lado, cabe precisar que el ingreso de una nueva empresa con menores precios que el incumbente, puede producir un proceso de ajuste entre dichas empresas que puede derivar en un menor precio que el inicial. Teóricamente, éste puede igualar al costo marginal, por lo que la consideración del precio de entrada como un precio de equilibrio competitivo estaría generando un menor diferencial de precios entre el precio anticompetitivo y el precio de competencia, lo que derivaría en un menor valor de la multa dados los criterios establecidos para su estimación.

Donde:

- $P_{VD}$  : Precio de "Vistadome"  
 $Q_{PT}$  : Cantidad de pasajeros de "Vistadome"  
 $S_{PM}$  : Participación del servicio "Vistadome" en escenario de monopolio (antes de la entrada de Inca Rail)  
 $S_{PC}$  : Participación del servicio "Vistadome" en escenario de competencia (luego de la entrada de Inca Rail)  
 $Prd$  : Probabilidad de detección.

303. El beneficio ilícito de impedir la entrada del servicio "Primera Clase" sería igual a los ingresos que hubiera dejado de percibir Perurail de no haber realizado la práctica anticompetitiva. Los ingresos esperados serían iguales a la menor participación de mercado del servicio "Vistadome" debido a la entrada del servicio "Primera Clase" (equivalente a la participación capturada por el servicio "Primera Clase"), por la cantidad de pasajeros del servicio "Vistadome" y el precio de dicho servicio.
304. Sin perjuicio de lo señalado, se debe tomar en consideración que la empresa entrante podría generar competencia en todos los servicios de la empresa incumbente, es decir, podría ingresar al mercado prestando, en el corto o mediano plazo, todos o la gran mayoría de servicios que presta la empresa incumbente, generando un mayor dinamismo en el mercado, traduciéndose en menores precios (e ingresos) para la incumbente. Este hecho implicaría que para fines del cálculo de la multa y dada la metodología aplicada en la presente Resolución, la multa a calcular sería aún mayor, más aún considerando que en el mediano plazo existe la posibilidad del ingreso de un nuevo competidor (Andean Railways) que disminuiría la participación de Perurail. Sin embargo, la Comisión considera que para obtener un cálculo más objetivo y certero se tomará únicamente los diferenciales de precios de los servicios "Vistadome" y "Ejecutivo" y la participación que ha obtenido el servicio "Primera Clase" respecto del total de ingresos del servicio "Vistadome", para calcular el beneficio anticompetitivo obtenido por Perurail.
305. Para el cálculo del periodo de la restricción de la competencia, se ha estimado, en principio, que la práctica anticompetitiva ha durado desde el inicio de la primera acción legal adoptada por las denunciadas hasta el ingreso de la primera empresa al mercado ferroviario de transporte de pasajeros. En tal sentido, la restricción habría durado cincuenta y nueve (59) meses (desde noviembre de 2004 a setiembre de 2009). Sin embargo, dado que el ingreso de un nuevo competidor no se da de manera inmediata, al primer periodo señalado se le debe restar el tiempo que demoraría una empresa en iniciar sus operaciones comerciales en un escenario sin conductas anticompetitivas, que en el caso de Inca Rail fue de dieciséis (16) meses<sup>115</sup>, por lo que la restricción de la competencia duró un periodo de cuarenta y tres (43) meses. Con ello, el periodo a considerar en el cálculo de la multa será el comprendido entre marzo de 2006 a

---

<sup>115</sup> Ver numerales 288 al 290 de la presente Resolución.

setiembre de 2009, es decir los últimos cuarenta y tres (43) meses del periodo investigado (noviembre 2004 a setiembre 2009)<sup>116</sup>.

306. De acuerdo a lo anterior, la multa base correspondiente a la conducta infractora ascendería a seiscientos cincuenta y siete con cinco décimas (657.5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (ver Cuadro 9).

**Cuadro 9  
Cálculo de la Multa**

<b>Vistadome</b>		<b>Ejecutivo</b>					
<b>Precio (Prom. Men.)</b>	<b>Nº Pasajeros (Prom. Men.)</b>	<b>Precio (Prom. Men.)</b>	<b>Participación (%)</b>	<b>Número de Meses</b>	<b>Beneficio Ilícito</b>		
CONFIDENCIAL		S/.	82.91	CONFIDENCIAL	43	S/.	2,128,125.28

<b>Vistadome</b>		<b>Primera Clase</b>				
<b>Precio (Prom. Men.)</b>	<b>Nº Pasajeros (Prom. Men.)</b>	<b>Precio (Prom. Men.)</b>	<b>Participación (%)</b>	<b>Número de Meses</b>	<b>Beneficio Ilícito</b>	
CONFIDENCIAL		-	CONFIDENCIAL	43	S/.	238,877.70

<b>Multa en UIT</b>					<b>657.5</b>
---------------------	--	--	--	--	--------------

307. En el caso del servicio “Ejecutivo” que compite con el servicio “Vistadome”, el beneficio ilícito de Perurail resulta de la diferencia de los precios promedio ponderado mensual de los servicios “Vistadome” y “Ejecutivo”<sup>117</sup>, multiplicado por el número de pasajeros promedio mensual que habrían utilizado el servicio “Ejecutivo” de estar disponible en el mercado<sup>118</sup> y por el número de meses que se retrasó el ingreso de una empresa competidora<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> Las acciones legales de las empresas infractoras impidieron el acceso al mercado de otros competidores en el periodo investigado. Por ello, los competidores no pudieron ingresar al mercado desde el inicio del periodo investigado (noviembre de 2004). Si se considera que una empresa entrante se demora en promedio dieciséis (16) meses en ingresar al mercado, luego, el periodo de la restricción anticompetitiva efectiva empezaría en marzo de 2006.

<sup>117</sup> Para el cálculo del precio promedio ponderado del servicio “Vistadome”, se ha considerado el periodo que abarca desde marzo de 2006 a setiembre de 2009.

Para el cálculo del precio promedio ponderado del servicio “Ejecutivo”, se ha considerado el periodo que abarca desde octubre de 2009 a noviembre de 2009, periodo en el que Inca Rail ha realizado operaciones comerciales.

<sup>118</sup> Para el cálculo se ha considerado el número de pasajeros promedio mensual de “Vistadome” en el periodo de cuarenta y tres (43) meses, que abarca desde marzo de 2006 a setiembre de 2009 (último mes en el que Perurail era la única empresa en el mercado), multiplicado por la participación del servicio “Ejecutivo” (**CONFIDENCIAL%**) en el periodo de octubre a noviembre de 2009.

La participación del servicio “Ejecutivo” es igual al número de pasajeros promedio mensual del servicio “Ejecutivo” entre la suma del número de pasajeros promedio mensual de los servicios “Vistadome”, “Ejecutivo” y “Primera Clase” en el periodo de octubre a noviembre de 2009.

<sup>119</sup> La diferencia ha sido ajustada por el Impuesto General a las Ventas (IGV) para considerar los beneficios ilícitos percibidos por la empresa infractora. Es decir, al monto resultante de la diferencia entre los precios promedios multiplicado por el número de pasajeros y la participación del servicio “Ejecutivo” se le ha dividido entre 1.19, considerando que la tasa del IGV del periodo 2006 a 2009 fue de 19%.

308. En el caso del servicio “Primera Clase”, que compite con “Vistadome”, se considera que el beneficio ilícito que obtuvo Perurail resulta de multiplicar el precio promedio ponderado de “Vistadome” durante el periodo monopólico<sup>120</sup>, el número de pasajeros promedio mensual que usaron el servicio “Vistadome”<sup>121</sup>, las participaciones del nuevo entrante (“Primera Clase”)<sup>122</sup> y el número de meses que se retrasó el ingreso de una empresa competidora<sup>123</sup>.
309. Se ha dividido el beneficio ilícito entre la probabilidad de detección de la conducta anticompetitiva. Al respecto, esta Comisión concuerda con las razones expuestas en el Informe Técnico, por lo que considera atribuible una probabilidad de detección del 100%, al tratarse de procesos legales iniciados ante entidades públicas que afectaban directamente a competidores potenciales que tendrían incentivos para denunciar esta conducta anticompetitiva, y considerando adicionalmente que resultaba relativamente evidente el patrón de acciones legales seguido por las denunciadas.
310. Así, la multa base de la conducta anticompetitiva equivale a seiscientos cincuenta y siete con cinco décimas (657.5) UIT.
311. Por consiguiente, esta Comisión considera que la multa de seiscientos cincuenta y siete con cinco décimas (657.5) UIT resulta proporcional a la gravedad de la infracción detectada, y que no supera el límite impuesto en el literal b) del artículo 43.1 del Decreto Legislativo 1034 para las infracciones graves<sup>124</sup>.
312. Finalmente, esta Comisión considera apropiado que la multa sea impuesta en su totalidad a Perurail debido a que dicha empresa se benefició directamente de la conducta anticompetitiva realizada por las empresas infractoras. En tal sentido,

---

<sup>120</sup> Para el cálculo del precio promedio ponderado del servicio “Vistadome”, se ha considerado igualmente el periodo de cuarenta y tres (43) meses, que abarca desde marzo de 2006 a setiembre de 2009 (último mes en el que Perurail era la única empresa en el mercado).

<sup>121</sup> Para el cálculo del número de pasajeros promedio mensual del servicio “Vistadome”, se ha considerado el periodo que abarca desde marzo de 2006 a setiembre de 2009 (último mes en el que Perurail era la única empresa en el mercado).

<sup>122</sup> La reducción en la participación del servicio “Vistadome” como consecuencia del ingreso de Inca Rail ingrese al mercado, indicada en la fórmula del numeral 302 de la presente Resolución, es igual a la participación que logró Inca Rail con el servicio “Primera Clase”.

La participación del servicio “Primera Clase” es igual al número de pasajeros promedio mensual del servicio “Primera Clase” entre la suma del número de pasajeros promedio mensual de los servicios “Vistadome”, “Ejecutivo” y “Primera Clase” en el periodo octubre a noviembre de 2009.

<sup>123</sup> Al resultado se le multiplica por el ratio entre utilidades brutas y ventas brutas (ingresos por servicios) de Perurail para obtener los ingresos o beneficios ilícitos que percibió la empresa infractora. El ratio (**CONFIDENCIAL**%) se calcula dividiendo la suma de utilidades brutas y la suma de ingresos por servicios de Perurail en el periodo 2006 a 2009.

<sup>124</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

**Artículo 43.- El monto de las multas.-**

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión;

(...)

considerando que las restantes empresas infractoras, Fetrans, Peruval y PTR, comparten un mismo y único interés en la finalidad anticompetitiva perseguida mediante la estrategia del abuso de procesos legales (preservar los ingresos monopólicos de Perurail), el efecto disuasivo es alcanzado con la imposición de la multa total a Perurail, por lo que corresponde sancionar a las otras denunciadas con una Amonestación.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar infundada la solicitud de Peruval Corp. S.A. para declarar improcedente la denuncia presentada por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú - Apofer, por la supuesta falta de legitimidad para obrar activa.

**SEGUNDO:** Denegar las solicitudes de Ferrocarril Transandino S.A., Perú Rail S.A. y Peruval Corp. S.A. para que se declare la nulidad de la Resolución 001-2009/ST-CLC-INDECOPI y del presente procedimiento, por la supuesta aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1034 y atipicidad de la conducta imputada.

**TERCERO:** Declarar fundada la denuncia interpuesta por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú - Apofer en contra de Ferrocarril Transandino S.A., Perú Rail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A., por abuso de posición de dominio en los mercados de administración ferroviaria del Ferrocarril Sur - Oriente y el 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.


































**CUARTO:** Declarar que la infracción cometida por Ferrocarril Transandino S.A., Perú Rail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A. es grave y, en consecuencia, sancionar a Perú Rail S.A. con una multa de seiscientos cincuenta y siete con cinco décimas (657.5) UIT, y a Ferrocarril Transandino S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A. con una Amonestación.

**QUINTO:** Imponer a Ferrocarril Transandino S.A., Perú Rail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A., como medida correctiva, el cese del abuso de posición de dominio a través de una estrategia de abuso de procesos legales.

**Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Elmer Cuba Bustinza, Joselyn Olaechea Flores y Raúl Pérez-Reyes Espejo.**

**Paul Phumpiu Chang  
Presidente**

## Anexo 1. Detalle de acciones legales que constituyen abuso de procesos legales

	Acción	Accionante	Fecha	Símbolo del gráfico
(1) Modificación del Contrato de Concesión del FC	<b>Ositrán recomienda modificación del Contrato de Concesión del FC</b>		<b>21-Jul-04</b>	
	Solicita cautelar fuera del proceso	Perurail	22-Nov-04	
	Demanda de amparo	Fetrans	29-Nov-04	
	Solicita cautelar	Fetrans	01-Dic-04	
	Demanda declarativa	Perurail	27-Dic-04	
(2) Procedimiento ante INDECOP sobre alquiler del material	<b>Resolución 1826: admite apelación de Ositrán</b>		<b>15-Nov-06</b>	
	Demanda de amparo	Perurail	11-May-07	
	<b>Resolución 1122: declara fundada denuncia contra Fetrans y ordena el cese de la negativa injustificada de alquiler del material</b>		<b>02-Jul-07</b>	
	Demanda contencioso administrativa	Fetrans	03-Ago-07	
	Demanda declarativa	Fetrans	10-Ago-07	
	Solicita cautelar fuera del proceso	Fetrans	19-Ago-07	
	Reconvención a demanda declarativa	Perurail	23-Oct-07	
	Solicita cautelar	Perurail	23-Oct-07	
Solicita cautelar	Perurail	31-Ene-08		
(3) Permisos de Operación	<b>Andean solicita permiso de operación</b>		<b>12-Abr-07</b>	
	Oposición a solicitud de Andean	PTR	03-May-07	
	<b>Wyoming solicita permiso de operación</b>		<b>10-May-07</b>	
	Apela el 1º permiso otorgado a Andean	Fetrans	03-Jul-07	
	Solicita suspensión de 1º permiso otorgado a Wyoming	Fetrans	04-Jul-07	
	Apela 1º permiso otorgado a Wyoming	Fetrans	11-Jul-07	
	<b>Inca Rail solicita permiso de operación</b>		<b>18-set-07</b>	
	Apela el 2º permiso otorgado a Andean	Fetrans	11-Oct-07	
	Oposición contra 2º permiso otorgado a Wyoming	Fetrans	23-Nov-07	
	Oposición contra 1º permiso otorgado a Inca Rail	Fetrans	27-Nov-07	
	Apelación contra 1º permiso otorgado a Inca Rail	Fetrans	11-Feb-08	
	Apelación contra 2º permiso otorgado a Wyoming Demanda contencioso administrativa contra 2º permiso otorgado a Andean	Fetrans Fetrans	12-Feb-08 21-Mar-08	 
(4) Modificación del REA de Fetrans	<b>Ositrán inicia procedimiento de modificación del REA de Fetrans</b>		<b>27-Jun-07</b>	
	1º Solicitud de modificación del REA y acumulación al procedimiento de oficio	Fetrans	14-Ago-07	
	2º Solicitud de modificación del REA	Fetrans	19-Oct-07	
	3º Solicitud de modificación del REA	Fetrans	09-Ene-08	
	Solicita acumulación de procedimientos	Fetrans	09-Ene-08	
	Solicita acumulación de procedimientos	Fetrans	15-Ene-08	

	Acción	Accionante	Fecha	Simbolo del gráfico
(5) Modificación del RNF	<b>Se publica en "El Peruano" la modificación del RNF</b>		<b>30-Ago-07</b>	✕
	Demanda de amparo	Peruval	25-Oct-07	●
	1º Solicitud de cautelar	Peruval	17-Dic-07	●
	Acción Popular	Fetrans	15-Ene-08	▲
	2º Solicitud de cautelar	Peruval	23-Ene-09	●